



Universitatea
din MISKOLC
UNGARIA



CONFERINȚA STUDENTEASCĂ ANUALĂ „CONSTANT” 2011

Universitatea „Nicolaie Titulescu”

București, 25-26 martie 2011, prima ediție



COMITETUL ȘTIINȚIFIC INTERNAȚIONAL

prof. univ. dr. **Anita Paulovics**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; conf. univ. dr. **Erika Róth**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Alexandru Olteanu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; conf. univ. dr. **Erika Váradi**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Gabriel Boro**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; asist. univ. dr. **Szabolcs Hegyi**, Universitatea din Miskolc; Ungaria; prof. univ. dr. **Mihai Hotca**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; prof. univ. dr. **Iloa Görgényi**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Vasile Dobrinoiu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; asist. univ. dr. **Hilda Tóth**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Augustin Fuerea**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; asist. univ. dr. **Edit Antal Ujvári**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Traian Dima**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; prof. univ. dr. **András Torma**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Carmen Costea**, Academia de Studii Economice; conf. univ. dr. **László Leszkoven**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Ioan Chiș**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; prof. univ. dr. **Serghei Mărgulescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; prof. univ. dr. **Nicoleta Jula**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; asist. univ. dr. **Zoltán Varga**, Universitatea din Miskolc; prof. univ. dr. **Gheorghe Diaconu**, Universitatea din Pitești; conf. univ. dr. **Mircea Damaschin**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; conf. univ. dr. **Mirela Gorunescu**, Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”; conf. univ. dr. **Sorinel Căpușeanu**, Universitatea „Artifex”; conf. univ. dr. **Vasile Nemeș**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; conf. univ. dr. **Ioan Gânfălean**, Universitatea „1 Decembrie” Alba Iulia; conf. univ. dr. **Costică Păun**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; conf. univ. dr. **Mihaela Sudacevski**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; conf. univ. dr. **Elena Nedelcu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; conf. univ. dr. **Călin Mircea Costin**, Universitatea „1 Decembrie” Alba Iulia; conf. univ. dr. **Bogdan Micu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. dr. **Lavinia Vlădilă**, Universitatea „Valahia”, Târgoviște; lect. univ. dr. **Marian Ștefănescu**, Universitatea din București; lect. univ. dr. **Luminița Tuleașcă**, Universitatea Româno- Americană; lect. univ. dr. **Ion Dragne**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. dr. **Gabriela G. Mihuț**, Universitatea Titulescu”; lect. univ. dr. **Valentin Cocean**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; asist.univ. **Simona Tache**, Universitatea Româno-Americană; lect. univ. dr. **Andrei Zarafiu**, Universitatea din București; lect. univ. dr. **Andrada Trușcă**, Universitatea „Dimitrie Cantemir”; lect. univ. dr. **Mădălina Țală**, Academia de Studii Economice; lect. univ. dr. **Octavian Vlad Peligrad**, Universitatea din București; lect. univ. dr. **Mariana Gurău**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. dr. **Marta Claudia Cliza**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. drd. **Valentin Quintus Nicolescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” lect. univ. drd. **Irina Diana Deleanu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. drd. **Anca Gheorghe**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. drd. **Roxana Mariana Popescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu”.

COMITETUL DE ORGANIZARE

Mircea Damaschin; Éva Erdős; Cosmin Olteanu; Erika Róth; Rodica Ianole; Zoltán Varga; Mircea Constantin Sinescu; Lamya Diana Al-Kawadri; Alexandra Cristina Jipa; Bogdan Nazat; Laura Negură; Dan-Alexandru Sitaru; Radu Sebastian Ungureanu; Gabriela G. Mihuț, Oana Andreea Ion, Cristian Istrate, Nicolae Cîrstea, Dan Mărculescu, Andrei Poenariu

EXCESUL JUSTIFICAT ȘI EXCESUL SCUZABIL

Iulian Laurențiu STOICA*

Abstract:

Overcoming the limits of self defense can take, where appropriate, be justified as excess or surplus as excusable. Excess defense is equated with the legitimate defense when he is due to disorder or fear of the victim was restrained aggression or the person who came to help. There is no legitimate defense when, although the beginning of the conflict, the defendant was immediately before an attack which endanger life, later in the material, the balance of power has changed and the newly created position, the attack no longer present a danger to the accused person. If exceeding the limits of self defense is not due to disorder or fear of which was ruled at that committed the deed committed, we find ourselves before a pardonable excess defense. Beyond the limits of self-defense, because that overrun is mostly due to the fact that the person attacked or comes in to help can not always tell the nature and imminence of the attack, the seriousness of the danger. There are situations in which one who is defending against unjust attack defends beyond conscious limits proportionate. Such an overflow occurs when the perpetrator is the exact representation of both natural hazards and the necessity of his actions or intended purpose they can accept as a result of criminals. Thus, the primary fault lies with the perpetrator to overcome the limits of self defense will suffer some of the risks of his behavior.

Cuvinte cheie: *legitima apărare;excesul scuzabil; excesul justificat;starea de necesitate; atacul; apărarea; cazul fortuit.*

1. Teorii asupra fundamentului legitimei apărări.

1.1. Teorii obiective

Ca teorii obiective, teoria instinctului de conservare și teoria constrângerii morale fundamentează nepedepsirea faptei săvârșite în stare de legitimă apărare în fața unui atac care pune în primejdie viața sau integritatea corporală. Au fost autori care au susținut chiar că legitima apărare se justifică datorită stării de tulburare sufletească a făptuitorului(perturbatio animi), el acționând sub impulsul instinctului său de conservare, pierzându-și uzul rațiunii. În teoriile bazate pe ideea instinctului de conservare și constrângerii morale, legitima apărare este considerată ca o situație juridică în cadrul căreia faptele comise nu îmbracă caracterul ilicit penal, impunitatea fundamentându-se pe constrângerea morală a autorului.

Au existat și critici formulate împotriva acestor teorii. Teoriile au fost combătute în special de doctrinarii care văd în legitima apărare exercițiul unui drept, un drept existent în afara oricărei tulburări psihice, chiar dacă atacul nu a determinat nicio ripostă serioasă. De exemplu, s-a arătat că teoria instinctului de conservare ar fi aplicabilă numai pentru justificarea unor fapte comise pentru salvarea vieții și integrității corporale proprii, nu și pentru salvarea altor persoane. De asemenea, s-a criticat această teorie și pe considerentul că ignora caracterul injust al agresiunii. Însă instinctul de conservare este același și în cazul unei agresiuni juste și al unei agresiuni injuste. În situația unei agresiuni juste, aplicarea acestei teorii ar conduce la rezultate inechitabile, adică tocmai la contrariul finalității urmărite de legiuitor. Critica teoriilor bazate pe ideea instinctului de conservare și a constrângerii morale, care pretind că autorul faptei nu se bucură de plenitudinea libertăților sale, s-a

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti, stoica.laurentiu@hotmail.com, Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Traian Dima si prep.univ.drd. Lamy Diana Al-Kawadri

făcut de pe poziția potrivit căreia în legitima apărare nu poate fi vorba de o pierdere a libertății de determinare, întrucât actul respectiv reprezintă un act voluntar. În aceste critici se confundă însă “voluntarul” și “ liberul”. Nu orice act voluntar este liber, ori pentru existența răspunderii penale nu este suficient să se constate că actul a fost voluntar, ci trebuie să se mai stabilească, că voința a fost liberă (de exemplu, cel amenințat cu un revolver, dacă reacționează, săvârșește o faptă voluntară dar nu liberă). Deci, riposta persoanei atacate nu este un act reflex, ci o activitate conștientă și voluntară, presupune un calcul intelectual care urmărește o anumită finalitate, dar din cauza agresiunii, acesta nu a putut opta în mod liber între acțiune și inacțiune. Din cauza acestui fapt, în noul Cod penal legitima apărare apare ca o cauză justificativă care înlătură infracțiunea, pentru că în condițiile prevăzute de lege, săvârșirea faptei prevăzute de legea penală pentru înlăturarea atacului este permisă de către lege.

1.2 Teorii subiective

Spre deosebire de teoriile care consideră legitima apărare drept o cauză subiectivă de justificare, care operează “in personam”, în teoriile care o caracterizează ca o cauză obiectivă de justificare, ea acționează “ in rem”, acțiunea de apărare fiind conformă dreptului.

1.2.1 Teoria negației injustului

Potrivit lui Hagel, legitima apărare nu ar fi decât o negare a injustului, acela care se apără împotriva unei agresiuni injuste își afirmă dreptul său în scopul anulării injustiției.

Ihering, plecând de la ideea că o faptă nu poate lua aspect infracțional decât dacă este contrară normei de drept și întrucât prin apărare se tinde la înlăturarea unei leziuni juridice, afirmă că o asemenea reacție reprezintă valorificarea unui drept atribuit prin lege, ea fiind nu numai un drept ci și o datorie. Această teorie este, însă, insuficientă, întrucât simpla declarație că o faptă este legitimă numai pentru că legea o permite, nu justifică însuși fundamentul juridic al impunității, deoarece urmează a fi demonstrat în virtutea cărui principiu acest “ drept “ a fost recunoscut de lege. Acest drept este recunoscut pe temeiul asigurării oridinii de drept instituită de stat pe teritoriul său ca o valoare supremă.

1.2.2 Teoria retribuției răului prin rău și teoria coliziunii de drepturi și obligații

Acțiunea celui care ripostează unui atac, omorând pe agresor este justificată prin însuși actul respectiv întrucât agresorul violând datorie de a respecta dreptul altuia, se expune pierderii dreptului său în raport cu cel atacat. Situația de legitimă apărare ar pune în conflict doua drepturi, dintre care cel al agresorului, datorită atacului injust, devine mai puțin important, în raport cu dreptul celui atacat și din această cauză poate fi sacrificat. Cu alte cuvinte, cel atacat “are dreptul să-l pedepsească” pe agresor deoarece acesta prin încălcarea dreptului celui pe care l-a atacat, a pierdut posibilitatea de a cere respectarea dreptului său.

Aceste teorii au fost criticate arătându-se (în ceea ce privește retribuția răului prin rău), că aceasta conduce la consecințe inadmisibile, ca de exemplu, în cazul în care autorul agresiunii ar fi rănit de către cel atacat, agresorul să nu mai poată fi pedepsit, întrucât și-ar fi primit pedeapsa prin reacția persoanei atacate. Pe de altă parte, legitima apărare nu trebuie confundată cu instituția pedepsei, persoanele fizice nefiind investite cu dreptul de a pedepsi. În legătură cu teoria coliziunii drepturilor s-a arătat că statul trebuie să respecte toate drepturile. Dacă s-ar admite această teorie, ar însemna că hoțul care încalcă dreptul de proprietate a unei persoane să poată fi la rândul lui victima unui furt din partea victimei care l-ar deposeda de lucrul furat.

¹ V. Ionescu, Legitima apărare și starea de necesitate, Ed. Științifică, Buc, 1972, p.38

² V. Dongoroz, op cit, p. 448

1.2.3 Teoria apărării publice subsidiare

Această teorie își are rădăcinile în concepția contractualistă a dreptului. Oamenii ar delega statului sarcina de a le asigura apărarea ei, obligându-se să nu-și facă dreptate singuri atâta vreme cât statul este în măsură să le garanteze securitatea în fața unui pericol iminent. Funcția represivă a statului nu ar avea decât un caracter subsidiar în raport cu dreptul de apărare al oricărui subiect de drept. În momentul în care statul nu poate să intervină datorită circumstanțelor agresiunii, persoana atacată își redobândește “dreptul originar” de apărare împotriva apărării injuste care îl va exercita astfel în mod legitim. Această teorie a fost respinsă, potrivit contractului social, deoarece statul nu poate pierde nici dreptul de intervenție și nici dreptul de a pedepsi, pe motivul că aceste drepturi sunt suverane.³

1.2.4 Teoria utilității sociale

Agresiunea injustă dezvăluie nocivitatea și pune în evidență caracterul antisocial al autorului. În consecință, acțiunea de înlăturare a pericolului în fața agresiunii este considerată ca o reacție normală a celui atacat, făcută în interesul societății, putând fi considerat astfel “un act de justiție socială”.

1.2.5 Teoria dreptului subiectiv cu caracter public

Nu este suficient ca legea să amenințe cu pedeapsa pe cel care ar leza un drept subiectiv al altuia, ci trebuie să se recunoască persoanelor puterea juridică, să se apere ori de câte ori statul este în imposibilitate să împiedice provocarea prejudiciului.

Pentru ca cel atacat să reacționeze, pe de o parte în interesul său sau al altuia, apără și reafirmă dreptul iar pe de alta parte pentru că triumful dreptului este interesul fundamental al statului, se poate spune că legitima apărare este un drept subiectiv cu caracter public, iar autorul riposte realizează o funcție publică.⁴

2. Legitima apărare.noțiune și caracterizare

2.1 Legitima apărare ca stare de fapt

Libertatea, integritatea corporală, viața, patrimoniul persoanelor sunt apărate preventiv împotriva oricărei atingeri sau știrbiri prin crearea unui cadru juridic necesar existenței unei societăți umane în care comportamentul membrilor ei trebuie să respecte anumite dispoziții legale a căror încălcare atrage sancțiuni. Persoana este, apărată preventiv de orice violare a dreptului, iar în cazul în care este amenințată, ea poate recurge la sprijinul autorității de stat pentru înlăturarea pericolului ivit. În cazul în care vătămarea s-a produs, victima poate cere potrivit legii, repararea prejudiciului suferit.

În cadrul relațiilor socio-umane se pot ivi anumite situații de conflict, de ciocnire, de interese, care pot îmbrăca uneori forme destul de grave. În cazul acestor situații de conflict, și în special atunci când desfășurarea lor ia forma unor manifestări abuzive, persoana care consideră că interesele sale legitime sunt pe nedrept vătămăte sau periclităte, simte instinctiv nevoia de a răspunde la violență prin violență sau prin alte forme de autoapărare.

În situații de conflict, nimănui nu îi este îngăduit să își facă singur dreptate, să recurgă la acte incompatibile cu ordinea de drept, împotriva persoanelor cu care s-ar afla în divergență. Singura cale este aceea de a apela la intervenția organelor competente să restabilească ordinea de drept.

Există cazuri în care situația de conflict este de așa natură încât salvarea interesului legitim de la pericolul care îl amenință nu este posibilă decât printr-o acțiune de apărare imediată, efectuată de către cel aflat în primejdie sau de alte persoane care i-ar veni în ajutor. În asemenea cazuri, comandamentul că nimeni nu-și face singur dreptate apare ca injust și ineficient, fiindcă ar obliga la

acceptarea ireparabilului și pentru că nevoie de a-și salva interesul legitim exercită asupra celui care reacționează o constrângere mai puternică decât imperativul prohibiției dictate de un principiu de drept.

Așadar, în anumite situații de conflict recurgerea la autoapărare se produce firesc și inevitabil, fiindcă în astfel de situații, sub stăpânirea constrângerii, omul nu mai este în măsură de a-și determina singur voința. Riposta este, totuși un act voluntar, nu este deci rezultatul alterării factorului intelectual ci un act conștient la care se apreciază consecințele lui nedorite, dar impuse tocmai prin fapta agresorului. Există cazuri și condiții în care apărarea împotriva unui atac este legitimă.

Fapta săvârșită în astfel de cazuri impusă de nevoia de a înlătura un atac și de a apăra un interes legitim este socotită de lege ca fiind săvârșită în stare de legitimă apărare, astfel încât chiar dacă această faptă este prevăzută de lege penală, ea nu are caracter penal, nu constituie infracțiune.

Dacă legiuitorul nu ar înlătura răspunderea penală în caz de legitimă apărare și ar pedepsi faptele săvârșite în astfel de cazuri, o atare reglementare ar fi nedreaptă și ineficace. Nedreaptă pentru că ar face să intervină legea penală acolo unde nu există vinovăție; ineficace deoarece orice om aflat în fața amenințării imediate, a unui pericol grav și a amenințării pedepsei ce ar urma să fie ulterior aplicată, va acționa întotdeauna sub presiunea amenințării actuale.

2.2 Legitima apărare, cauză care înlătură caracterul penal al faptei.

Potrivit art 44 C.pen, fapta săvârșită în condițiile legitimei apărări, nu constituie infracțiune, stabilindu-se astfel natura juridică a legitimei apărări drept cauza care înlătură caracterul penal al faptei.³ Legitima apărare este reglementată în partea generală a Codului penal ca o categorie juridică ce asigură limitele corecte ale sferei dreptului penal prin înlăturarea caracterului penal al unor fapte prevăzute în partea specială a Codului penal. (omuciderea, lovirea sau vătămarea integrității corporale sau a sănătății, amenințarea).

Dispozițiile articolului 44 C.pen trebuie să-și găsească aplicare generală, dacă se constată că reacția a fost necesară pentru a înlătura un atac. Sunt însă și unele infracțiuni care prin însăși natura lor sunt incompatibile cu o reacție contra unui atac ce creează o stare de legitimă apărare, cum este de exemplu, denunțarea calomnioasă adresată în scris unei autorități. În asemenea cazuri, nu sunt aplicabile dispozițiile privind legitima apărare.

Există o corelație perfectă între infracțiune și cauzele care înlătură caracterul penal al faptei. Potrivit art.17 C.pen “Infracțiunea este fapta care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală”. Toate aceste trăsături esențiale implică existența infracțiunii, și pe cale de consecință, a răspunderii penale. Fapta săvârșită în stare de legitimă apărare nu este considerată infracțiune, deoarece îi lipsește trăsătura esențială a vinovăției, și prin urmare și aceea a pericolului social al faptei.

2.3 Lipsa vinovăției în cazul faptei comisă în legitimă apărare.

Legea penală, pentru a fi dreaptă și eficace, nu stabilește îngrădiri decât pentru acele comportări omenești care trebuie și pot fi respectate. Ea nu poate impune unei persoane să accepte inerta lezare sau pieirea sa, sub sancțiunea unei pedepse.

O astfel de lege ar fi absurdă și neputincioasă.

Perspectiva unei inevitabile și ireparabile leziuni exercită asupra persoanei o constrângere psihică de o așa mare intensitate încât efectul inhibitor al imperativelor legii se anihilează în acel moment, nemaigăsind în conștiința făptuitorului vreo forță de natură a-l împiedica să reacționeze așa cum îi dictează instinctul său de conservare.

³ V. Dongoroz, Kahane Siegfried, Oancea Ion- *Explicații teoretice ale codului penal român*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 350

De aceea, o asemenea reacție, ca impuls natural, este incoercibilă, orice comandament al legii fiind înlăturat de nevoia inexorabilă a salvării imediate. În asemenea condiții, pedeapsa încetează de a mai fi legitimă când ea este neputincioasă să producă efectul în vederea căruia a fost stabilită.

Legiuitorul, din toate timpurile, a ținut seama de această realitate obiectivă și de aceea a considerat că vinovăția, potrivit legii penale, este exclusă în toate cazurile în care făptuitorul acționează sub presiunea constrângerii.

Este evident că numai prevederea expresă a legii împiedică caracterizarea faptei ca infracțiune, dar nu este mai puțin adevărat că nici nu s-ar fi putut impune existența unei alte conduite.

O persoană nu poate fi considerată vinovată pentru că a săvârșit o faptă cu conștiința și voința, ci pentru că a comis-o în condițiile în care avea posibilitatea unei determinări libere. Este vinovată pentru că a ales comportarea de încălcare a legii, dând preferință pornirilor și mobilurilor antisociale⁴.

Ori, condițiile în care a reactionat persoana atacată sunt departe de a evidenția poziția condamnată a infractorului față de relațiile sociale existente, mobilul faptei rezumându-se la înlăturarea pericolului existent, rezultat din agresiunea injustă.

Victima agresiunii săvârșește fapta cu intenție, produce exact aceleași urmări pe care le-ar produce și fapta agresorului, numai că, în primul caz, victima este nevoită să acționeze într-un fel în care n-ar fi făcut-o niciodată în condiții normale, spre deosebire de agresor care, în deplină libertate de determinare, pune în aplicare un atac meditat.

Iată de ce în categoria juridică a vinovăției, condiția libertății de determinare are un rol primordial. Vinovăția este exclusă ori de câte ori făptuitorul acționează lipsit de această libertate.

2.4. Lipsa pericolului social al faptei comise în legitimă apărare

Lipsa vinovăției în sensul legii penale în acțiunea de apărare face ca această faptă să nu prezinte nici un pericol social⁵.

Analizând fapta în condițiile în care s-a produs, căutând semnificația și valoarea ei socială în raport de fapta determinată, de agresiune, se constată că în relația agresiune-apărare, agresiunea este prin definiție o faptă care prezintă pericol social, întrucât tinde să lezeze în mod injust valori ocrotite de lege. Apărarea, din contră, tinde să ocrotească ceea ce însăși legea protejează prin întreaga ordine de drept, apărare care, în condițiile date, nu poate fi făcută fără vătămarea agresorului.

Necesitatea care determină recurgerea la apărare învederează că riposta celui atacat nu urmărește prejudicierea unor valori protejate de lege. Mobilul acestei acțiuni nu este decât respingerea unui atac injust și numai în măsura în care este necesar pentru salvarea dreptului amenințat.

Împrejurarea că apărarea are drept urmare și vătămarea agresorului este consecința unei necesități izvorâte dintr-o stare de fapt creată de însăși fapta injustă a agresorului, ce constrânge pe cel atacat să reacționeze în fața pericolului iminent, iar logic nu se poate concepe ca acțiunea întreprinsă pentru împiedicarea unui act injust să fie apreciată ca prezentând pericol social prin faptul că, în limitele prevăzute de lege, produce o vătămare persoanei vinovate de agresiune.

Actul de apărare împotriva agresorului nu trezește dezaprobarea în conștiința socială, pentru că nu aduce atingere relațiilor sociale existente, el corespunzând sentimentului de dreptate al colectivității pe baza căruia se definesc exigențele ce se transpun în norme obligatorii de conduită.

Ca atare, fapta săvârșită rămâne numai material, nu și social periculoasă⁶.

Având în vedere că apărarea contra agresiunii nu este socotită de conștiința socială ca o acțiune de pericol social, această împrejurare va trebui să schimbe calitativ aprecierea asupra faptei,

⁴ V. Dongoroz, *Drept penal român*, ed. Institutul de Arte Grafice, București, 1939, p. 419

⁵ V. Dongoroz, Kahane Siegfried, Oancea Ion- *Explicații teoretice ale codului penal român*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 348

⁶ V. Dongoroz, Kahane Siegfried, Oancea Ion- *Explicații teoretice ale codului penal român*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 35

stabilește – în abstract – condițiile în care o apărare nu este socotită ca atare. Prin această operație de apărare, din simpla stare de fapt, devine un fapt juridic. Având în vedere că legitima apărare se poate ivi în legătură cu diverse fapte incriminate, textul – cu valoare de principiu – a fost introdus în partea generală a Codului penal. Obiectivitatea juridică a unei infracțiuni oarecare nu mai poate fi deci dată de simpla ei definiție abstractă, ci de corelarea acesteia cu cauzele de excludere a infracțiunii, în speță, cu apărarea legitimă.

Față de cele de mai sus ar fi greșit să se mai susțină că o faptă comisă în legitimă apărare are aspectul „formal” sau „înfățișarea obiectivă” a unei infracțiuni, întrucât pentru considerentele arătate, acea faptă „formal” și „obiectivă”, deși corespunde unei fapte prevăzute de legea penală, deci având numai această singură trăsătură a infracțiunii, lipsind însă trăsătura esențială a vinovăției și pe cale de consecință și de aceea a pericolului social, nu mai poate fi încadrată într-un text incriminatoriu, partea specială împreună cu partea generală formând un tot organic.

În asemenea condiții, când fapta nu prezintă pericol social, fiind săvârșită fără vinovăție, a nu considera ca infractor pe acel căruia nu i se poate reproșa nimic pentru reacția sa, constituie un mare câștig pentru ideea de dreptate și legalitate.

Aceasta însă nu trebuie să ducă la concluzia că fapta poate îmbrăca forma unei acțiuni utile pentru societate, pentru că, pe de o parte, ideea de utilizare este străina de concepția care a stat la baza stabilirii cauzelor care înlătură caracterul penal al faptelor, iar pe de altă parte, nu poate fi utilă pentru societate o faptă care produce lezarea unor persoane, chiar în condițiile stării de legitimă apărare.

3. Condițiile legitimei apărări

3.1. Condiții referitoare la atac

Starea de legitimă apărare este creată prin existența unui atac adică a unei acțiuni sau inacțiuni săvârșite cu intenția de a vătăma o persoană sau un interes obștesc.

Atacul sau agresiunea este o comportare violentă a omului, o atitudine ofensivă ce se materializează de regulă într-o acțiune îndreptată împotriva valorilor social ocrotite.⁷

Pentru a da naștere unei apărări legitime, atacul trebuie să îndeplinească mai multe condiții:

a) Atacul trebuie să fie material, direct, imediat și injust.

Atacul este considerat material când este un atac fizic, obiectiv, menit să pericliteze în substanța sa fizică valorile sociale ocrotite. În general, acest atac se produce prin folosirea forței fizice simple sau asociate cu anumite instrumente sau obiective, pentru ca atacul să fie mai eficient (arme, narcotice, mijloace sau instrumente de distrugere).⁸

În afara unui atac fizic, nu se poate vorbi despre legitima apărare. Astfel s-a reținut că numitul G.A în data de 5 iunie 1989 în jurul orei 4, surprinzându-și soția împreună cu C.L. într-o pădure din apropierea locuinței, a aplicat acestuia mai multe lovituri cu toporul pe care îl avea asupra sa provocându-i moartea.

În apărarea sa, inculpatul G.A a invocat legitima apărare depășită prevăzută în art 44 alin(3) C.pen. În aceste condiții, neexistând un atac material, nu se poate justifica apărarea prin săvârșirea faptei, deci legitima apărare nu poate fi reținută.

Atacul este material atunci când inacțiunea celui obligat să acționeze creează pericol fizic pentru valoarea vizată. Atacul material trebuie să fie o acțiune sau o inacțiune umană. Dacă fătuitorul reacționează datorită unui atac provenind de la un animal, fapta sa poate fi considerată ca fiind comisă în stare de legitimă apărare? În literatura juridică problema este controversată, unii autori susțin că în astfel de cazuri există legitimă apărare deoarece acolo unde este atac, există și apărare. Se mai arată ca atacul din orice sursă ar proveni este potrivit dreptului și deci, apărarea este necesară.

⁷ C.Mitrache, op.cit,p. 105

⁸ C. Mitrache, *Consideratii privind legitima apărare*, științe juridice, nr. 1/1969, p. 92

În opinia contrară care este dominantă, se arată că printre condițiile atacului, legea cere ca el să fie injust ceea ce înseamnă că atacul trebuie să fie pornit numai de la o ființă umană deoarece numai acțiunea acesteia pot fi injuste în raport cu legea penală, nu și cele ale animalelor care acționează în baza instinctelor. În cadrul acestei opinii, subliniindu-se că în astfel de cazuri nu se poate vorbi de legitimă apărare, făptuitorul va putea invoca însă starea de necesitate fiindcă în cazul acesteia, legea nu cere ca pericolul să fie nejust, această stare fiind generată de forțe în general inconștiente.

În cazul în care animalul este folosit ca instrument de atac, atacul devine injust în măsura în care el reprezintă o agresiune deliberată a stăpânului animalului împotriva unei persoane.

Condiția atacului de a fi material este subliniată pentru a-l deosebi de un atac verbal sau scris (insultă, calomnie, amenințare, șantaj) prin care se poate aduce atingere valorilor sociale. Însă aceste atacuri materiale nu trebuie să fie respinse prin căi de fapt, adică prin săvârșirea de fapte prevăzute de legea penală, urmând ca cel care săvârșește atacurile să răspundă penal potrivit legii.

Respingerea atacurilor materiale prin săvârșirea de fapte prevăzute de legea penală constituie deci, infracțiune, însă se va putea invoca circumstanța atenuantă a provocării (art 73 C.pen) sau altă circumstanță atenuantă (art 74 C.pen).

Atacul este direct⁹ când se îndreaptă și creează un pericol nemijlocit pentru valoarea socială ocrotită. Atacul nu este direct dacă între agresor și victimă se află un obstacol (poarta sau ușa închisă, gard, zid) care face ca atacul să nu mai creeze un pericol pentru valoarea social ocrotită.

Astfel într-o speță, instanța a reținut că inculpatul în urma comportării necorespunzătoare a nepotului său, a avut un conflict cu acesta, fiecare aflându-se în curtea sa. Auzind amenințările inculpatului, victima a scos un cuțit cu care s-a îndreptat spre poarta din gardul care despărțea cele două gospodării. În acel moment, inculpatul a luat un par, a intrat în curtea unde se găsea victima și i-a aplicat o lovitură în cam care i-a provocat moartea.

În această situație, inculpatul nu se găsea în stare de legitimă apărare, deoarece nu a existat un atac direct al victimei.

Obstacolul care împiedică atacul trebuie să fie și eficient, trebuie să împiedice periclitarea valorilor sociale. Sub acest aspect este importantă și natura atacului, astfel, un atac cu o armă de foc este direct și atunci când între agresor și victimă se află un gard. Atacul nu este direct dacă între agresor și valoarea ocrotită există o distanță mai mare de spațiu. De exemplu, nu este un atac direct atacul dezlănțuit de la o distanță de 100 m cu o secură.

Atacul este direct și atunci când constă în turnarea unei substanțe otrăvitoare în mâncarea ce urmează a fi servită victimei sau atunci când atacul se realizează prin încercarea de a distruge o barcă în care se găsește o persoană ce nu știe să înoate.

Atacul să fie imediat¹⁰ - atacul material și direct trebuie să îndeplinească și o condiție referitoare la raportul dintre momentul declanșării atacului și momentul ivirii pericolului care amenință persoana. Între cele două momente poate exista un oarecare decalaj de timp, înainte ca pericolul să fi devenit iminent sau actual.

Atacul imediat trebuie să fie real, obiectiv. Presupunerea din partea unei persoane că ar avea loc un atac împotriva sa, lipsită de certitudinea producerii acestuia, nu justifică aplicarea dispozițiilor legale privind legitima apărare. Într-o speță se arată că doi bărbați se dușmăneau între ei, într-o zi, mergând unul după altul pe același drum, cel din față se întoarce și lovește grav pe cel din urmă, sub pretext că acesta se pregătea să-l atace. Se constatare că cel din urmă nu declanșase un atac. Relațiile de dușmănie nu pot fi socotite ca un atac desfășurat sau iminent, că ele nu pot fi similare cu un atac, care presupune o manifestare concretă, fizică.

Atacul este injust¹¹ în cazul în care nu este legitim sau întemeiat pe o dispoziție a legii sau pe un drept. Când legea permite sau obligă să se efectueze o anumită activitate care poate fi socotită

⁹ Idem

¹⁰ T.Vasilii, op.cit. p.332

¹¹ N.Ionescu, op.cit, p.19

ca atac, atacul exercitat în condițiile prevăzute trebuie considerat just. Nu prezintă un atac injust împotriva libertății, arestarea unei persoane pe baza mandatului de arestare. Atacul permis sau ordonat de lege își păstrează caracterul just atata timp cât este efectuat în limitele prevăzute de lege.

Atacul injust reprezintă, deci o faptă cu o sfera mai largă decât infracțiunea. Chiar dărmarea unei construcții de pe propriul teren poate constitui un atac injust, dacă ea este făcută în asemenea condiții, încât pune în pericol securitatea vecinului.

În stabilirea caracterului injust al atacului trebuie să se țină seama de natura atacului, de aspectul psihic al comportării agresorului, de felul și particularitățile valorii sociale împotriva căreia este îndreptat atacul, de relațiile existente între agresor și persoana atacată.

b) atacul trebuie să fie îndreptat contra unei persoane, a drepturilor acesteia sau împotriva unui interes obștesc

Atacul poate fi îndreptat, nu numai împotriva unei persoane care se apără pe sine sau își apără propriile drepturi, dar și împotriva altei persoane sau a drepturilor acesteia. Nu se cere ca între persoana care intervine să respingă atacul și victima agresiunii să existe vreun grad de rudenie sau înțelegere prealabilă. Tot legitimă este și intervenția unui organ de poliție împotriva unei persoane care folosește violența față de un terț. Nu are importanța, de asemenea, dacă victima putea să înlăture singură atacul sau nu, ori dacă victima dorea sau nu să se apere împotriva atacului. S-a susținut că nu interesează dacă persoana care este victima atacului este sau nu titulara drepturilor primejduite prin atac, dacă are sau nu capacitate juridică. Se poate, deci apăra legitim și un alienat mintal sau un copil, personal sau cu ajutorul altor persoane.

În literatura juridică s-a susținut că sfera valorilor protejate de lege se întinde nu numai la toate drepturile persoanei, dar chiar și asupra intereselor legalmente protejate, considerate ca veritabile drepturi subiective. De asemenea, nu interesează dacă dreptul atacat este sau nu în mod legitim exercitat de persoana atacată.

c) atacul să pună în pericol grav valorile sociale ocrotite

Pentru legitimarea acțiunii în apărare, legea impune condiția ca atacul să pună în pericol grav persoana sau drepturile celui atacat sau interesul obștesc. Pericolul se consideră grav atunci când atacul este de natură să producă o vătămare ireparabilă sau greu de înlăturat (pierderea vieții, cauzarea unei infirmități, distrugerea unui bun de mare valoare) care nu poate fi ștersă printr-o simplă dezdăunare. În caz contrar, nu există legitimă apărare.

Conform art 44 alin(2) C.pen pot forma obiectul legitimei apărări și valorile legate de patrimoniul personal, în măsura în care sunt importante și sunt puse în pericol grav printr-un atac material, direct, imediat și injust.

3.2 Condiții referitoare la apărare

Pentru ca apărarea să fie legitimă, trebuie să se circumscrie unor cerințe prevăzute de lege și anume, să se realizeze prin săvârșirea unor fapte prevăzute de legea penală; să fie precedată de atac; să fie îndreptată împotriva agresorului; să fie necesară pentru înlăturarea atacului și să fie proporțională cu atacul.¹²

3.2.1 Apărarea trebuie să se realizeze printr-o faptă prevăzută de legea penală.

Legitima apărare nu poate fi invocată și nu poate produce efecte penale decât în cazul în care fapta săvârșită pentru înlăturarea atacului este o faptă prevăzută de legea penală. Potrivit art 44 alin(1) C pen, nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală, săvârșită în stare de legitimă apărare. Prin urmare, nu se poate recurge la o cauză de înlăturare a caracterului penal, cum este legitima apărare, în cazul unei fapte căreia legea nu îi atribuie un astfel de caracter.

¹² C.Mitrache, op.cit, p.107

3.2.2 Apărarea să fie precedată de atac

Această condiție are în vedere desfășurarea apărării după ce atacul devenise iminent sau era în curs de executare, deoarece apărarea nu poate interveni mai înainte de atac.

Simpla presupunere că agresorul va dezlănțui un atac nu dă dreptul la apărarea legitimă.

3.2.3 Apărarea să fie îndreptată asupra agresorului

Pentru a fi legitimă, apărarea trebuie să fie îndreptată împotriva celui care exercita atacul, adică împotriva vieții, sănătății sau libertății agresorului dar nu și împotriva bunurilor acestuia.

Apărarea îndreptată din eroare asupra altei persoane decât a agresorului va duce la înlăturarea caracterului penal al faptei, pe cauza erorii de fapt, coroborată cu legitima apărare cu care vine în concurs.¹³

3.2.4 Apărarea să fie necesară pentru înlăturarea atacului

Apărarea se consideră necesară atunci când a fost impusă de natura și condițiile agresiunii. Necesitatea obiectivă a actelor de apărare se apreciază în funcție de mai mulți factori și anume:

- Obiectul agresiunii (viața, integritatea corporală, libertatea, interesul obștesc) și măsura concretă a periclitării sale prin acte de agresiune.

- Caracterul imediat al agresiunii – apărarea este necesară sub raportul întinderii, când are loc după ce atacul a devenit iminent sau actual și până în momentul când acesta a încetat prin dezarmarea agresorului sau imobilizarea acestuia.

- Intensitatea agresiunii – în condițiile unei agresiuni de intensitate redusă, actele de apărare se pot întrevădea inutile și nu necesare. De exemplu, în cazul unei loviri cu palma, atacul nefiind de natura să creeze un pericol grav pentru persoana inculpatului, riposta acestuia nu era necesară.

- Anumite condiții de timp, de loc sau privitoare la persoana atacată. De exemplu, un act de apărare care, în alte condiții nu ar fi indispensabil poate deveni necesar în cazul în care cel atacat se află într-un loc izolat, unde cu greu pot interveni alte persoane.

O femeie singură sau mai în vârstă, dându-și seama de slăbiciunea proprie poate resimți necesitatea efectuării unor acte de apărare. În toate cazurile, însă, unei necesități obiective a actelor de apărare trebuie să-i corespundă o necesitate subiectivă de apărare, în sensul că autorul să sancționeze sub stăpânirea unei constrângeri determinate de agresiunea a cărei victimă este. Dacă el acționează nu din necesitatea unei apărări ci din dorința de a răspunde atacului, atunci fapta prevăzută de legea penală și săvârșită de el își pierde caracterul de act de apărare și deci existența legitimei apărări nu mai poate fi reținută.

3.2.5 Apărarea să fie proporțională cu gravitatea atacului

Aceasta, reprezintă condiția fundamentală pentru existența legitimei apărări. Aflat în fața unui atac material, direct, imediat și injust care pune în pericol grav valorile expres menționate în art 44 alin(2) C.pen, cel atacat este pus în situația de a reacționa, de a înlătura atacul și implicit consecințele pe care acesta le-ar putea cauza. Cum însă pericolul poate fi mai grav, legea cere ca reacția să fie proporțională cu pericolul creat, adică să existe o oarecare echivalență între fapta săvârșită în apărare și atacul care a condus la necesitatea unei apărări.¹⁴

¹³ C.Mitrache, op.cit, p.108

¹⁴ T.Vasilii și colaboratorii, op.cit, p 334.

4. Limitele legitimei apărări

4.1 Depășirea limitelor legitimei apărări

Depășirea limitelor unei apărări presupune ca riposta celui atacat să fi fost făcută în condițiile unei stări de legitimă apărare. Numai în asemenea condiții o persoană poate săvârși un exces, o depășire a limitelor legitimei apărări. În literatura juridică s-a susținut că depășirea limitelor legitimei apărări se poate realiza în doua moduri:

- O depășire în timp, în situația în care apărarea a precedat atacul sau a avut loc după încetarea atacului.
- O depășire în intensitate, în cazul în care apărarea este disproporțională ca intensitate față de atac.

În literatura juridică s-a arătat că depășirea limitelor legitimei apărări poate îmbrăca după caz, fie forma excesului justificat (art 44. alin(3) C.pen), fie forma excesului scuizabile (art 73 lit a.) C.pen).

4.1.1 Excesul justificat

Excesul de apărare este asimilat potrivit art 44 alin(3) C.pen cu apărarea legitimă atunci când el se datorează tulburării sau temerii de care a fost stăpânită victima agresiunii sau o persoană care a venit în ajutor. Fapta săvârșită a depășit deci limitele unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului și cu împrejurările în care s-a produs atacul. În aplicarea art. 44 C.pen, trebuie să se țină seama de ansamblul împrejurărilor în care a fost săvârșită fapta și nu doar de momente sau acte izolate ale agresiunii. Nu există legitimă apărare atunci când, deși la începutul conflictului¹⁵ inculpatul s-a aflat în fața unui atac imediat care îi periclita viața, ulterior în cursul desfășurării faptelor, raportul de forțe s-a schimbat și în situația nou creată atacul nu mai prezenta pericol pentru persoana inculpatului.

În speță, inculpatul după ce a respins lovitura cu sticla încercată de victimă asupra sa, a lovit victima de mai multe ori cu pumnii peste față, iar după ce în urma loviturilor primite acesta a căzut, a continuat să o lovească cu pumnii și picioarele în cap cauzându-i moartea. În aceste împrejurări, de fapt inculpatul nu s-a aflat în legitimă apărare, cu toate că primul act e agresiune a fost săvârșit de victimă. În starea specifică de tulburare sau temere, cel care a săvârșit fapta comisă pentru înlăturarea atacului a depășit limitele unei apărări proporționale, datorită faptului că era în imposibilitatea să își dea seama de limitele firești, omenești acceptabile ale apărării.

În această situație, făptuitorul nu este conștient de depășirea limitelor legitimei apărări, fiind într-o eroare invincibilă, justificată cu privire la caracterul socialmente periculos al faptei sale.

Într-o altă speță s-a reținut următoarea stare de fapt: inculpatul a primit telefon de la soția sa prin care îl înștiința că partea vătămată este în stare de ebrietate și face scandal. Venind acasă, inculpatul s-a întâlnit cu victima care l-a înjurat, lovindu-se reciproc. După incident, victima a revenit, a batut la ușa inculpatului, iar acesta a împins-o. În continuare, victima a apucat o oală cu care voia să-l lovească pe inculpat. Mai rapid, inculpatul i-a aplicat doua lovituri în față victimei care a căzut lovindu-se de pardoseală și decedând. Inculpatul, condamnat pentru lovituri cauzatoare de moarte a făcut recurs, susținând că s-a aflat sub imperiul unor puternice tulburări cauzate de atitudinea violentă a victimei. Această apărare nu poate fi acceptată deoarece victima se afla într-o stare avansată de ebrietate, iar inculpatul a lovit-o puternic încât aceasta a căzut, raportul de forțe fiind în favoarea sa. În schimb, uciderea cu lovituri de topor, din care o parte au fost aplicate după doborârea victimei la pământ în momentul când încerca să se ridice pentru a continua agresiunea, deci când forțele ei erau diminuate de loviturile ce i-au fost aplicate, iar în apropiere se afla complicile său, constituie o depășire a limitelor unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului

din această ultimă fază a atacului, iar fapta cade sub incidența art 44 alin(3) C.pen. Nepedepsirea depășirii limitelor legitimei apărări de către persoana atacată din cauza tulburării sau temerii este unanim admisă.

4.1.2. Excesul scuzabil

În cazul în care depășirea limitelor legitimei apărări nu se datorează tulburării sau temerii de care a fost stăpânit cel care a săvârșit fapta comisă, ne găsim în fața unui exces de apărare scuzabil reglementat prin dispozițiile art 73 lit a.) C.pen. Având în vedere că potrivit dispozițiilor legale, constituie circumstanță atenuantă obligatorie, depășirea limitelor legitimei apărări sau a stării de necesitate fără să se arate că această depășire trebuie să fie culpoasă, în mod firesc se pune întrebarea: Care este natura juridică a depășirii limitelor legitimei apărări în această situație?. În literatura noastră juridică s-a arătat că în cazul depășirii limitelor legitimei apărări, cauza acestei depășiri este de cele mai multe ori datorată împrejurării că cel atacat sau persoana care vine în ajutor nu își poate da seama întotdeauna de natura și iminența atacului, de gravitatea pericolului. În mod excepțional, pot exista și situații în care cel care e apără împotriva atacului injust depășește conștient limitele unei apărări proporționale. O astfel de depășire are loc atunci când făptuitorul are reprezentarea exactă atât a pericolului cât și a finalității firești a acțiunilor sale, finalitate pe care o urmărește sau o acceptă ca rezultat ilicit.

S-a exprimat punctul de vedere potrivit căruia, deoarece în Codul penal nu se menționează în mod expres că numai depășirea din culpă a legitimei apărări constituie circumstanță atenuantă în sensul art 73 lit a.) C.pen, în principiu și depășirea conștientă(intenționată) a limitelor legitimei apărări se încadrează în dispozițiile acestui articol. În acest caz, vina primară a depășirii limitelor legitimei apărări revine agresorului care este firesc să sufere o parte din riscurile comportării sale.

5. Aspecte de drept penal comparat

5.1 Legitima apărare și starea de necesitate în Codul penal german.

Legitima apărare

- (1) Cel care comite o faptă, care s-a ivit prin legitima apărare nu acționează ilegal.
- (2) Legitima apărare este apărarea, care este necesară pentru a împiedica un atac ilegal și actul îndreptat împotriva sa sau a altei persoane.

Excesul legitimei apărări

Dacă făptuitorul depășește limitele legitimei apărări din cauza confuziei, din teamă sau spaimă, atunci el nu este pedepsit, conflictul născut din săvârșirea infracțiunii, înțelegere care, în anumite cazuri prevăzute de lege, înlătură răspunderea penală a infractorului.

După cum se observă, spre deosebire de lipsa plângerii penale prealabile sau retragerea acesteia, implicarea părților este un acord de voință bilateral. Aceste deosebiri rezidă în condițiile ce trebuie îndeplinite pentru ca împăcarea părților să înlătore răspunderea penală.

Aceste condiții privesc cazurile în care împăcarea poate interveni, persoanele între care ea intervine, obiectul ca atare al împăcării, caracterul împăcării și intervalul de timp în care împăcarea se poate realiza.

- Împăcarea părților se poate realiza în cazul acelor infracțiuni la care legea prevede în mod expres că ea reprezintă o cauză care înlătură răspunderea penală.
- Împăcarea trebuie să se facă între persoanele implicate în conflict penal, adică între partea vătămată și infractor.
- Împăcarea trebuie să fie personală adică să precizeze persoanele care s-au înțeles să pună capăt conflictului.

- Împăcarea trebuie să fie explicită, de regulă expresă neputând fi dedusă din anumite situații sau împrejurări.

- Pentru a produce efectele ce îi sunt specifice, împăcarea trebuie să fie totală, necondiționată și definitivă.

- Pentru a produce efectele, împăcarea poate să intervină în orice etapă de realizare a răspunderii penale, dar înainte ca hotărârea instanței cu privire la infracțiunea săvârșită, să rămână definitivă.

Dacă împăcarea părților cu respectarea tuturor condițiilor necesare s-a realizat, răspunderea penală a celui care a săvârșit infracțiunea este înlăturată. Spre deosebire de celelalte cauze care înlătură răspunderea penală, împăcarea părților are efecte mai largi în sensul că ea înlătură și consecințele civile care se nasc din săvârșirea infracțiunii.

Starea de necesitate justificată

Cel care comite o faptă, din cauza unui pericol actual și care nu poate fi înlăturat altfel, pericol îndreptat împotriva vieții, a persoanei, libertății, a onoarei, a proprietății sau a unui alt bun de drept, pentru înlăturarea pericolului îndreptat împotriva sa sau unei alte persoane, reacționează ilegal, dacă depășește cu mult la aprecierea intereselor în conflict, mai ales a bunurilor de drept efectuate și a gradului pericolului care le amenință interesul apărut, care este lezat. Aceasta se aplică însă numai atâta timp cât fapta este un mijloc adecvat pentru a înlătura pericolul.

Starea de necesitate justificabilă

Cel care comite o faptă ilegală, din cauza unui pericol actual și care nu poate fi înlăturată, pericol îndreptat asupra vieții, a persoanei sau a libertății, pentru a înlătura pericolul îndreptat împotriva sa, unui membru al familiei sau împotriva unei persoane apropiate, acționează fără vinovăție. Aceasta nu se aplică atâta timp cât făptuitorul suportă pericolul mai ales că el însuși a produs pericolul sau pentru că el se afla într-un raport juridic, ce putea fi invocat pe nedrept. Cu toate acestea, pedeapsa poate fi îmblânzită conform art 49 alin(1), dacă făptuitorul suportă pericolul fără a exista motivul unui anumit raport juridic.

Dacă făptuitorul apreciază în mod greșit, la comiterea faptei, împrejurările care l-ar fi scuzat, conform alin(1), atunci el va fi pedepsit doar dacă ar fi putut evita eroarea. Pedeapsa se îmblânzește conform art. 49 alin(1).

5.2 Legitima apărare și starea de necesitate în Codul penal elvețian

Legitima apărare

1 . Acela care este atacat fără drept sau amenințat fără drept de atac iminent are dreptul de a respinge atacul prin mijloace pe măsura circumstanțelor, același drept aparține și terților.

2 . Dacă cel care respinge un atac a depășit limitele legitimei apărări, judecătorul va atenua în mod liber pedeapsa(art 66); dacă acest exces provine dintr-o stare scuzabilă de agitație sau de uimire provocată de atac, niciun fel de pedeapsă nu este riscată.

Starea de necesitate

1. Atunci când un atac a fost comis pentru a apăra de un pericol iminent și imposibil de înlăturat în alt mod, un bun care aparține autorului faptei, inclusiv viața, integritatea corporală, libertatea, onoarea, patrimoniul, această faptă nu va putea fi pedepsită dacă pericolul nu era imputabil unei greșeli a autorului său sau și dacă, în circumstanțele în care fapta a fost comisă, sacrificiul bunului amenințat nu putea fi impus în mod rațional autorului.

Dacă pericolul era imputabil unei greșeli ale acestuia din urmă sau dacă în circumstanțele în care actul a fost comis, sacrificiul bunului amenințat putea fi impus în mod rațional autorului faptei. Judecătorul va atenua pedeapsa în mod liber(art 66).

2. Atunci când o faptă a fost comisă pentru a apăra de un pericol iminent și imposibil de înlăturat, în alt mod un bun care aparține altcuiva, inclusiv viața, integritatea corporală, libertatea, onoarea, patrimoniul, această faptă nu va putea fi pedepsită. Dacă autorul putea să își dea seama că sacrificiul bunului amenințat putea fi în mod rațional impus celui căruia aparținea bunul, judecătorul va atenua pedeapsa în mod liber(art 66).

5.3 Legitima apărare și starea de necesitate în Codul penal român

Legitima apărare

1. Nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală săvârșită în stare de legitimă apărare

2. Este în stare de legitimă apărare acela care săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, îndreptat împotriva sa, a altuia sau împotriva unui interes obștesc și care pune în pericol grav persoana sau drepturile celui atacat ori interesul obștesc.

2¹ Se prezumă că este în legitimă apărare și acela care săvârșește fapta pentru a respinge pătrunderea fără drept a unei persoane prin violență, viclenie, efracție sau prin alte asemenea mijloace, într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ori delimitat prin semn de marcare.

3 Este de asemenea în legitimă apărare și acela care din cauza tulburării sau temerii a depășit limitele unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului și cu împrejurările în care s-a produs atacul.

Starea de necesitate

(1)Nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală, săvârșită în stare de necesitate.

(2)Este în stare de necesitate acela care săvârșește fapta pentru a salva de la un pericol iminent și care nu putea fi înlăturat altfel, viața, integritatea corporală sau sănătatea sa, a altuia sau un bun important al său ori al altuia sau un interes obștesc.

(3)Nu este în stare de necesitate persoana care în momentul când a săvârșit fapta nu și-a dat seama că pricinuieste urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat.

5.4 Codul penal italian- art 50-52, 54

Consimțământul victimei

Nu este pedepsit acela care duce sau pune în pericol un drept al altuia cu consimțământul persoanei care putea dispune de acel drept.

Ordinul și comanda legii

Ordinul și comanda legii impuse de o normă juridică sau de un ordin legitim al unei autorități publice exclude pedeapsa. Dacă o faptă constituie infracțiune și este omisă din ordinul autorității despre faptă răspunde comandantul sau șeful autorității care a dat ordinul.

Legitima apărare

Nu este pedepsit acela care a comis fapta fiind constrâns de necesitatea de a apăra un drept al său ori al altuia împotriva unui pericol iminent, al unui atac injust, dar întotdeauna apărarea să fie proporțională cu atacul.

Starea de necesitate

Nu este pedepsit acela care a comis fapta fiind constrâns de necesitatea de a se salva pe el sau pe o altă persoană de la un atac iminent și injust dar care să fi fost cauzat de el însuși, care nu se putea evita altfel dar întotdeauna fapta să fie proporțională cu atacul.

Concluzii

Legitima apărare trebuie examinată ca o stare sau situație, în care acțiunile de apărare ale persoanei sunt lipsite de particularitățile infracțiunii (art 17 C.pen). Acțiunea care nu prezintă pericol social, este lipsită de trăsăturile infracțiunii penale, de vinovăție și de pedeapsă chiar din momentul săvârșirii ei. Aceasta duce la absența răspunderii penale, ca principală consecință. În această situație ar fi mai corect de vorbit, nu despre eliberarea de răspunderea penală pentru fapta săvârșită în stare de legitimă apărare, ci despre lipsa în acest caz a unei baze legitime de a fi trasă la răspundere persoana care se apără, dacă legitima apărare corespunde situației.

Potrivit noului Cod penal, se face o nouă clasificare a cauzelor ce înlătură caracterul penal al faptei. Legitima apărare face parte din cauzele justificative, alături de starea de necesitate și alte două cauze noi introduse: ordinul legii și consimțământul victimei.

Celelalte cauze care înlătură în fapt vinovăția ca trăsătură esențială a infracțiunii au rămas neschimbate.

Prin reglementarea legitimei apărări nu se recunoaște dreptul de a comite fapta prevăzută de legea penală într-o asemenea împrejurare, ci că legea penală nu intervine datorită existenței unor situații deosebite, care impun celui care acționează un anumit comportament ieșit din comun.

Fapta comisă în stare de legitimă apărare nu a fost niciodată pedepsită.

Potrivit teoriilor subiective (teoria instinctului de conservare și teoria constrângerii morale), legitima apărare se fundamentează pe invincibilitatea instinctului omenesc de apărare în fața unui atac care îi pune în primejdie viața sau integritatea corporală.

Dreptul la legitimă apărare îl au în mod egal toate persoanele, indiferent de pregătirea lor profesională sau specială.

Pentru majoritatea cetățenilor, dreptul la legitimă apărare reprezintă un drept al lor subiectiv. Acest drept aparține persoanei indiferent de prezența sau absența posibilității de a evita atacul prejudiciabil (posibilitatea de a fugi sau de a chema în ajutor alte persoane).

Tocmai din această cauză, legitima apărare este considerată pe bună dreptate o activitate activă, ofensivă.

Referințe bibliografice

- Victor Ionescu – Legitima apărare și starea de necesitate, Ed.Șt.Buc.1972
- V.Dongoroz – Drept penal, Ed.Șt.Buc. 1939
- V. Dongoroz, Kahane Siegfried, Oancea Ion- Explicații teoretice ale Codului penal român, ed. Academiei Republicii Socialiste România, Bucuresti, 1972, p. 350
- V. Dongoroz, Drept penal român, Ed. Institutul de Arte Grafice, București, 1939, p. 419
- C.Bulai- Drept penal, Ed. Did și ped. Buc, 1987
- I.Oancea, Drept penal, partea generală, Ed.ALL, Buc. 1994
- C.Mitrache- Drept penal, partea generală
- Ludovic Biro – Considerații referitoare la depășirea limitelor legitimei apărări.
- T.Vasilii și colaboratorii

INFRAȚIUNEA PROGRESIVĂ

Danuț-Mădălin BODRON*

Abstract

A particular type of crime is the progressive one, because after the objective side, belonging to a different crime, is consumed it will gradually enhance without the intervention of the person who committed it, thereby becoming either a different and more earnest crime or it can remain the same one but, in a aggravated form. In this paper is debated the form of the guilt, the most frequently met form being the praeterintention. Another debated issue is the time when the crime is considered committed, this fact created a lot of controversy because The Supreme Court considered that a progressive crime is committed when the action is perpetrated and not when the final result takes place such as the doctrine affirms, thus making the prescription of the criminal liability and the clemency very confusing. This paper aims to identify the unique characteristics of the progressive crime merely by analyzing cases from real life that were judged in Romanian High Courts of Justice. We will try to find out what crimes are susceptible of being progressive ones and what crimes don't. Also we will present opinions of well known penal specialists and try to discover similarities and differences between them and of course analyze and form a conclusion. We will solidify the borders between progressive and other types of crimes thereby trying to exclude any confusion among them. We will study the penalties given in these cases, the territoriality and time application of the criminal law in case of this type of crime.

Cuvinte cheie: *infrațiunea progresivă, unitatea legală de infracțiune, formă atipică a infracțiunii, amplificarea progresivă a rezultatului,*

I. Introducere

Traian Pop afirma că: „Infracțiunea este o faptă provenind din voința autorului iar infractorul este individul care a ales răul deși putea alege binele. Deci infracțiunea este în funcțiune numai de voința omului iar nu de alți factori. Din liberul arbitru al omului rezultă responsabilitatea morală iar din aceasta derivă responsabilitatea penală”¹. Dar dacă rezultatul final nici măcar nu este cel urmărit de făptuitor? Și în plus acesta s-a produs chiar fără intervenția acestuia. Această infracțiune mai atrage răspunderea penală a celui ce a săvârșit-o? Care este momentul săvârșirii acestui tip de infracțiune? Ce pedepse vor fi aplicate celor ce săvârșesc astfel de infracțiuni? Aceste întrebări au creat nenumărate controverse în doctrină cât și în practică judiciară și putem și noi observa că infracțiunea progresivă nu este chiar forma tipică a unității legale de infracțiuni. Codul penal actual nu prezintă nici o dispoziție referitoare la acest tip de infracțiune în partea generală, însă în partea specială sunt prevăzute mai multe infracțiuni progresive (art. 181, art. 182, art. 183 C. pen.), infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte fiind cea mai cunoscută.

II. Noțiuni și trăsături generale

Una dintre primele definiții date infracțiunii progresive este cea a lui Vintilă Dongoroz și anume „Infracțiunile progresive adică cele susceptibile de a-și amplifica conținutul obiectiv după ce au ajuns la o formă incriminabilă”². Această definiție este totuși prea simplă, prea sărăcăcioasă în detalii privitoare la acest concept. Pentru mai bună înțelegere este nevoie de o definiție mult mai elaborată, care să fixeze mai bine hotarele acestei noțiuni.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: bodrondanutmadalin@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. dr. Alexandra Jipa

¹ Traian Pop „Drept penal” Vol. I, Tip. „Libertatea”, Orăștie, 1921, p. 198

² Vintilă Dongoroz „Curs de drept penal”, Universitatea București, București, 1942, pag. 325

În literatura juridică s-au format două concepte³ privitoare la aceasta noțiune:

a) Primul concept definește infracțiunea progresivă ca fiind acea infracțiune a cărei latură obiectivă după ce a atins momentul consumativ corespunzător unei anumite infracțiuni, se amplifică succesiv fără intervenția făptuitorului, fie prin agravarea urmării produse fie prin producerea de noi urmări vătămătoare, corespunzătoare unei infracțiuni mai grave.

b) Al doilea concept susține ca sunt progresive toate acele infracțiuni al căror element obiectiv, care intră în conținutul lor legal poate produce treptat, fie prin complinirea cu alte acte materiale, fie prin agravarea urmării produse fie prin producerea de noi urmări vătămătoare, corespunzătoare unei infracțiuni mai grave.

În ceea ce ne privește pe noi, vom defini infracțiunea progresivă ca fiind o formă atipică a infracțiunii, a cărei latură obiectivă se amplifică progresiv, după momentul consumării, fără intervenția făptuitorului, fie prin agravarea urmărilor produse, fie prin producerea de noi urmări vătămătoare corespunzătoare unei infracțiuni mai grave.

Toate infracțiunile pot fi susceptibile de a fi progresive, mai ales cele împotriva vieții integrității corporale și sănătății persoanei, excepție făcând cele de pericol și cele ce nu pot avea un rezultat variabil.

Infracțiunile de pericol nu pot fi susceptibile de a fi progresive. Urmarea imediată în cazul lor este inseparabilă de acțiunea/inacțiunea ce constituie elementul material al laturii obiective a infracțiunii. Cum e în cazul bigamiei art.303 Codul Penal, ce constă în încheierea unei noi căsătorii de către o persoană casatorită. Ca exemplu luăm următoarea speță din practica judiciară⁴: „Prin sentința penală nr. 1231/27.03.2009 s-a dispus condamnarea inculpatului B.L.M.A. la pedeapsa de 3 (trei) luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de „bigamie„. S-a reținut în sarcina inculpatului că, la data de 26.12.2006, s-a căsătorit cu numita L. N. în condițiile în care, din anul 2004, era căsătorit cu numita I. C. de care nu divorțase, fapta acestuia întrunind elementele constitutive ale infracțiunii de bigamie, prev. de art. 303 alin. 1 Cod penal sub raport obiectiv și subiectiv. Situația premisă a infracțiunii săvârșite de inculpat constă în respectarea situației de fapt pentru asigurarea desfășurării normale a relațiilor de conviețuire socială din cadrul familiei care se întemeiază pe caracterul monogam al căsătoriei. Elementul material al faptei inculpatului constă în acțiunea de a încheia o nouă căsătorie de către inculpat, care era deja casatorit, căsătorie care și-a găsit concretizarea într-un nou act de căsătorie. Urmarea imediată a faptei inculpatului constă în atingerea relațiilor sociale relative la caracterul monogam al căsătoriei. Legătura de cauzalitate pune în evidență corelația necesară între acțiunea ilicită a inculpatului și urmarea imediată a faptei acestuia, obiectivată la nivelul atingerii desfășurării normale a relațiilor de conviețuire socială din cadrul familiei.”

Infracțiunile ce nu au rezultat variabil la fel nu pot fi progresive ca exemplu luăm în acest caz furtul art.208 Codul Penal ce constă în luarea unui bun mobil din posesia sau detenția altuia fără consimțământul acestuia în scopul de-a și-l însuși pe nedrept. Aici putem observa că singurul rezultat pe care îl poate avea această infracțiune este însușirea bunului mobil. În acest sens luăm ca exemplu speța următoare⁵: în cursul nopții de 05/06.01.2009 U.N.a sustras prin efracție, împreună cu numiții M F N și M F A, două unități de calculator, două monitoare LCD și o imprimantă HP Laser Jet 1300 M din punctul de lucru al S.C. "R Z H" S.R.L., creând un prejudiciu în valoare totală de 9.814,78 RON, bunuri pe care ulterior le-au vândut unor persoane rămase până în prezent neidentificate cu suma de 500 lei. Latura obiectivă a infracțiunii este reprezentată de luarea bunurilor mobile (componente IT) din posesia celor împuterniciți de societate să dețină aceste bunuri, fara consimțământul acesteia, în scopul însușirii pe nedrept.

³ Gh.Nistoreanu, I.Molnar, A.I.Boroi, V.Dobrinioiu, I.Pascu, V.Lazăr „Drept penal: partea generală” Editura Didactica și Pedagogica, București, 1992, pag.169

⁴ Sentința 1231/27.03.2009 Dosar Nr. 1321 Judecătoria Iași

⁵ Sentința penală nr.690 Dosar nr. 3272/302/2009 Judecătoria sectorului 5 București

Infracțiunea progresivă prezintă unele trăsături unice⁶:

- a) Este o formă atipică⁷ a infracțiunii aceasta cunoaște un moment al consumării apoi o amplificare a urmărilor și deci un moment al epuizării țărnuit de ultimul rezultat la care s-a ajuns.
- b) Latura obiectivă a acesteia continuă să producă urmări chiar și după consumare
- c) Infracțiunea progresivă implică întotdeauna fie o amplificare a rezultatului inițial fie producerea de noi urmări calitativ diferite de cele inițiale
- d) Amplificarea rezultatului inițial sau producerea de noi urmări are loc fără intervenția făptuitorului

III. Analiza laturii obiective a infracțiunii progresive

III.1. Elementul material

Elementul material reprezintă activitatea fizică prin care este savârșită infracțiunea. Cu alte cuvinte este o manifestare externă, o consumare sau o înfrânare de energie fizică prin care se produce o modificare în lumea externă⁸. În cazul infracțiunii progresive această activitate fizică este constituită fie dintr-o singură acțiune sau inacțiune atunci când acest element este descris de o manifestare unică în lumea exterioară fie este constituită dintr-o pluralitate de acte delictuoase cum ar fi în cazul unei infracțiuni continue sau a unei infracțiuni complexe a căror rezultat se amplifică sau produce noi urmări corespunzătoare unei infracțiuni mai grave.

III.2. Urmarea imediată

Urmarea imediată reprezintă efectele produse de elementul material în lumea externă altfel spus aceasta reprezintă rezultatul infracțiunii savârșită de făptuitor.

În cazul infracțiunii progresive urmarea imediată nu poate fi o stare de pericol, deoarece această stare de pericol se declanșează automat cu săvârșirea elementului material al infracțiunii, astfel acesta nu poate fi susceptibil de a se amplifica sau de a produce noi urmări corespunzătoare unei infracțiuni mai grave.

Am gândi eronat dacă am spune că infracțiunea progresivă are mai multe urmări imediate. Infracțiunea progresivă are o singură urmărire imediată, urmărire ce este reprezentată de rezultatul final. Este adevărat că acest rezultat parcurge mai multe etape până atinge forma sa finală însă avem o singură urmărire imediată.

III.3. Raportul de cauzalitate

Acest element al laturii obiective prezintă maxim interes pentru infracțiunea progresivă. Demonstrarea legăturii dintre elementul material și rezultatul final este de mare importanță și totodată de o mare dificultate, mai ales în cazul în care rezultatul final survine după o perioadă mai îndelungată de timp de la producerea rezultatului inițial al infracțiunii. Legătura de cauzalitate dintre elementul material și urmarea imediată este foarte dificil de demonstrat în cazul acestui tip de infracțiune, deoarece rezultatul final nu este produs direct de infractor prin actul sau actele delictuoase săvârșite, rezultatul final survine în urma unor condiții propice producerii acestuia (infecțarea unei răni provocate victimei, condiție de sănătate mai precară, etc.).

⁶ Traian Dima „Drept penal partea generală”, Editura Hamangiu, București, 2007 pag. 268

⁷ C-tin. Mitrache, Cristian Mitrache „Drept penal român – partea generală” Universul juridic București 2007. pag. 267

⁸ Traian Dima „Drept penal partea generală”, Editura Hamangiu, București, 2007 pag. 179

IV. Aspecte referitoare la latura subiectivă a infracțiunii progresive

IV.1. Infracțiunile progresive săvârșite cu intenție

Ne aflăm în prezența intenției atunci când elementul material al infracțiunii nu produce imediat rezultatul urmărit de făptuitor, în stare incipientă rezultatul prezentându-se sub forma tentativei, mai apoi producându-se rezultatul final, cel dorit în realitate de infractor. Astfel, spre exemplu inițial avem o tentativă de omor, apoi după mai multe complicații, rezultatul urmărit de infractor în momentul săvârșirii actului delictuos se produce iar fapta ilicită va fi încadrată din nou dar de această dată nu va mai fi vorba de tentativă ci de infracțiunea de omor.

IV.2. Infracțiunea progresivă săvârșită din culpă

Infracțiunea mai poate fi săvârșită și din culpă, un bun exemplu este următoarea speță⁹ din practica judiciară: prin sentința penală nr. 2465/1994, Judecătoria Iași a condamnat pe inculpat pentru săvârșirea infracțiunii de vătămare corporală din culpă. După rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare pentru săvârșirea infracțiunii de vătămare corporală din culpă, starea sănătății victimei s-a înrăutățit, fiind internată în mai multe rânduri în spital până la 15.06.1996, când a survenit decesul acesteia. Din raportul medico-legal a rezultat că există legătură de cauzalitate între leziunile produse victimei prin accidentul de circulație din anul 1994 și decesul victimei. Motivată de agravarea rezultatului faptei inculpatului procurorul a formulat la acea vreme o cerere de revizuire. Judecătoria Iași prin sentința penală din 11 mai 1999 a admis cererea de revizuire pe motivul invocat de procuror și a procedat la schimbarea încadrării juridice din vătămare corporală din culpă înucidere din culpă aplicând inculpatului o pedeapsă potrivit noii încadrări juridice. Din analiza acestei spețe putem observa că rezultatul inițial al infracțiunii a fost vătămarea corporală din culpă, însă după amplificarea acestuia s-a ajuns la decesul victimei.

IV.3. Infracțiunile progresive săvârșite cu intenție depășită (praeterintenție)

Dacă poate fi prezentă și intenția și culpa ca forme de vinovăție rezultă că poate fi prezentă și o combinație a acestora și anume praeterintenția. Aici vorbim de infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte reglementată de Codul penal actual în articolul 83. Ca exemplu luăm următoarea speță¹⁰: În data de 1.06.2006, între victima V. S. și fiul său V. D. C. a avut loc un conflict spontan pe fondul consumului de alcool de către primul, în urma căruia inculpatul V. D. i-a aplicat mai multe lovituri cu pumnul și cu picioarele. La data respectivă, inculpatul se afla acasă împreună cu un prieten de-al său, respectiv C. V. cu care facea repetiție întrucât cânta într-o formație muzicală, iar în jurul orei 14,00 tatăl acestuia s-a întors acasă în stare de ebrietate și fără nici un motiv a început să-l înjure pe inculpat. Văzând acestea, martorul a plecat, apoi victima a înjurat-o și pe mama sa, respectiv pe V. M. după care a luat un cuțit și i-a amenințat cu moartea pe amândoi. Pentru a-l deposeda de cuțit, inculpatul l-a împins pe tatăl său care a căzut din pat și a reușit să-i ia cuțitul dându-l bunicii sale. Ulterior, V. S. a vrut să ia un scaun din lemn aflat pe hol cu intenția de a lovi pe fiul său, însă acesta l-a lovit cu piciorul în zona gâtului, căzând în hol. Constatând că tatăl său nu mai vorbește și respiră greu, inculpatul a chemat ambulanța care l-a transportat la spital, unde a decedat la data de 11.07.2006. Între leziunile traumatice suferite la data de 1.06.2006 și decesul victimei există o legătură de cauzalitate indirectă. Moartea datează din 11.07.2006.

⁹ Idem pag. 269

¹⁰ Curtea de Apel Oradea Secția penală Decizia penală nr. 114/A Dosar nr. 5364/111/P/2006

Nu putem spune că toate infracțiunile praeterintenționate sunt progresive. În cazul infracțiunilor cu praeterintenție rezultatul cel mai grav poate surveni și instantaneu¹¹ X îi aplică lui Y o lovitură cu pumnul, aceasta se dezzechilibrează, cade, se lovește de un corp dur și decedează pe loc.

V. Considerații cu privire la momentul săvârșirii infracțiunii progresive

În cazul infracțiunii progresive rezultatul final se poate produce fie imediat fie după o perioadă relativ scurtă de la săvârșirea laturii obiective. Totuși sunt și cazuri în care rezultatul se produce după o perioadă destul de lungă ca exemplu putem lua următoarea speță din practica judiciară¹²: prin sentința penală numărul 20 din 01.04.1974, inculpatul M.I. a fost condamnat de T.J. Ialomița la 6 ani de închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de loviri cauzatoare de moarte (art.183 C.pen.) și a fost obligat la 4.500 lei cu titlu de cheltuieli de inmormântare și 1241 lei cheltuieli judiciare către părțile civile. Pentru a pronunța această sentință, instanța a reținut că la data de 1 decembrie 1960 între inculpatul M.I. și numitul I.M. având loc un conflict, victima G.S. intervenind să-i despartă a fost lovită de M.I. cu un cuțit în abdomen. Transportată de urgență la spital și supusă unei intervenții chirurgicale viața i-a fost salvată. Ulterior ea a fost de mai multe ori internată, dar la data de 18 decembrie 1970 a decedat datorită unui stop cardio-respirator, consecutiv unor stări malade de care suferea. Actele medicale au stabilit că între leziunile traumatice suferite de victimă la 1 decembrie 1960 și moartea ei în anul 1970 există legatură causală. Introducând recurs împotriva sentinței penale nr.20/01.04.1974 prin care a fost condamnat la 6 ani de închisoare pentru loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, inculpatul a invocat prescripția răspunderii penale deoarece între data comiterii faptei și data începerii urmăririi penale au trecut 13 ani. Recursul a fost respins cu motivarea că „infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte s-a consumat la data de 18.XII.1970 data decesului victimei”

Referitor la acest moment sunt cunoscute două opinii sau teorii: teoria acțiunii îmbrățișată de Tribunalul Suprem și teoria rezultatului, teorie ce este susținută de doctrină.

V.1. Teoria Acțiunii

Teoria acțiunii a fost îmbrățișată de Tribunalul Suprem prin decizia de îndrumare 1/1987, prin care s-a stabilit că data săvârșirii infracțiunii progresive trebuie considerată ca fiind cea a săvârșirii faptei și nu cea a epuizării rezultatului. Această teorie a fost foarte criticată în doctrină deoarece permite curgerea termenului de prescripție a răspunderii penale înainte de calificarea juridică a faptei. Dacă facem referire la speța dată exemplul la punctul patru recursul introdus de inculpat nu ar fi respins, deoarece conform acestei teorii prescripția răspunderii penale începe să curgă odată cu momentul consumării laturii obiective, astfel fapta acestuia fiind prescrisă.

Cu toate că doctrina a criticat această teorie, nu trebuie să trecem cu vederea avantajele¹³ ei, cum ar fi faptul că, în cazul în care după săvârșirea elementului material al infracțiunii apare o lege mai defavorabilă infractorului, i se va aplica legea mai veche, sub imperiul căreia a fost săvârșită acțiunea și nu cea nouă care nu îi este favorabilă. Un alt avantaj ce îl prezintă această teorie este în cazul amnistiei și a grațierii, astfel dacă latura obiectivă a infracțiunii s-a produs înainte de intervenirea amnistiei sau grațierii, iar rezultatul final s-a produs ulterior, infractorul va beneficia după caz fie de amnistie fie de grațiere. Iarși un avantaj foarte important este în cazul infracțiunilor săvârșite în timpul minoratului, astfel dacă actul sau actele prin care a fost săvârșită infracțiunea au

¹¹ Florin Stretanu Raluca Moroșanu „Instituții și infracțiuni în noul cod penal-manual pentru uzul formatorilor SNG”, Uniunea Europeană București 2010 pag. 125

¹² Traian Dima „Drept penal partea generală”, Editura Hamangiu, București, 2007 p.267-268

¹³ Gh. Nistoreanu, I. Molnar, Al. Boroi, V. Dobrinou, I. Pascu, V. Lazăr „Drept penal: partea generală” Editura Didactica și Pedagogica, București, 1992 p.170-171

fost comise în timpul minoratului și rezultatul final are loc după împlinirea a 18 ani, infracțiunea se consideră a fi săvârșită în timpul minoratului infractorul fie nu va răspunde penal dacă are sub 14 ani fie pedeapsa va fi mult mai blândă decât în cazul unei persoane trecute de 18 ani.

V.2. Teoria rezultatului

Conform acestei teorii infracțiunea progresivă este considerată săvârșită în momentul în care a avut loc ultimul rezultat al acesteia. La fel ca și cealaltă teorie și aceasta este foarte bine întemeiată deoarece fiecare individ trebuie să fie responsabil de faptele sale. Dacă am considera infracțiunea săvârșită în momentul consumării laturii obiective atunci, înseamnă că din acel moment curge prescripția răspunderii penale astfel dacă rezultatul final are loc după curgerea acestei prescripții infractorul nu va mai fi pedepsit, lucru ce ar fi inadmisibil mai ales în cazul unor rezultate foarte grave cum ar fi decesul victimei. Ca exemplu putem lua speța prezentată la punctul 4, unde putem observa că și autoritățile judiciare în cazurile mai grave respectă această teorie.

V.3. Prescripția răspunderii penale în cazul infracțiunii progresive

Referitor la aceasta nu există nici o dispoziție care să o reglementeze în Codul penal în vigoare. Privitor la termenul de prescripție a răspunderii penale există trei păreri¹⁴:

a) Într-o primă părere se consideră că termenul prescripției trebuie calculat în raport cu momentul consumării și nu cu cel al epuizării. Această primă părere susține teoria acțiunii, termenul de prescripție ar trebui socotit în funcție de prima încadrare a faptei și ținându-se cont de pedeapsa ce trebuie aplicată în cazul acesteia.

b) A doua părere susține teoria rezultatului considerând că termenul prescripției ar trebui să curgă din momentul în care a avut loc rezultatul final, cu alte cuvinte trebuie să curgă din momentul epuizării infracțiunii și trebuie calculat în funcție de pedeapsa prevăzută pentru infracțiunea mai gravă.

c) A treia părere consideră că termenul de prescripție a răspunderii penale trebuie să curgă din momentul consumării laturii obiective a infracțiunii însă trebuie calculat raportat la rezultatul mai grav. Aceasta este mai mult o combinație a gândirilor din celelalte două.

În noul Cod penal ce urmează a intra în vigoare pe data de 01.10.2011, sa clarificat aceasta problemă. În acesta este prevăzută o dispoziție ce susține cea de-a treia părere, astfel în art.155 Alin. 3, noul Cod penal sunt enunțate următoarele:” În cazul infracțiunilor progresive, termenul de prescripție a răspunderii penale începe să curgă de la data săvârșirii acțiunii sau inacțiunii și se calculează în raport cu pedeapsa corespunzătoare rezultatului definitiv produs.”¹⁵

VI. Delimitarea infracțiunii progresive de alte instituții ale dreptului penal

VI.1. Delimitarea de infracțiunea continuă

Infracțiunea continuă se caracterizează prin faptul că fie acțiunea, fie rezultatul acțiunii se prelungesc pe o perioadă mai lungă de timp datorită naturii lor. Acest tip de infracțiune cunoaște două forme, în funcție de care element al ei se prelungeste în timp, astfel avem o formă în care elementul care se prelungeste în timp este acțiunea cum ar fi conducerea în stare de ebrietate, portul ilegal de arma, detinerea de instrumente în vederea falsificării, etc.; iar în cazul celei de-a doua forme elementul care se prelungeste în timp este efectul acțiunii cel mai bun exemplu în acest caz este furtul de curent.

¹⁴ Al.Boroi, „Drept penal partea generală” Editura C.H. Beck București 2006 p.176-177

¹⁵ Legea nr. 286/2009 privind Codul Penal

Deși sunt asemănătoare, cele două noțiuni nu sunt una și aceeași. În primul rând în cazul infracțiunii continue, după consumarea laturii obiective, rezultatul se poate prelungi în timp, ca exemplu în cazul furtului de curent, după consumarea laturii obiective și anume branșarea ilegală la rețeaua de curent electric, rezultatul infracțiunii și anume furtul de energie electrică se prelungește în timp însă rămâne același, nu se va agrava și nu va produce noi urmări corespunzătoare unei infracțiuni mai grave; în cazul infracțiunii progresive suntem martorii fie a unei amplificări, fie a producerii de noi urmări în timp a rezultatului inițial al infracțiunii, amplificare sau urmări ce duc la o nouă încadrare juridică a acesteia. Diferența dintre cele două este că în cazul infracțiunii continue se poate prelungi rezultatul final în timp pe când în cazul infracțiunii progresive în timp apar anumite etape premergătoare formei finale a acestui rezultat.

Altă diferență dintre cele două este aceea că, în cazul infracțiunii progresive rezultatul final se produce fără intervenția făptuitorului, lucru ce nu poate fi posibil în cazul infracțiunii continue, rezultatul final fiind produs doar în funcție de faptuitor adică acesta nu se va agrava sau nu va produce noi urmări corespunzătoare unei noi infracțiuni mai grave independent de cel ce săvârșește actul sau actele delictuoase în cazul infracțiunii continue rezultatul final este exact urmarea imediată a laturii obiective.

VI.2. Delimitarea de infracțiunea continuată

Codul Penal actual definește infracțiunea continuată în art.41 alin.2 articol ce prevede următoarele: „infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași soluții, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni”. Din această definiție putem extrage niște condiții ce trebuiesc îndeplinite cumulativ pentru existența acestui tip de infracțiune, și anume:

a) Prima condiție o constituie unitatea de rezoluție infracțională, ce presupune reprezentarea de la început a activității materiale, corespunzătoare laturii obiective a infracțiunii.

Din aceasta primă condiție reiese că infracțiunea continuată poate fi săvârșită doar cu intenție, culpa și praeterintenția nu sunt forme ale vinovației prezente în cazul acesteia. Acest lucru nu-l putem afirma și despre infracțiunea progresivă care poate fi săvârșită cu toate cele trei forme ale vinovației: intenția, culpa și praeterintenția.

b) A doua condiție constă în unitatea de persoană. Actele ilicite ce formează elementul material al infracțiunii trebuiesc a fi comise de aceeași persoană sau persoane

Această regulă este valabilă și în cazul infracțiunii progresive numai ca spre deosebire de infracțiunea continuată, rezultatul produs în urma comiterii activității criminale în cazul infracțiunii progresive se produce fără intervenția făptuitorului, pe când în cazul infracțiunii continuate doar prin intervenția făptuitorului rezultatul poate fi schimbat.

c) A treia condiție este că pluralitatea de acte să fie săvârșită la diferite intervale de timp

d) O ultima condiție este cea privitoare la unitatea de conținut a infracțiunii. Aceasta presupune că acțiunile sau inacțiunile să fie omogene din punct de vedere juridic și să aducă atingere aceluiași obiect social.

După enunțarea și a acestor ultime două condiții de existență a infracțiunii continuate mai observăm că acest tip de infracțiune pentru a exista are nevoie de comiterea a cel puțin două acte ilicite pe când infracțiunea progresivă poate avea elementul material format și dintr-o singură acțiune sau inacțiune.

VI.3. Delimitarea de infracțiunea de obicei

Infracțiunea de obicei este acea infracțiune al cărui element material se realizează prin repetarea acțiunii tipice de mai multe ori, repetare din care rezultă obișnuința persoanei în a săvârși

(cerșetoria, vagabondajul, etc.). Obișnuința reprezintă „o stare subiectivă ce constă în tendința de a comite aceleași acte sau fapte”¹⁶. Din definiția obișnuinței observăm că și această infracțiune, la fel ca și cea continuată, poate fi săvârșită doar intenționat. Având în vedere și acest lucru putem spune ca diferențele dintre infracțiunea de obicei și cea progresivă sunt aceleași ca în cazul infracțiunii continuate.

VI.4. Diferența dintre infracțiunea progresivă și progresiunea criminală

Între acești doi termeni: infracțiune progresivă și progresiune criminală nu trebuie pus semnul de egalitate, deoarece sunt două lucruri total diferite. Progresiunea criminală reprezintă comiterea unei infracțiuni cu scopul de a putea comite o alta. Infracțiunea inițială este absorbită de cea din urmă. Un bun exemplu în acest caz este violul, în cadrul acestei infracțiuni intră și infracțiunea de lipsire de libertate sau folosirea unor acte de violență pentru obținerea unor satisfacții sexuale. Infracțiunea progresivă are o singură latură obiectivă cu alte cuvinte un singur element material, ce produce un rezultat ce se va amplifica progresiv, apoi fără intervenția făptuitorului, fie prin agravarea urmărilor produse, fie prin producerea de noi urmări corespunzătoare unor infracțiuni mai grave. Rezultatul final al infracțiunii îl absoarbe pe cel inițial „Calificarea faptei în funcție de rezultatul mai grav absoarbe calificările anterioare ce au în vedere rezultate mai puțin grave”¹⁷. În cazul progresiunii criminale este vorba de existența uneia sau mai multor infracțiuni ce ajută la comiterea infracțiunii finale, infracțiune ce le va absorbi și pe acestea în conținutul ei, iar în cazul infracțiunii progresive este vorba despre etapele pe care le parcurge rezultatul laturii obiective până la forma sa finală.

VI.5. Privitor la infracțiunea progresivă și recidivă

Problema aici o reprezintă faptul că rezultatul final în cazul infracțiunii progresive se poate produce în timpul sau de ce nu, chiar după condamnarea pentru rezultatul inițial al infracțiunii. Recidiva reprezintă acea situație în care se află un infractor care a mai comis o infracțiune, după ce a fost condamnat definitiv pentru una anterioară acesteia, fie chiar după ce a executat o pedeapsă. În cazul recidivei putem observa că este vorba de comiterea a două sau mai multe infracțiuni distincte, săvârșite cu scopuri diferite; ori aici este vorba de o încadrare inițială a unui rezultat în decurs de desfășurare, iar apoi după producerea rezultatului final al infracțiunii încadrarea se va schimba fiind vorba de același element material, aceeași activitate ilicită.

VI.6. Infracțiunea progresivă și tentativa

Foarte important de menționat este că infracțiunea progresivă nu poate fi săvârșită sub formă de tentativă. Conform art.20 alin.1 C. pen. actual „Tentativa constă în punerea în executare a hotărârii de a săvârși infracțiunea, executare care a fost însă întreruptă sau nu și-a produs efectul”, ori în cazul infracțiunii progresive întotdeauna se produce un efect de cele mai multe ori unul chiar mai grav decât cel urmărit de infractor. Este adevărat ca rezultatul inițial poate lua forma tentativei însă trebuie să observăm ca e o calificare inițială calificare care după producerea rezultatului mai grav va fi absorbită. Ca exemplu putem lua tentativa de vatămare corporală gravă, aceasta nu se poate amplifica într-o tentativa de omor.

¹⁶ Traian Dima „Drept penal partea generală”, Editura Hamangiu, București, 2007 p.270

¹⁷ C-tin.Mitrache, Cristian Mitrache „Drept penal român – partea generală” Universul juridic București 2007

VII. Concluzii finale privind infracțiunea progresivă și propuneri de lege ferenda

Pentru existența infracțiunii progresive sunt necesare îndeplinirea mai multor condiții cumulativ, și anume:

a) Este necesară existența unei sentințe penale anterioare. Fără existența acestui lucru nu putem vorbi de existența unei amplificări progresive a faptei sau de producerea de noi urmări deoarece rezultatul pentru care este pedepsit infractorul ar fi rezultatul final.

b) Urmarea imediată a infracțiunii trebuie să fie un rezultat palpabil, infracțiunile de pericol nefiind susceptibile de a fi progresive.

c) Activitatea infracțională trebuie să aibă un rezultat variabil.

d) Rezultatul final al infracțiunii trebuie să fie produs fără intervenția făptuitorului, o nouă intervenție a acestuia din urmă va duce la un concurs de infracțiuni.

e) Trebuie să existe legătură de cauzalitate între elementul material al infracțiunii și rezultatul final.

În cazul în care rezultatul final nu este unul urmărit de făptuitor adică este produs din culpă ar trebui să respectăm decizia Tribunalului Suprem. Așa cum toate infracțiunile săvârșite din culpă beneficiază de o pedeapsă mai ușoară așa și în acest caz vom folosi teoria acțiunii care este mult mai benefică pentru infractor.

În cazul infracțiunilor săvârșite cu intenție legiuitorul ar trebui să fie mai aspru aplicând teoria rezultatului, infractorul în cazul intenției urmărește producerea rezultatului final, neproducerea acestuia încă de la început fiind doar o întârziere și nimic mai mult.

Referințe bibliografice

- C-tin.Mitrache,Cristian Mitrache „Drept penal român – partea generală” Universul juridic Bucuresti 2007
- Traian Dima „Drept penal partea generala”,Editura Hamangiu,Bucuresti,2007
- Al.Boroi,„Drept penal partea generală” Editura C.H. Beck Bucuresti 2006
- Gh.Nistoreanu,I.Molnar,Al.Boroi,V.Dobrinoiu,I.Pascu,V.Lazăr „Drept penal:partea generală” Editura Didactica si Pedagogica,București,1992
- Florin Streteanu Raluca Morosanu „Institutiile si infractiuni in noul cod penal-manual pentruuzul formatorilor SNG”,Uniunea Europeana Bucuresti 2010
- Traian Pop „Drept penal” Vol.1, Tip. "Libertatea",Orăștie,1921
- Vintilă Dongoroz „Curs de drept penal”,Universitatea București,București,1942
- www.jurisprudenta.com
- Legea nr. 286/2009 privind Codul Penal

INTERNATIONAL CONVENTIONS AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS

Patrik KISS *

Abstract

This essay will be about a crime, which is called trafficking in human beings. This crime is a gross violation of human rights and committed very often not just in the European Union, but in the entire world too. The main reason it is committed often is that the offenders make a lot of money with this crime. Mainly I will write about the international documents that helped the national legislator to fight against this serious crime. These documents will show us the developments of the substantive criminal law provisions. I will mention nine conventions and write the details of six important documents. It is usually an obligation for the contracting governments to implement the provisions into their own criminal law system.

Keywords: *human trafficking, international conventions, decisions of the European Union, combating on trafficking in human beings, suppressing the trafficking, Palermo Protocol, penalties, victims,*

1. Introduction

My essay is about trafficking in human beings. This is a crime, which is the top three in the European Union and worldwide.¹ Human trafficking is considered a modern form of slavery.² The US Department of State estimates that the number of the victims of trafficking in human beings is as many as 600.000 – 800.000 people each year. The victims are mainly women and children. Every year, more than 6000 children, aged between 12 and 16 are smuggled and sold to work as either drug traffickers or prostitutes in Western Europe. Around two million juveniles and women worldwide, sold as „sex slaves“.³ It is due to the fact that they are more defenceless, vulnerable, fragile and weak. Europol estimates that the human trafficking industry is now worth several billion euros per year,⁴ which means this crime is a well profitable business for the organised crime. Trafficking in human beings is also a gross violation of human rights.⁵ As you can see the human trade is a serious problem and very timely. This is why in 2007 the Anti – Trafficking Day was established on 18 October every year by the European Union. In my essay I essentially deal with the substantive criminal law part of the human trafficking and international conventions against trafficking in human beings. Furthermore I show the history, backgrounds, root causes of human trafficking and the stages of committing this crime.

* Patrik Kiss, Faculty of Law, Miskolc University, Hungary, (kisspatrik20@freemail hu). This study has been elaborated under the coordination of Professor Dr. Ilona Görgényi.

¹ According to the sources drug trafficking, arms trades, human trafficking and prostitution are considered the most growing and serious crimes (as part of organised crimes) worldwide.

² This is why this crime is also called as white slavery or contemporary slavery.

³ Ursula Smartt: Human Trafficking: Simply a European Problem? European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 11/2, 2003, 165. p.

⁴ Ursula Smartt: Human Trafficking: Simply a European Problem? European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 11/2, 2003, 167. p.

⁵ Aufgrund den deutschen Quellen: Der Menschenhandel gilt als schwerwiegende Verletzung der Menschenrechte.

2. The most important international conventions

At this time, I would like to write some details about the most important and recent international documents that are about to combat, suppress, and prevent the trafficking in human beings. The reason I decided to work on these conventions is that, I wrote this essay for an international conference, which takes place in Bucharest, in the capital of Romania and the mentioned agreements affect my country, Hungary and Romania too. These documents help the national legislators to fight against traffickers and at the same time stand up obligations for the national legislation. This means the requirement for the countries to criminalize trafficking, punish offenders, protect victims and cooperate in seeking out traffickers. As we look through these conventions, we will see the development of the substantive criminal law provisions in the area of trafficking in human beings. All the conventions were transformed into the Hungarian criminal legal system.

The most important international steps and responses to human trafficking are the followings:

2.1 International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic

The first step to fight against the so-called white slavery phenomenon was the International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic. The document was signed on 18 of May 1904, at Paris. The nations taking part in the convention decided to establish an authority, which collects and shares with the nations the information about transporting of women and children abroad. „Each of the Contracting Governments undertakes to establish or name some authority charged with the coordination of all information relative to the procuring of women or girls for immoral purposes abroad; this authority shall be empowered to correspond direct with the similar department established in each of the other Contracting States.”⁶ This information can help us to prevent the criminal traffic. As a conclusion, we can say this convention was very updated, modern and progressive.⁷ Some of its provisions are still alive, which must be appreciated.

2.2 International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic.

The next convention was the International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic. It was signed on 4 of May 1910, at Paris. According to the document „, whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed, or led away, even with her consent, a woman or girl under age, for immoral purposes, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries.”⁸ According to the document the offender shall be punished regardless if the victim wishes the offender to be punished or not. The victims up to twenty years old are considered to be under age.

2.3 Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children

The following international document was the *Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children*. It was signed on 30 of September 1921, in Geneva. The aim of the convention was to make the combat against trafficking in human beings more efficient. „The High Contracting Parties agree to take all measures to discover and prosecute persons who are engaged in the traffic in children of both sexes.”⁹ It criminalizes the trafficking in both gender. The victims up to

⁶ According to International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic Article 1.

⁷ Fehér Lenke – Hollán Miklós – Végváry Réka: Nemzetközi emberkereskedelem, MTA Jogtudományi Intézet, Budapest, 2008, 20. p.

⁸ International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic Article 1.

⁹ Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children Article 2.

twenty-one years old are considered to be under age. Preparation and attempt of the crime was punishable.¹⁰

2.4 Protocol to prevent suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations convention against transnational organised crime.

The next important document is *Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime*. This convention was signed on December of 14 2000 in Palermo, Italy. Due to the Protocol, for example, in Finland, trafficking in human beings was criminalised in 2004.¹¹

The purposes of this Protocol are¹²:

- To prevent and combat trafficking in persons, paying particular attention to women and children
- To protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights
- To promote cooperation among States Parties in order to meet those objectives.

The convention created the definition of trafficking in human beings, which is the base of international legal harmonization. According to the protocol Trafficking in persons” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring 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. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.¹³

2.5 2002/629/JHA Council Framework Decision on combating trafficking in human beings

It is also important to mention the framework decision of the European Union, which was issued on July of 19 in 2002. With this framework decision the EU recognised the importance of combating on trafficking in human beings. According to the document the women and children are more likely to be victim of this crime, because they are more fragile and defenceless. It is urgent to create strict sanctions. „Each Member State shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in Articles 1 and 2 is punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties, which may entail extradition.”¹⁴The range of punishment of imprisonment shall be at least eight years if aggravating circumstances exist. „Each Member State shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in Article 1 is punishable by terms of imprisonment with a maximum penalty that is not less than eight years where it has been committed in any of the following circumstances”¹⁵:

¹⁰ Article 3 and Fehér Lenke – Hollán Miklós – Végváry Réka: Nemzetközi emberkereskedelem, MTA Jogtudományi Intézet, Budapest, 2008. 24. p.

¹¹ Minna Viuhko and Anniina Jokinen: Human Trafficking and Organised Crime, HEUNI, Helsinki, 2009, 8. p.

¹² Palermo Protocol article 2

¹³ Palermo Protocol article 3

¹⁴ 2002/629/JHA Council Framework Decision on combating trafficking in human beings Article (3)

¹⁵ Framework Decision Article 3 (2. a-d)

- the offence has deliberately or by gross negligence endangered the life of the victim;
- the offence has been committed against a victim who was particularly vulnerable. A victim shall be considered to have been particularly vulnerable at least when the victim was under the age of sexual majority under national law and the offence has been committed for the purpose of the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, including pornography;
- the offence has been committed by use of serious violence or has caused particularly serious harm to the victim;
- the offence has been committed within the framework of a criminal organisation as defined in Joint Action 98/733/JHA, apart from the penalty level referred to therein.

2.6 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA

The newest developments in the area of international conventions on human trafficking is the *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA*¹⁶

Context of the proposal: Trafficking in human beings is a serious crime, often committed in the framework of organised crime, a gross violation of fundamental rights and explicitly prohibited by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.¹⁷

The objectives of the proposal:¹⁸

- raising awareness
- reducing vulnerability
- supporting and assisting victims
- fighting the root causes of trafficking
- supporting countries to develop appropriate anti – trafficking legislation

The new Directive includes the following new elements:

- Substantive criminal law provisions
- Jurisdiction and prosecution
- Victim assistance and support
- Protection of victims in criminal proceedings
- Prevention
- Monitoring

In the followings I will show the substantive criminal law provisions of the new directive:

This Directive aims to establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the area of trafficking in human beings.¹⁹ The minimum rules of the directive can be found in three groups such as definition, aggravating circumstances and penalties, non application of penalties to the victim

¹⁶ The final text of the proposal for the Directive was introduced by European Commission on 29 of March 2010 in Brussels. After long negotiations it will hopefully come in force this year, in 2011.

¹⁷ Article 5 (3) Trafficking in human beings is prohibited.

¹⁸ According to explanatory memorandum

¹⁹ The competency of the institutions of the European Union in the area of substantive criminal law is to establish minimum rules. These minimum rules can extend the definitions of criminal offences and sanctions.

1. Definition

According to the directive the definition of trafficking in human beings is this: „the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, including exchange or transfer of control over that person, 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.”²⁰

2. Aggravating circumstances

The Directive knows the following aggravating circumstances:²¹

- the offence was committed by a public official in relation to the performance of her or his duties;
- the offence was committed by use of serious violence or has caused particularly serious harm to the victim.
- the offence has deliberately or by gross negligence endangered the life of the victim;
- the offence was committed within a criminal organisation
- the offence was committed against a victim who was particularly vulnerable, which, in the context of this Directive, shall include at least child victims, and adults who were particularly vulnerable on grounds of pregnancy, health conditions or disability;

In these cases the range of punishment is stricter than in the cases of the base level, however when creating strict range of punishment, the legislator must keep in mind the principles of the criminal law, which were achieved in a long history development.

3. Penalties²²

The basic case is punishable by penalties of a maximum of at least five years of imprisonment.

The aggravating circumstances are punishable by penalties of a maximum of at least ten years of imprisonment.

Satisfying legal harmonization will require several EU member countries to modify some provisions of their Criminal Code.

4. Non-prosecution or non-application of penalties to the victim²³

Member States shall, in accordance with the basic principles of its legal system, provide for the possibility of not prosecuting or imposing penalties on victims of trafficking in human beings for their involvement in criminal activities they have been compelled to commit as a direct consequence of being subjected to any of the acts referred to in Article 2.

2.7 Other important Conventions

I would like to mention the name of three more international agreements, which are also important in the area of fighting against human trafficking, but the limitation of the length of this essay doesn't afford me to write the details about them. These conventions created a lot of obligations (for example amendments of the national Penal Codes) for the legislators of the contracting countries. These documents are the followings:

²⁰ Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA Article 2. Offences concerning trafficking in human beings 1.

²¹ Proposal for Directive Article 4 (2) a, - e,

²² Proposal for Directive Article 4

²³ Proposal for Directive Article 7

- *Slavery Convention, Geneva, (1926)*
- *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age(1933)*
- *International Convention on the Suppression of Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others.(1950)*

3. Conclusions

At the end as a conclusion I would like to say the followings:

1. Trafficking in human beings is considered to be one of the most growing and serious crimes worldwide. There are tens of thousand victims every year.
2. It is a gross violation of human rights.
3. There are a lot of international conventions dealing with this crime, nine of the most important are mentioned in this study. They help to combat on trafficking in human beings.
4. Strict penalties are recommended to deter, which is a good opinion but! we need to keep the basic principles of the criminal law when creating the range of punishment.
5. According to the new EU Directive it will be an obligation for the national legislators to strengthen the range of punishment.
6. The victims are mainly women and children, because they are fragile and weak.
7. The legislators need to fight against this crime and it is possible to win it! There are solutions. These solutions can be found in the international conventions.

References:

- **Edward Newman** and Sally Cameron: Trafficking in humans, United Nations Press, 2008
- **Fehér Lenke**- Görgényi Ilona- Gula József- Horváth Tibor- Lévy Miklós- Sántha Ferenc- Váradi Erika: Magyar Büntetőjog Különös Rész, Complex Kiadó, Budapest, 2009
- **Fehér Lenke** – Hollán Miklós – Végyváry Réka: Nemzetközi emberkereskedelem, MTA Jogtudományi Intézet, Budapest, 2008
- **Fehér Lenke**: Az emberkereskedelem elleni nemzetközi fellépés főbb állomásai. In: Acta Humana, 2008. évf. 18. szám .
- **Hrabovszki Zoltán**-Kenéz Andrea: Az emberkereskedelem bűncselekményének bírói gyakorlata a nemzetközi szabályozás tükrében, Rendészeti Szemle, 2007/11
- **Hollán Miklós**: Az emberkereskedelem büntetni rendelése a nemzetközi instrumentumok tükrében, Állam- és Jogtudomány XLVIII. évfolyam 2007, 273-287. pp
- **Kampf gegen** Menschenhandel: www.bmeia.gv.at/aussenministerium, 2010. november 04
- **Minna Viuhko** and Anniina Jokinen: Human Trafficking and Organised Crime, HEUNI, Helsinki, 2009
- **Ursula Smartt**: Human Trafficking: Simply a European Problem? European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 11/2, 2003, 164-177 pp.
- **US State Department** Trafficking in Persons Report 2010
- **International Agreement** for the Suppression of White Slave Traffic (1904)
- **International Convention** for the Suppression of White Slave Traffic (1910)
- **Convention** for the Suppression of the Traffic in Women and Children (1921)
- **Protocol** to prevent, suppress and punish trafficking in persons especially women and children, supplementing the united nations convention against transnational organised crime.(2000)
- **Proposal** for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA, (2010)
- **2002/629/JHA** Council Framework Decision on combating trafficking in human beings.

SANȚIUNILE APLICABILE INFRACTORILOR MINORI

Octavian RADU*

Abstract:

This paper analyzes the main sanctions for juvenile offenders, the impact they produce and how they are assimilated in a society that is facing an increasing level of juvenile delinquency.

The purpose of this paper is to achieve a more objective analysis of the cause-effect- consequences process, in terms of juvenile delinquency and to expose the role of law in the social reintegration mechanisms of juvenile criminals, in order to reduce and combat more effectively this phenomenon which can decisively influence the development of a healthy society.

Cuvinte cheie: minor, infractor, sancțiune, societate, delincvență juvenilă, combatere, reintegrare, discernământ

MOTTO: "NU EXISTĂ UN SISTEM DE JUSTIȚIE ÎN CAZUL INFRACTORILOR MINORI,EXISTĂ PATRU PAGINI ÎN CODUL PENAL CARE PRIVESC MINORITATEA"

I.ASPECTE INTRODUCATIVE

Delincvența juvenilă este un fenomen prezent în societățile moderne care manifestă o rată de creștere din ce în ce mai ridicată.În ceea ce ne privește,considerăm că acest fenomen ar trebui să beneficieze de o atenție mult mai sporită(care să tindă spre prioritate) în realizarea politicii penale a statelor,datorită importanței rolului jucat de tineri în dezvoltarea societății moderne,aceștia reprezentând o reală "fundatie" pe care trebuie să se structureze o societate după cum bine remarca și filosoful Vasile Conta:"Dacă un popor nu are o tinerime entuziastă,cultă și corect instruită este pierdut pentru totdeauna.Aceste vlăstare ale tinereții țin pe umerii lor viitorul,precum odinioară Atlas ținea Pământul."

II.CONSIDERAȚII GENERALE REFERITOARE LA DELINCVENȚA JUVENILĂ

Pentru a atinge principala temă abordată în lucrarea de față și anume analiza consecințelor faptelor infractorilor minori din punct de vedere legislativ,va trebui să parcurgem un drum în direcția cauză-efect deci vom identifica principalele cauze care îi conduc pe minori la comiterea de fapte antisociale,urmând apoi a analiza efectele pe care acestea le produc în diferitele medii sociale în funcție de criteriile prezentate mai jos cu ajutorul unor științe auxiliare dreptului penal,precum criminologia,sociologia,statistica și politica penală.

În antichitate cauzalitatea criminală este explicată filozofic,tradiție continuată și de iluminismul european, iar apoi de utilitarism.

Pe parcursul evoluției criminologiei etiologice s-a dus o lungă dispută între mai multe categorii de factori:biologici,psihologici,psihiatrici,sociologici,economici etc. Dar factorii determinanți în producerea actului criminogen sunt dependenți de structura bio-psihologică a individului,precum și de factorii educativi socio-familiali după cum au constatat reprezentanții criminologiei moderne.În funcție de acești factori reuniți,unii indivizi vor comite actul infracțional

* Student,Facultatea de Drept,Universitatea "Nicolae Titulescu"din București;Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist.univ.drd.Mircea Constantin Sinescu

într-o anumită situație determinată dată, iar alții nu. Abordarea individuală a uneia sau a celeilalte laturi ale fenomenului criminogen nu va rezolva întreaga experiență judiciară fapt pentru consideram că trebuie să existe o interdependență permanentă între principalele categorii de factori pe care îi vom expune în continuare.

Factorii de natură biologică, precum bolile mintale, schizofrenia, epilepsia, tulburările de comportament în urma unor leziuni postencefalice, înlătură conform reglementărilor în vigoare, răspunderea penală dacă se dovedește faptul că acestea au provocat iresponsabilitatea, discernământul fiind o condiție esențială pentru reținerea vinovăției făptuitorului. În majoritatea cazurilor acești infractori prezintă un pericol social deosebit, fapt pentru care se impun anumite forme de reacție socială (măsuri de siguranță) cu caracter medical și preventiv¹. Majoritatea criminologilor consideră că aceste cauze au o incidență redusă și nesemnificativă în delinvența juvenilă, însă din moment ce pot reprezenta potențiale explicații ale acestui fenomen, am considerat că este util a le lua în seamă deoarece, chiar din perspectivă juridică, nu este suficientă stabilirea gradului de vinovăție.

În ceea ce privește factorii de natură bio-psihologică menționăm că aceștia au un rol important în determinarea factorului criminogen juvenil. Înșușirile native (structura și conformația anatomică, un anumit tip de metabolism, particularități ale organelor de simț și ale sistemului nervos, statura, sexul, aparatul verbo-motor) sunt diferențiate de la individ la individ și răspund unor trebuințe a căror sursă este mediul social, determinând particularități psihice distincte sub influența acestuia, a educației și culturii. Procesele psihice prin care trec minorii de la apariția ideii infracționale în interiorul conștiinței până la hotărârea punerii în aplicare a acesteia prin intermediul voinței, reflectă realitatea în funcție de capacitățile lor cognitive și senzoriale, dar prin mijlocirea societății care, prin celulele sale (familie, școală, grup de prieteni) joacă un rol fundamental în apariția comportamentului deviant al tânărului infractor, de cele mai multe ori determinându-l.

Principalele trăsături de natură psihologică frecvent întâlnite la infractorii minori sunt: debilitatea mintală, agresivitatea², labilitatea și indiferența afectivă (fapt ce face ca în practică să întâlnim omoruri, unele savarșite prin cruzimi, pentru obținerea unor sume derizorii și a unor bunuri cu valoare foarte redusă)

Spre deosebire de psihologi, care pun accentul pe particularitățile psihice de la vârsta adolescenței, acordând prioritate factorilor individuali, psihosomatici în adaptarea tânărului la mediu, sociologii acordă un rol determinant elementelor cu caracter socio-cultural și condițiilor vieții sociale în general.

Școala de la Chicago, prin reprezentanții ei, analizează delinvența juvenilă în zonele urbane defavorizate, locuite de familii dezorganizate, lovite de șomaj și sărăcie, în care predomină viciile și promiscuitatea, elaborând teoria ariilor delinvențiale. În ceea ce ne privește, considerăm că familia constituie un element primordial în formarea comportamentului delinvenț al minorilor, deoarece aceasta reprezintă principala instanță de socializare al cărei rol funcțional în structura socială și sistemul instituțiilor sociale realizează două funcții principale: socializarea primară a copiilor pentru a deveni membri ai societății și stabilizarea personalității adulților³. Studii de specialitate prezintă că între protecția parintească, disciplină, atitudine și delinvență există o legătură indisolubilă; astfel într-o cercetare făcută la West Midlands, Harriet Wilson a urmărit 120 de băieți și familiile lor, constatând că cea mai importantă corelație cu condamnările pe care aceștia le aveau era lipsa supravegherii parintești între vârsta de 7 și 10 ani⁴. O influență hotărătoare asupra formării personalității copilului o are climatul conjugal în care acesta se dezvoltă, calitatea relațiilor dintre soți pe de o parte și dintre

¹ Ion Pitulescu, *Delinvența juvenilă*, Ed. Academiei de Poliție, 1995, p. 18-19

² Dintre factorii care potențează sau declanșează agresivitatea menționăm: consumul de alcool, aurolac sau droguri, modele comportamentale din viața cotidiană și cele difuzate prin Mass-Media, sentimente de frustrare, comportamentul provocator al altor minori sau persoane, anturajul.

³ Gheorghe Nistoreanu și Costică Paun, *Criminologie*, Ed. Didactică și pedagogică, 1994, p. 76

⁴ Tudor Amnza-*Tratat de teorie și politică criminologică*, Ed. Lumina Lex, 2002, p. 590

aceștia și copii pe de alta parte, un climat conjugal tensionat caracterizat de stări conflictuale între soți sau între părinți și copii manifestate prin certuri repetate, bătaia vor influența negativ formarea personalității copilului.

În aceeași ordine de idei trebuie remarcată concluzia că insabilitatea și criza economică, incertitudinea ocupațională, dificultățile de integrare funcțională și normativă în viața activă, dar mai ales dezorganizarea socială în situațiile de tranzit, sunt alți factori importanți care condiționează delinvența juvenilă.

Totodată, considerăm cauzele economice ca fiind motive specifice pentru creșterea alarmantă a fenomenului în țara noastră. Sărăcia pregnantă produsă de scăderea constantă a nivelului de trai al păturilor sociale defavorizate corelate cu numeroasele crize economice care au afectat producția, rata șomajului și nivelul salariilor, pe fondul unei lipse de protecție socială corespunzătoare și a unei rate a criminalității "gulerele albe" aflată în continuă creștere din 1989 până în prezent, îi determină pe mulți tineri să comită infracțiuni alimentate de o dorință de îmbogațire sau un nivel de trai mai bun.

Un studiu statistico-juridic⁵ privind dinamica tipurilor de infracțiuni, categorii specifice de minori delincvenți, măsuri educative și pedepse aplicate, a ajuns la următoarele concluzii:

- cea mai mare pondere în rândul infracțiunilor săvârșite de minorii studiați o reprezintă **infracțiunile contra patrimoniului**: furtul calificat (art. 209 Cod Penal) - 403 infracțiuni (57,4%), urmat de tâlhărie (art. 211 C. Penal) - 104 infracțiuni (14,8%). S-au mai înregistrat 19 infracțiuni de furt (art. 208 Cod Penal), 53 de cazuri de complicitate la furt calificat, 6 cazuri de complicitate la tâlhărie, 1 caz de tentativă de tâlhărie, 15 cazuri de infracțiuni de furt calificat în concurs cu violare de domiciliu (art. 192 C. Penal), 2 cazuri de tănuire, 1 caz de distrugere.

- cele mai multe infracțiuni au fost săvârșite în mediul urban (544 reprezentând 77,6%), doar 157 de infracțiuni reprezentând 22,3% fiind săvârșite de minori în mediul rural. Se poate observa în mod evident că în mediul urban infractorii minori sunt mai versați la comiterea faptelor, se specializează în comiterea anumitor tipuri de infracțiuni specifice mediului precum: furturi din buzunare, din autoturisme, din societăți comerciale constituindu-se de cele mai multe ori în grupuri mari care consumă alcool sau substanțe halucinogene și acționează cu aprobarea sau la indicația majorilor, cel mai frecvent motiv al săvârșirii infracțiunilor este reprezentat de interesele materiale - 81%.

- în ceea ce privește sancțiunile se remarcă o preponderență a pedepsei închisorii - în 613 cazuri, spre deosebire de măsurile educative pronunțate în 88 de cazuri.

III. EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII

Marele penalist roman I. Tanoviceanu, impresionat de importanța codului regelui asiro-babilonian Hammurabi (aprox. 2250 î.Hr.), realizează în anul 1904 o traducere și un comentariu al acestuia, lucrare vastă de o valoare deosebită în înțelegerea evoluției și transformării dreptului penal din cele mai vechi timpuri ale omenirii până în prezent. În lucrarea menționată autorul ne prezintă câteva aspecte cu privire la tratamentul "fiului care se găsește sub conducerea tatălui său", responsabilitatea acestuia fiind mai mult de natură domestică, după cum reiese din paragraful 169: "dacă fiul a săvârșit o greșeală (păcat) mare, care îndrituiește ștergerea lui dintre fii, trebuie ca el (tatăl) să-l ierte în ziua oară, iar dacă și a doua oară face o greșeală mare, acesta poate să-l șterga dintre copii săi". Având în vedere faptul că textele nu menționează niciunde noțiunea de "copil

⁵ Studiul a fost realizat în perioada octombrie 2003-martie 2004, în cazul minorilor care raspund penal, bazat pe analiza sentințelor ramase definitive și în care s-au pronunțat sancțiuni (măsuri educative sau pedepse) la tribunalele și judecătoriile din județele: Alba, București, Brașov, Constanța, Cluj, Dolj, Iași cu ajutorul anchetelor sociale întocmite de Autoritatea Tutelară și Serviciile de Reintegrare Socială și Supraveghere din aceste județe, având ca obiect un număr de 552 de sentințe, care au cuprins 701 inculpați

infractor" se poate trage concluzia că în vremea asiro-babilonienilor și copiii răspundeau ca și cei bătrâni.⁶

Ideea răspunderii subiective va apărea pentru prima dată,ce-i drept într-o formă rudimentară,în operele unor filosofi din Grecia Antică,spre exemplu Platon și mai apoi studentul său Aristotel,considerau că actele involuntare precum uciderea din culpă,nu trebuiesc pedepsite întrucât nu au fost săvârșite cu intenție,sustinând de pe această poziție și iresponsabilitatea penală a copilului.

La romani însă,ideea responsabilității apare cu mult mai multă claritate,aceștia considerând că este determinată de maturizarea fiziologică și implicit psihică.Legea celor XII Table consacră pentru așa-numiții "impuberi" un regim sancționator diferit de cel al adulților.Chiar dacă acesta nu se aplica la început tuturor infracțiunilor,el va dobândi o importanță și o extensie atât de mare,încât se poate spune că minoritatea penală,bazată pe ideea unei răspunderi subiective a făptuitorului pentru fapta sa,își are originea în dreptul și instituțiile juridice ale statului roman.

Impuber se considera,persoana care nu avea capacitatea de a procrea din cauza imaturității biologice,dovada pubertății făcându-se prin examinarea organelor genitale ale făptuitorului.

Ulterior unii juriscunșulți,considerau că vârsta constituie un element suficient pentru prezumarea pubertății,stabilind vârsta de 14 ani ca element de referință pentru debutul perioadei de dezvoltare psihofiziologică a ființei umane.Asocierea acestor criterii (habitus corporis et numerus annorum) cu un sistem de sancțiuni menite să atenueze răspunderea penală a impuberului, constituie principalul element inovator care va marca întreaga evoluție a dreptului penal.

Odată cu apariția și consolidarea statelor europene centralizate și în perioada anterioară Revoluției franceze se instaurează nu numai în Franța ci și în alte țări occidentale un regim juridic bazat pe libertatea neîngrădită a judecătorului,regim ce va aduce numeroase schimbări în ceea ce privește situația minorilor delincvenți,inclusiv în spațiul carpato-danubiano-pontic.

În Țările românești Pravila lui Matei Basarab,numită și "Îndreptarea legii" și Pravila lui Vasile Lupu din 1646 în Moldova,prevăd o serie de dispoziții prin care se consacră iresponsabilitatea minorului care nu a împlinit 7 ani(așa numiții "coconi")și o răspundere atenuată pentru cei în vârstă de 12 ani în cazul femeilor și 14 ani în cazul bărbaților,iar pentru anumite fapte era prevăzută o atenuare a pedepselor și în cazul tinerilor în vârstă de până la 25 de ani,care erau considerați tot ca minori.

Primele texte importante din spațiul românesc care se referă la regimul penal al minorului,le găsim în Codul Penal din 1853 a lui Barbu Știrbei.El reproduce dispozițiile din Codul penal francez din 1810,prevăzute în articolul 54 conform cărora minorul în vârstă de până la 8 ani,nu răspunde penal,fiind considerat iresponsabil.Este vorba despre o prezumție absolută(iuris et iurie)de iresponsabilitate,care nu putea fi înlăturată în niciun fel.

Articolul 55 prevedea că minorul între 8 și 15 ani nu raspunde penal numai dacă se dovedește că "acuzatul a lucrat fără pricepere".

Regimul sancționator al minorului,reglementat de Codul Penal din 1864,este marcat de împărțirea tripartită a infracțiunilor în crime,delicte și contravenții după modelul codului penal francez și a celui prusac,fiind în concordanță cu alte legislații penale din epoca respectivă.Criteriul de departajare a acestor categorii de fapte era genul și gravitatea pedepsei,iar printre sancțiuni nu era prevăzută pedeapsa cu moartea,Codul penal din 1864 se înscria pe linia unei tendințe generale în Europa de abolire a pedepsei cu moartea.

Regimul de executare al sancțiunii este mai blând,deși nu se prevedeau măsurile de siguranță sau mai tarziu măsurile educative ca alternative la aplicarea pedepsei cu închisoarea,iar în ceea ce privește minorii care nu răspundeau penal din cauza lipsei discernământului în momentul comiterii

⁶ Iulian Teodorescu,*Minoritatea în fața legii penale-studiu statistic de legislație comparată*,Ed.Alex Th.Doicescu,1928p.49-51

faptelor, măsurile aveau caracter de corecție preventivă și se aplicau fie de familie (părinți) fie de instituții religioase special abilitate prin lege în acest scop.⁷

De abia la sfârșitul celui de-al doilea deceniu și începutul anilor '30 a început să se manifeste în mod organizat o activitate de patronaj și de binefacere prin asistență morală și materială în ceea ce privește problema reintegrării sociale a tinerilor delincvenți. Ea se încadrează în mișcarea generală de reforma penală din țara noastră care a dus la elaborarea și adoptarea legislației penale din 1936. Este pentru prima oară când în legislația penală din țara noastră se stabilesc diferitele perioade care alcătuiesc minoritatea penală printr-o clasificare "pro causa" care nu corespundea criteriilor psiho-fiziologice ci se justifica prin nevoia de a delimita convențional grupele de vârstă în funcție de criterii de politică penală propriu-zisă.

Astfel conform art.138, minor era considerat acela care nu a împlinit 19 ani, copil-minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani, iar adolescent-minorul între 14 și 19 ani neîmpliniți, limita superioară de vârstă fiind modificată în anul 1939 odată cu instaurarea "dictaturii regale" a regelui Carol al II-a, de la 19 la 18 ani.

Tanoviceanu, propunea încă din perioada în care Codul penal din 1864 era în vigoare, înlăturarea chestiunii discernământului, pe motiv că dificultatea de a răspunde la întrebarea dacă minorul a acționat sau nu cu "pricepere" a făcut ca instanțele să aprecieze în fiecare caz dacă trebuiau sau nu să se aplice o pedeapsă în funcție de alte criterii sau după bunul lor plac: "dacă gaseau că e util a se da o sancțiune, hotărâu că au constatat discernământul, și din contră, dacă trebuiau să achite fiindcă li se părea inutilă pedeapsa, atunci declarau că nu există discernământ"⁸. Ca atare Vintilă Dongoroz susținea în Tratatul de Drept Penal publicat în 1939 că "discernământul reprezintă capacitatea de a înțelege și de a-și manifesta conștient voința, în raport cu un anumit fapt; este deci capacitatea penală mărginită la o speță concretă, iar nu generalizată la orice fel de manifestare."

În acest sens, art.139 din Codul Penal din 1936 prevedea în redactarea sa inițială că adolescentul și copilul nu sunt responsabili pentru infracțiunile săvârșite, afară de cazul când se dovedește că în momentul săvârșirii au lucrat cu discernământ, instanța fiind datoare să constate faptul și modul în care au fost săvârșite infracțiunile ținând cont de:

- starea fizică și morală și de antecedentele copilului ori adolescentului
- condițiile în care a crescut și în care a trăit

-situația morală și materială a familiei, iar când exista o îndoială asupra stării fizice sau mintale a copilului sau adolescentului se proceda la o expertiză medicală.

Este pentru prima dată când în legislația penală din țara noastră au fost stabilite o serie de criterii precise în funcție de care instanța de judecată trebuia să stabilească dacă minorul a săvârșit cu discernământ fapta pentru care a fost trimis în judecată. În același timp, obligația de a avea în vedere toate aceste informații medico-psiho-logice și sociale, facilitează nu numai stabilirea discernământului, ci și individualizarea judiciară a sancțiunii, Codul Penal din 1936 introducând un regim sancționator mult mai diversificat față de legislațiile precedente în concordanță cu cerințele sociale specifice perioadei respective.

În ceea ce privește pedepsele ce puteau fi aplicate minorilor infractori, respectiv musttrarea și închisoarea corecțională sau detenția simplă, Codul penal din 1936 dezvoltă în articole separate durata, conținutul și modul de executare a acestor sancțiuni.

Astfel, musttrarea apărea ca o pedeapsă cu executare imediată și consta în "dojenirea" minorului de către instanța de judecată în sedință publică și avertizarea acestuia că dacă va mai săvârși o infracțiune va fi pedepsit mai aspru.

Însă cele mai grave pedepse care se putea aplica infractorilor minori erau închisoarea corecțională, sau, în materie politică, detențiunea simplă, durata lor fiind redusă la jumătate din

⁷ Ion Pitulescu, op. cit, p.34,35,38,41

⁸ Ion Tanoviceanu, *Curs de drept penal vol I*, Bucuresti, 1912, p.566

sanctiunea prevazută pentru fapta penală săvârșită. De asemenea se prevedea că minorul care nu a împlinit vârsta de 16 ani nu putea fi pedepsit în caz de crimă cu o pedeapsă mai mare de 10 ani.

În ceea ce privește executarea pedepsei cu închisoarea corecțională, codul prevedea că minorul care nu a împlinit vârsta de 15 ani și a acționat cu discernământ, putea beneficia de "libertate condiționată" fiind supus unei supravegheri până când pedeapsa privativă de libertate ar fi trebuit să înceteze prin executare completă, aceasta acordându-se de instanță după executarea a 2/3 din pedeapsă sub condiția ca minorul să fi dat dovezi de îndreptare.⁹

De precizat este faptul că închisoarea era considerată de legiuitor drept o sancțiune de excepție în cazul minorilor, deoarece ea nu putea fi pronunțată decât atunci când "din circumstanțele faptului și moralitatea minorului, instanța și-a făcut convingerea că aplicarea altor măsuri ar fi neîndestulătoare" aceasta având și posibilitatea aplicării unei amenzi.¹⁰

În concluzie putem deduce din redactarea inițială a Codului penal de la 1936, că el reflectă într-o bună măsură linia generală a preocupărilor doctrinare din epoca respectivă de a construi un regim bazat pe ideea de îndreptare a infractorului, și nu pe concepția de ispășire a pedepsei, adică de răscumpărare a faptei săvârșite printr-o grea și îndelungată suferință ca formă de "purificare" morală, regim pe care îl considerăm a fi în deplină concordanță cu climatul de dezvoltare socială și culturală în care se regăsea societatea românească din acea perioadă, în contrast cu "conul de umbră" ce avea să se așterne odată cu instaurarea dictaturii comuniste.

După 23 august 1944, Codul penal român de la 1936, republicat în 1948¹¹, a făcut obiectul unor substanțiale modificări prin abrogarea unor norme juridice considerate necorespunzătoare intereselor noii puteri și prin elaborarea unor acte normative noi, reglementărilor anterioare menținute dându-li-se un conținut și o finalitate nouă în interesul dezvoltării și consolidării regimului.¹²

Așa cum s-a observat, modificările, adaptările și completările care s-au adus, în aceste împrejurări legislației penale, au exprimat voința legiuitorului de a evita să fie aplicate norme penale "depășite" care puteau dăuna realizării scopului noului regim politic.¹³

IV. SANCTIUNILE APLICABILE INFRACTORILOR MINORI PRIVITE ÎN SPECIAL

1. Cadrul actual al reglementărilor

În conformitate cu art. 40 alineatul 3 lit.(a) din Convenția cu privire la drepturile copilului semnată la Beijing în cadrul ONU și ratificată de către Parlamentul României prin legea nr.18/1990¹⁴, care prevede că statul parte trebuie să stabilească o vârstă minimă a responsabilității penale, sub care copii nu pot fi trași la răspundere pentru presupusa comitere a unei infracțiuni, legea penală română în vigoare, stabilește limitele răspunderii penale prevăzând faptul că minorul care nu a împlinit 14 ani nu răspunde penal, minorul care are vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani răspunde penal, numai dacă se dovedește că a săvârșit fapta cu discernământ, iar minorul care a împlinit vârsta de 16 ani răspunde penal¹⁵.

⁹ C. Penal 1936-articolul 151

¹⁰ C. Penal 1936-articolul 152

¹¹ Monitorul Oficial nr.48 din 27 februarie 1948

¹² Ortansa Brezeanu, *Din Istoria regimului sancționator al minorului infractor II*, Revista de drept penal, Anul IX, nr.4, Octombrie-Deceembrie 2002, p.85

¹³ V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, S. Petrovici, *Modificările aduse codului penal și de procedură penală prin actele normative din anii 1956-1960*, București, Editura Academiei, 1962, p.7

¹⁴ Monitorul Oficial, nr.314 din 13 iunie 2001

¹⁵ C. Penal-articolul 99

Pentru minorul care a comis o faptă prevăzută de legea penală, dar nu răspunde penal, Legea nr. 272/2004¹⁶, privind protecția și promovarea drepturilor copilului a prevăzut două măsuri speciale de protecție și anume: supravegherea specializată respectiv plasamentul. În alegerea uneia dintre aceste măsuri se va ține cont de condițiile care au favorizat săvârșirea faptei, gradul de pericol social al faptei, mediul în care a crescut și a trăit copilul, riscul săvârșirii din nou de către copil, a unei fapte prevăzute de legea penală, orice alte elemente de natură a caracteriza situația copilului.

Competența de a dispune de măsurile de protecție diferă, după cum există sau nu acordul părinților pentru aplicarea acestora; astfel, în cazul în care există acordul părinților sau a reprezentantului legal, măsura se dispune de către o comisie pentru protecția copilului, iar în lipsa acestui acord de către instanța judecătorească.¹⁷

Doctrina este unanimă în sensul că scopul acestor măsuri este acela de a asigura copilului delincent o reintegrare socială și o educare de cunoaștere a valorilor morale în spiritul toleranței, demnității și solidarității umane, părere pe care o împărtășim.

Sistemul sancționator special prevăzut pentru minori în Codul Penal din 1968 (Titlul 5, art. 99-110 inclusiv), este un sistem mixt, format din măsuri educative (muștrare, libertate supravegheată, internarea într-un institut special de reeducare, internarea într-un institut medical educativ) revocabile, sau înlocuibile cu alte măsuri în funcție de evoluția comportamentului minorului și pedepse.

Printr-o dispoziție explicită (art. 100 alin. 2) legiuitorul a ales să acorde prioritate măsurilor educative, pedepsa închisorii aplicându-se numai dacă se apreciază că luarea celor dinăi măsuri nu este suficientă pentru îndreptarea minorului. Limitele închisorii aplicabile în aceste cazuri se reduc la jumătate, în urma reducerii, în niciun caz minimul pedepsei nu va depăși 5 ani.

De asemenea, condamnările pronunțate pentru faptele săvârșite în timpul minorității, nu atarg niciun fel de incapacități sau decăderi, iar pedepsele complementare nu se aplică minorului.¹⁸

În practica instanțelor judecătorești nu există un punct de vedere unitar cu privire la aplicarea pedepsei accesorii în cazul inculpaților minori condamnați la pedeapsa închisorii.

Astfel, unele instanțe, stabilind pedepsele cu închisoarea inculpaților minori, au considerat că nu li s-ar putea aplica și pedepse accesorii, în temeiul art. 71 cu referire la art. 64 C. Pen. datorită prevederilor art. 109, alin. (2) C. Penal. Au fost și instanțe care au apreciat că pedepsele accesorii sunt aplicabile și inculpaților minori, însă numai după împlinirea vârstei de 18 ani.

În fine, alte instanțe s-au pronunțat în sensul că pedeapsa accesorie este aplicabilă și inculpaților minori, iar executarea acesteia începe de la împlinirea vârstei de 18 ani, când minorul devine major.

Înalta Curte de Casație și Justiție a apreciat că aceste din urmă instanțe au interpretat și aplicat corect dispozițiile legii, în acest sens statuând că pedeapsa accesorie este aplicabilă și inculpaților minori, iar executarea acesteia va începe la împlinirea vârstei de 18 ani, atunci când minorul urmează să devină major în cursul procesului penal sau în timpul executării pedepsei. Decizia a fost motivată prin faptul că dispoziția din alineatul 4 al art. 109, potrivit căreia condamnările pronunțate pentru fapte săvârșite în timpul minorității nu atrag incapacități sau decăderi, nu poate avea semnificația ce i se atribuie de unele instanțe, în sensul că ar excepta pe minori și de la aplicarea pedepsei accesorii la care se referă art. 71 din Codul penal, câtă vreme este evident că dispoziția respectivă nu reglementează o astfel de excepție, iar natura juridică a pedepsei accesorii este diferită de aceea a incapacităților sau decăderilor, care privesc situația condamnatului după executarea pedepsei. Ori, din moment ce pedeapsa accesorie care urmează soarta pedepsei principale, decurgând

¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 557 din 23.06.2004

¹⁷ Florin Stretanu, *Tratat de drept penal - partea generală - vol. I*, Ed. All Beck, București, 2008, p. 558, 559

¹⁸ Codul Penal - articolul 109, alin. 3 și 4

din aceasta, are efecte limitate,numai pe perioada cât condamnatul execută pedeapsa privativă de libertate,este evident că nicio rațiune nu impune exonerarea minorului de la rigorile unei asemenea pedepse pe timpul cât se află în detenție ca efect al condamnării sale,concluzionează Curtea.¹⁹

Când legea penală,prevede pentru infracțiunea săvârșită de minor pedeapsa detenției pe viață,se aplica închisoarea de la 5 la 20 de ani,iar condamnarea suferită în timpul minorității,nu constituie primul termen al recidivei²⁰.Există și alte dispoziții care relevă regimul special de sancționare a minorilor consacrat de codul în vigoare;spre exemplu,în cazul liberării condiționate,cei condamnați în timpul minorității,pot fi eliberați de executarea unei durate mai reduse din pedeapsă.²¹

În vederea unei mai bune asimilări a legislației de către judecători,Plenul Tribunalului Suprem²² a cerut instanțelor să examineze:"dacă în cazul unor infracțiuni mai puțin grave,pe care apreciază că trebuie să aplice minorului o pedeapsă de scurtă durată,nu ar fi mai potrivit să se i-a o măsură educativă,peu a nu prejudicia procesul de învățământ și de calificare a minorului."

a) Măsurile educative aplicabile infractorilor minori

În ceea ce privește măsurile educative aplicate minorului,nu vom insistă foarte mult pe cea mai ușoară dintre acestea-**muștrarea**²³ care se ia în cazul faptelor foarte ușoare și constă în dojenirea minorului de către instanța de judecată,în arătarea pericolului social al faptei,în sfătuiră minorului să se poarte în așa fel încat sa dea dovadă de îndreptare și în atenționarea consecințelor mai severe pe care le va avea de suportat în cazul în care va înțelege să comită din nou o faptă antisocială.

În Codul penal anterior,muștrarea era situată în randul pedepselor în timp ce actuala reglementare o plasează în randul măsurilor educative,acordându-i astfel adevăratul ei caracter de măsură menită să contribuie la reeducarea minorului și să prevină săvârșirea unor fapte antisociale de acesta²⁴,caracter pe care legiuitorul,în redactarea Noului cod penal nu l-a mai considerat util,ea nemaifigurând în cadrul noilor reglementări.

Libertatea supravegheată²⁵ este o măsură educativă,care constă în lăsarea minorului ce a săvârșit o faptă cu un grad de pericol social mai redus,în libertate sub o supraveghere deosebită timp de un an care curge de la data punerii în executare a hotărârii,iar la data când are loc judecata,minorul să nu fi depășit vârsta de 17 ani.

În practica judiciară măsura a fost luată și față de minorul care a depășit vârsta de 17 ani la data pronunțării măsurii cu motivarea că nimic nu se opune ca un asemenea minor să continue executarea acesteia și după împlinirea termenului de un an,adică după ajungerea la majorat.

Majoritatea opiniilor doctrinare consideră că asemenea soluții sunt eronate,deoarece măsura are un caracter temporar,ea durează timp de un an care nu poate fi scurtat nici prelungit,iar faptuitorul supus măsurii educative a libertății supravegheate,trebuie să se afle în stare de minoritate atât la data luării măsurii,cât și la data când ia sfârșit executarea acesteia(expirarea termenului de un an)ceea ce înseamnă că prevederile art.103 C.Penal,nu pot fi aplicate unei persoane care la data judecării a depășit vârsta de 17 ani²⁶.

În speță,inculpatul față de care a fost luată măsura educativă a libertății supravegheate devenise major la data pronunțării sentinței.În consecință pe acest temei a fost admis apelul declarat de procuror,sentința primei instanțe a fost desființată,și,rejudecând cauza,Curtea de Apel Timișoara l-

¹⁹ Decizia ICCJ nr. 51/2007 a fost publicată în Monitorul Oficial,Partea I nr. 769 din 13.11.2007.

²⁰ C.Penal,a se vedea art.38,lit a

²¹ C.Penal,art.60,alin. 4

²² Prin D.Î.9 din 16 decembrie 1972,cu privire la unele probleme referitoare la soluționarea cauzelor penale cu minori,publicată în RRD,nr.5,1973,p91-103

²³ C.penal,art 102

²⁴ Ortansa Brezeanu, *Din Istoria regimului sancționator al minorului infractor III*,RDP,Anul X,nr.5,Ianuarie-Martie,București 2003,p.67

²⁵ C.Penal,art.103

²⁶ Ilie Pascu,*Drept penal partea generală*,Ed.Europa Nova,București 2002,p.205,206

a condamnat pe inculpat la pedeapsa de 6 luni închisoare dispunându-se totodată suspendarea condiționată a executării.²⁷

În doctrină, s-a subliniat că în situația în care nu există o persoană sau o instituție căreia să i se incredințeze supravegherea, această măsură nu poate fi luată, într-o asemenea situație extremă singura măsură aplicabilă ar fi, internarea minorului într-un centru de reeducare²⁸. Susținem această părere, deoarece considerăm că în lipsa unei persoane sau a unei instituții căreia să i se incredințeze supravegherea, minorul ar fi tentat la comiterea unor noi fapte ilicite, măsura libertății supravegheate fiind lipsită de efecte. Persoanei căreia i se incredințează supravegherea, fie că este o persoană particulară fie că este reprezentantul unei instituții speciale, i se pun în vedere de către instanță îndatoririle pe care le are în îndeplinirea sarcinii încredințate și scopul exercitării acestora în vederea obținerii rezultatelor dorite, ele având obligația de a înștiința imediat instanța, dacă minorul se sustrage de la supravegherea ce se exercită asupra lui, are purtări rele sau a săvârșit din nou o faptă prevăzută de legea penală.²⁹

Legea prevede că instanța poate să impună minorului respectarea unor obligații precum: să nu frecventeze anumite locuri stabilite, să nu intre în legătură cu anumite persoane sau să presteze o muncă neremunerată într-o instituție de interes public, obligație asupra căreia s-au adus numeroase obiecții în literatura de specialitate și asupra căreia ne vom opri și noi.

Este de constatat faptul că legea nu face nicio distincție în raport cu vârsta minorului care este obligat să presteze munca neremunerată, acesta putând fi chiar și un minor cu vârsta cuprinsă între 14-15 ani cu toate că potrivit art.45(4) din Constituție "minorii sub vârsta de 15 ani nu pot fi angajați ca salariați", prin urmare, faptul că un minor nu poate presta o muncă salariată în baza unui contract de muncă, dar poate fi obligat, împotriva voinței lui, la prestarea unei munci neremunerate atunci când s-a luat măsura libertății nesupravegheate, ni se pare a fi puțin deplasat.

De asemenea obligația este impusă împotriva voinței minorului ceea ar putea veni în contradicție cu dispoziția articolului 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului referitoare la interzicerea muncii forțate, și cu prevederile art.39 din Constituția României³⁰

Dacă la expirarea termenului de 1 an, minorul a avut o comportare bună, a respectat obligațiile impuse de instanță și nu a mai săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, măsura libertății supravegheate va înceta, ea fiind executată, dimpotrivă, dacă minorul se sustrage (înăuntrul termenului de încercare) de la supravegherea ce se exercită asupra lui sau are purtări rele ori săvârșește fapte prevăzute de legea penală măsura libertății supravegheate va fi revocată, iar instanța va lua fie măsura internării fie va aplica o pedeapsă minorului.³¹

Internarea într-un centru de reeducare³² este o măsură mai gravă în raport cu celelalte și constă în internarea minorului infractor într-un centru de reeducare, pe o durată nedeterminată, care de regulă, se întinde până la împlinirea de către minor a vârstei de 18 ani. Deși denumită măsură educativă, în realitate ea este o măsură de reeducare pentru că este luată în scopul reeducării infractorului minor³³. Măsura se ia pentru fapte cu un pericol social mai ridicat săvârșite de minor pentru care mustararea și libertatea supravegheată ar fi insuficiente. Ea poate fi luată și ca măsură înlocuitoare în cazul când s-ar dispune revocarea măsurii educative a libertății supravegheate din cauza relei comportări a minorului în timp cât se exercită supravegherea, ori în situația când s-a

²⁷ Curtea de Apel Timișoara, decizia penală nr.194/1996, în Dreptul nr.12/1997, p.110

²⁸ C.Bulai, *Manual de drept penal, Partea generală*, Ed.All, București, 1997, p.557

²⁹ Ilie Pascu, op.cit., p.206,207

³⁰ În Constituția României art.39(2) lit.b se prevede că nu constituie muncă forțată, munca unei persoane condamnate, prestată în condiții normale, în perioada de detenție sau de libertate condiționată, iar de precizat este că minorul asupra căruia s-a luat măsura libertății supravegheate, nu se afla în nici una dintre aceste situații prevăzute de Constituție.

³¹ Traian Dima, *Drept penal. Partea generală*, Ed.Hamangiu, București, 2007, p.648

³² C.Pen., art.104

³³ Ilie Pascu, op.cit., p.209

constatat că nu există o instituție legal însărcinată cu supravegherea minorilor care să facă posibilă luarea măsurii educative mai ușoare.³⁴

Instanța poate prelungi măsura internării pe o durată de cel mult 2 ani, peste vârsta majoratului, dacă acest lucru este necesar pentru realizarea scopului internării³⁵ doctrina acordându-i acestui termen un caracter excepțional.

Dacă a trecut cel puțin un 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.³⁶ Consideram ca liberarea minorului înainte de a deveni major este prevăzută de legiuitor pentru a-l stimula pe acesta în a fi receptiv la procesul de reeducare la care este supus, iar dacă minorul caruia i s-a dispus liberarea înainte de a deveni major, are o bună conduită, aceasta devine definitivă la împlinirea vârstei de 18 ani, și măsura internării încetează de drept.

În ceea ce privește măsurile internării într-un centru de reeducare și liberării înainte de a deveni major, legiuitorul nu le-a atribuit un caracter definitiv, acestea putând fi revocate de către instanță în condițiile legii.³⁷

Internarea într-un institut medical-educativ³⁸ reprezintă o altă măsură educativă privativă de libertate ce constă în internarea unui minor infractor, care din cauza stării sale fizice sau psihice are nevoie de un tratament medical și un regim special de instrucție și educație. Din reglementarea măsurii, putem deduce că are un caracter mixt: medical și educativ.

Internarea se dispune de instanța de judecată competentă, pe baza unei expertize medicale de specialitate care confirmă necesitatea supunerii minorului atât unui tratament medical, cât și unui regim special de educație, dacă se constată că acesta îndeplinește condițiile răspunderii penale.

Durata internării este nedeterminată, dar poate dura până la împlinirea vârstei de 18 ani, caracterul nedeterminat avându-și explicația în faptul că internarea trebuie să înceteze de îndată ce a dispărut cauza care a impus luarea ei. Asemeni internării într-un centru de reeducare, internarea într-un institut medical-educativ, poate fi prelungită cel mult 2 ani de la data când minorul devine major, dacă această prelungire este necesară pentru realizarea scopului internării.

Dacă instanța constată că a dispărut numai cauza privind starea fizică sau psihică, dar nu există dovezi de îndreptare privind starea minorului, va înlocui măsura internării într-un institut medical-educativ cu cea a internării într-un centru de reeducare.

Internarea în institutul medical-educativ poate înceta prin revocare, dacă pe durata internării minorul săvârșește din nou o infracțiune și instanța apreciază că este necesară aplicarea pedepsei închisorii, iar dacă se constată că minorul are nevoie în continuare de tratament se poate lua măsura de siguranță a obligării la tratament medical sau internare medicală, după caz, tratamentul medical realizându-se în condiții de detenție.³⁹

b) Pedepsele aplicabile infractorilor minori

În conformitate cu dispozițiile art.37 alin.1 lit.(b) din Convenția cu privire la drepturile copilului, la care am mai făcut referire, copiii nu trebuie privați de libertate în mod ilegal sau arbitrar. Dacă se află în arest, copiii trebuie separați de adulți, cu excepția cazurilor în care se consideră că este în interesul copilului să se procedeze astfel. Toți copiii vor fi tratați uman și cu respect, într-un mod care să țină seama de nevoile lor specifice.

³⁴ V. Dongoroz, *Explicații teoretice, vol. II*, București, p.250

³⁵ C.Pen., art.106, alin.2

³⁶ C.Pen., art.107

³⁷ A se vedea în acest sens, C.Pen., art.108, alin (1), *revocarea facultativă a măsurii liberării înainte de a deveni major*, art.108 alin (2) *revocarea obligatorie a măsurii liberării înainte de a deveni major și revocarea măsurii într-un centru de reeducare*

³⁸ C.Pen., art.105

³⁹ Ilie Pascu-op.cit., p.214

Conform prevederilor Convenției, orice copil are dreptul să conteste legalitatea măsurilor privative de libertate adresându-se autorităților competente relevante, independente și imparțiale cu dreptul de a primii o soluționare imediată.

Putem deduce din documentele Națiunilor Unite, faptul că acestea recomandă să se excludă recurgerea la detenție preventivă pentru minori, cu excepția cazurilor de infracțiuni deosebit de grave comise de minori cu vârste mai mari, în acest sens să se limiteze durata detenției preventive, iar recurgerea la această măsură să se ia după consultări prealabile cu un serviciu social, în vederea alegerii unor propuneri alternative.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat⁴⁰ ca internarea unui minor într-un centru de detenție nu este neapărat contrar art. 5 § 1 lit.(d)⁴¹, chiar dacă nu este de natură a putea fi considerată drept educație supravegheată a minorului.

Astfel cum rezultă din textul articolului care se referă la "scopul" detenției, acesta nu trebuie să fie imediat și să apară de la momentul începerii privării de libertate. Așadar paragraful d) nu împiedică luarea unei măsuri provizorii care să fie preliminară unui regim de educație supravegheată, fără a avea neapărat un astfel de caracter. Totuși, în aceste condiții, pentru ca detenția să fie licită este necesar ca ea să fie urmată sau măcar să se încerce finalizarea sa cu un sistem de educație supravegheată. Atunci când un minor este deținut fără a se anticipa o astfel de măsură, art. 5 § 1 lit. d nu este aplicabil.

Pedeapsa închisorii

În mare măsură actualul Cod penal se conformează prevederilor internaționale la care statul roman este parte, reglementând că pedeapsa închisorii se poate aplica minorilor infractori pentru fapte cu pericol social ridicat dacă se apreciază că luarea unei măsuri educative chiar privative de libertate, nu este suficientă pentru îndreptarea minorului.⁴²

În cazul minorilor, limitele pedepsei (minimumul și maximumul) închisorii pentru infracțiunea săvârșită se reduc la jumătate, legea prevăzând că în urma reducerii, minimumul nu va putea depăși, în niciun caz 5 ani⁴³, rezultând că ceea ce depășește 5 ani se înlătură;

spre exemplu, la infracțiunea de omor calificat⁴⁴-minimumul pedepsei închisorii este de 15 ani, redus la jumătate devine 7 ani și 6 luni, care se aduce însă la nivelul de 5 ani.

Reducerea limitelor pedepsei la jumătate are loc în toate cazurile indiferent de variantele de incriminare a fetei (tip, agravantă, atenuantă) pentru care legea prevede o pedeapsă distinctă, doar când legea prevede pentru fapta comisă detențiunea pe viață, minorului i se aplică pedeapsa închisorii de la 5 la 20 de ani.

În situația în care același minor a săvârșit mai multe infracțiuni concurente, dar pentru unele s-a aplicat pedeapsa închisorii, iar pentru altele s-a luat o măsură educativă, ultima va fi revocată, nefiind posibil ca un minor să fie supus în același timp atât la executarea pedepsei închisorii, cât și la acțiunea unei măsuri educative.

Dispozițiile privitoare la concursul de infracțiuni se aplică și în cazul când minorul este condamnat la pedeapsa închisorii, stabilită separat, pentru mai multe infracțiuni săvârșite înainte de a fi fost anterior condamnat.

Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe calea unui recurs în interesul legii introdus de procuror, a solicitat instanței supreme să hotărască asupra posibilității contopirii

⁴⁰ CEDO, Camera, *hotărârea Bouamar contra Belgiei*, 29 februarie 1988, 9106/80, www.echr.coe.int

⁴¹ Convenția Europeană a Drepturilor Omului, art.5.1. *Orice persoană are dreptul la libertate și siguranță. Nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa, cu excepția următoarelor cazuri și potrivit căilor legale; lit(d), dacă este vorba de detenția legală a unui minor, hotărâtă pentru educația sa sub supraveghere sau detenție legală, în scopul aducerii sale în fața autorității competente*

⁴² C.Pen.art.100, alin. 2

⁴³ C.Pen., art.109, alin. 1

⁴⁴ C.Pen., art.175

pedepselor cu măsurile educative. Ministerul Public a afirmat că, negând posibilitatea contopirii pedepselor cu măsurile educative, s-ar ajunge la aplicarea sistemului cumulului aritmetic, nerecunoscut de legiuitor în materie de concurs. De asemenea, s-ar ajunge la crearea unei situații mai grele minorului în comparație cu majorul.

Secțiile Unite ale Curții au decis că în caz de concurs de infracțiuni savârșite de un minor, căruia i s-au aplicat atât pedepsele, cât și măsurile educative, acestea se contopesc conform art. 34 din C. penal, în sensul aplicării sancțiunii rezultante celei mai grele.⁴⁵

În ipoteza când minorul a fost condamnat pentru o infracțiune la pedeapsa închisorii, iar pentru alta la pedeapsa amenzii, pedeapsa închisorii va putea fi cumulată cu amenda, în tot sau în parte.

În practica judiciară s-a statuat că ultima acțiune efectuată echivalează cu momentul consumării faptei, acesta atrăgând răspunderea minorului devenit major, în cazul comiterii unei infracțiuni continuate. Astfel, sesizată cu judecarea unei infracțiuni continuate, instanța a constatat că unele din acțiunile componente ale acesteia, au fost săvârșite în timp ce inculpatul era minor, iar altele după ce devenise major. Întrucât făptuitorul a săvârșit ultima acțiune după ce a devenit major, instanța a hotărât că acesta va răspunde ca atare pentru întreaga infracțiune.⁴⁶

Minorii și tinerii⁴⁷ aflați în executarea unei pedepse privative de libertate sunt incluși, pe durata executării pedepsei, în programe speciale de consiliere și asistență, în funcție de vârsta și de personalitatea fiecăruia. Programele speciale sunt realizate de serviciile de educație, consiliere psihologică și asistență socială din cadrul penitenciarelor, cu participarea consilierilor de protecție a victimelor și de reintegrare socială a infractorilor, a voluntarilor, a asociațiilor și fundațiilor, precum și a altor reprezentanți ai societății civile. Totodată, minorii condamnați la pedepse privative de libertate dispun de dreptul de a li se asigura condiții pentru participarea la activitățile și serviciile menționate precum și pentru efectuarea studiilor și dobândirea unei calificări profesionale, în funcție de opțiunile și aptitudinile lor.

La împlinirea vârstei de 18 ani, minorii condamnați pot fi menținuți în locurile de deținere, pentru executarea în continuare a pedepsei în regimul prevăzut pentru minori, dacă acest lucru este necesar pentru desăvârșirea pregătirii lor profesionale, dar nu mai mult de 2 ani.⁴⁸ Ne aflăm în deplin consens cu această prevedere legală deoarece privim continuarea activităților în vederea desăvârșirii pregătirii profesionale a unui tânăr delinvent, ca fiind un prim pas foarte important, pe care acesta îl realizează în vederea reintegrării sale sociale.

Minorul care a a împlinit 18 ani sau 20 de ani (pentru cel care s-a prelungit regimul special) va fi trecut la regimul de executare obișnuită.

A doua pedeapsă ce i se poate aplica minorului infractor, este **amenda**.

S-a remarcat eficiența amenzii în cazul infractorului minor, atunci când acesta se află în apropierea majoratului, fapt care face ca o măsură educativă să fie neadekvată, sau ori de câte ori pedeapsa închisorii apare ca fiind lipsită de necesitate, datorită pericolului social mai redus al faptei ori a reținerii de circumstanțe atenuante. Limitele speciale ale amenzii stabilite în art. 63 C. pen. se reduc la jumătate în cazul în care infracțiunea este comisă de un minor.

Este de precizat faptul că legiuitorul, ținând seama de particularitățile vârstei, a ales să introducă unele elemente specifice în cadrul reglementării suspendării condiționate a executării pedepsei aplicate minorului și a pedepsei sub supraveghere sau sub control.⁴⁹

⁴⁵ Decizia XXX din 16 aprilie 2007, publicată în Monitorul Oficial, nr. 763 / 12 noiembrie 2007

⁴⁶ Vz. T.S., d 6 din 1973, C.D., p. 37, n Costică Bulai, Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Lavinia Lefterache-Drept penal român partea generală-Culegere de probleme din practica judiciară pentru uzul studenților, ediția a V-a revazută și adăugită, Ed, Universul juridic, Buc., 2008, p. 400

⁴⁷ În sensul legii 275/2006, se consideră tineri persoanele condamnate care nu au împlinit vârsta de 21 de ani

⁴⁸ Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 627 din 20.07.2006.

⁴⁹ În acest sens a se vedea, C. pen. art 81, art. 110 și Traian Dima-op.cit. pag. 661-663

c) Sancțiunile aplicabile minorilor delincvenți în lumina Noului Cod penal. Aspecte diferențiale față de Codul penal actual

Noul Cod penal al României, adoptat prin legea nr. 286/2009⁵⁰, a renunțat la sistemul mixt de sancționare a minorilor existent în actualul Cod penal, care prevede, așa cum am arătat, două categorii alternative de sancțiuni pentru minorii infractori (măsuri de siguranță și pedepse), conform noului cod, singurele sancțiuni ce pot fi luate față de minorii infractori sunt măsurile educative.

Regula, conform noilor dispoziții, este aceea de a aplica în cazul minorilor măsuri educative neprivative de libertate.⁵¹

Măsurile educative privative de libertate, reprezintă excepții de la regula de mai sus, deoarece acestea se pot lua numai în cazul infracțiunilor grave sau a celor comise în forma pluralității de infracțiuni.⁵²

Măsurile educative neprivative de libertate prevăzute de Noul Cod penal sunt: stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână și asistarea zilnică.

Executarea stagiului de pregătire profesională constă în obligația minorului de a participa la un program cu o durată de cel mult 4 luni, care să îl ajute să înțeleagă consecințele la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni. Aceasta nu presupune o implicare directă a serviciului de probațiune în realizarea activităților din programul minorului, rolul acestuia fiind de a monitoriza modul în care minorul își respectă programul obișnuit.

Cât privește măsura educativă a supravegherii, ea se aseamănă cu actuala măsură educativă a libertății supravegheate, având o durată mai mică, între 2 și 6 luni, supraveghera 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 minorului, fiind dispusă de instanță, la fel ca în cazul libertății supravegheate.

Măsura educativă a consemnării la sfârșit de săptămână, este preluată din dreptul penal spaniol și constă în obligația minorului, executată sub cooroneria serviciului de probațiune, de a nu părăsi locuința în zilele de sâmbătă și duminică, pe o durată cuprinsă între 4 și 12 săptămâni, exceptând cazul în care, în această perioadă are obligația de a participa la anumite programe ori de a desfășura activități impuse de instanță.

Avem anumite rezerve cu privire la eficiența acestei măsuri, deoarece este greu de crezut că o "detenție" săptămânală la domiciliu îl va împiedica pe minorul cu un comportament orientat antisocial, să-și întrerupă legăturile cu influențele exterioare ce-l pot determina ușor să treacă și la comiterea altor fapte de o gravitate mai ridicată.

Asistarea zilnică, presupune o intervenție activă a serviciului de probațiune, care întocmește programul zilnic al minorului, incluzând în acest program - alături de elementele obișnuite (spre exemplu frecventarea cursurilor) și pe cele impuse de instanță, adică orice activitate necesară realizării scopului măsurii educative.⁵³

Măsurile educative privative de libertate cuprinse în Noul Cod Penal, și anume internarea într-un centru educativ pe o durată de la 1 la 3 ani și 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, pot fi luate față de minorul care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală numai dacă acesta a mai săvârșit o infracțiune, pentru care i s-a aplicat o

⁵⁰ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 510 din 24.07.2009

⁵¹ Noul Cod Penal, art. 116, alin (1) - În vederea efectuării evaluării minorului, potrivit criteriilor generale de individualizare a pedepsei, instanța va solicita serviciului de probațiune întocmirea unui referat care va cuprinde și propuneri motivate, referitoare la natura și durata programelor de reintegrare socială pe care minorul ar trebui să le urmeze, precum și alte obligații ce pot fi impuse acestuia de către instanță.

⁵² Idem., art. 116, alin (2), - Referatul de evaluare privind respectarea condițiilor de executare a măsurii educative impuse sau a obligațiilor impuse se întocmește în toate cazurile în care instanța dispune asupra măsurilor educative ori asupra modificării sau încetării executării obligațiilor impuse, precum și la terminarea executării măsurii educative.

⁵³ Mihai Adrian Hotca, *Noul Cod penal și Codul penal anterior*, Ed. Hamangiu, București 2009, p. 133

masură educativă, ce a fost executată, ori a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat sau atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de cel puțin 7 ani sau mai mare ori detențiunea pe viață.⁵⁴

Măsura internării într-un centru de detenție se dispune pe o perioadă de la 5 la 15 ani, dar numai în cazul săvârșirii unor infracțiuni foarte grave, pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii de cel puțin 20 de ani.

Sperăm ca odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod penal, reglementările acestuia în legătură cu infractorii minori, să aducă mai multă eficiență în procesul de combatere și prevenire a delincvenței juvenile, lucru care nu se poate realiza fără o dezvoltare a instituțiilor aflate în stransă legătură cu soarta fenomenului.

V. ASPECTE DE DREPT COMPARAT

Alături de sistemul de sancțiuni și tratamentul juridic aplicat minorilor, limita de vârstă a răspunderii penale reprezintă un element important al delincvenței juvenile care diferă de la un sistem juridic la altul. Însă toate aceste limite de vârstă sunt arbitrare și relative, fiind dependente de modul în care legiuitorul definește procesul de maturizare și îl asociază unei anumite vârste cronologice, chiar dacă ea nu reprezintă o realitate științifică. Din acest punct de vedere, nici măcar ONU nu a putut identifica o vârstă penală a minorității care să fie acceptată de toate statele lumii, stabilind doar că noțiunea de tânăr include persoanele sub 25 ani, iar noțiunea de copil pe cele sub 18 ani.

Evoluția fenomenului delincvenței juvenile a determinat în unele state europene, elaborarea unor reforme penale în materia minorilor. Chiar dacă există unele diferențe în ceea ce privește sistemul de măsuri sau sancțiuni aplicabile minorilor, se poate identifica o tendință comună a țărilor europene, în acordarea priorității măsurilor cu caracter educativ, pedepsele privative de libertate fiind rezervate numai pentru cazurile cele mai grave ale delincvenței juvenile.

Seminarul "Justiția pentru minori" semnaleză preocuparea comună a țărilor europene în adoptarea reformelor în materie de minori, în special cele îndreptate spre dezvoltarea unor noi sancțiuni care impun tinerilor delincvenți realizarea unor anumite sarcini (măsuri reparatorii, prestații personale, acțiuni socio-educative).⁵⁵

Olanda a dezvoltat cel mai mult acest nou tip de sancțiuni, aplicându-le în toate etapele procedurii penale. Conform codului penal olandez, minorii care au implinit 12 ani pot fi sancționați penal în cadrul unui sistem special, diferit de cel al adulților. Din septembrie 1995, se permite delincvenților minori aflați la prima infracțiune, autori ai unor delikte minore (de exemplu, mici acte de vandalism), să-și repare greșeala încă dinaintea demarării procedurii penale.

Procurorul reginei, are competențe să pună drept condiții de încetare a urmăririi penale, executarea unei anumite sarcini. De asemenea, judecătorul are competența de a înlocui pedepsele cu detenție și amendă, prin pedepse de substituție cum ar fi: activitate nesalarată în intersul comunității, repararea daunelor cauzate de infracțiune, participarea la un proiect socio-educativ.

În cazul faptelor mai puțin grave comise de minori, sunt propuse măsuri de mediere, minor-victimă (cu posibilitatea extinderii asupra familiei și persoanelor din anturajul minorului); mediere socială și mediere culturală, în cadrul instanței de judecată sau în afara acesteia, cât și soluții de dejudicare.

Conferințele de politică penală (organizate la fiecare 5 ani) constituie o formă importantă de activitate a Consiliului Europei în materia delincvenței juvenile, un loc important în orientările de principiu ale acestora îl ocupă ideea depenalizării unor fapte săvârșite de minori, precum și ideea

⁵⁴ Noul Cod Penal, art. 144, alin(2)

⁵⁵ Seminarul "Justiția pentru minori" s-a desfășurat la București în perioada 31 ianuarie-2 februarie 2002, fiind organizat de Institutul Național al Magistraturii și Asociația Jean Valjean. Au participat magistrați, judecători și procurori de la instanțele și parchetele din țară, cuprinzând toate treptele ierarhice

evitării pe cât posibil a aplicării unor pedepse privative de libertate în cazul infracțiunilor comise de minori.⁵⁶

Alte deosebiri în legislația statelor, cu privire la minorii delincvenți, există în privința conținutului discernământului. Astfel, conform prevederilor codului penal italian pentru minorii cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani, răspunderea penală este în funcție de capacitatea acestora de a înțelege și a voi.

În cadrul titlului 18, partea a IV-a din codul SUA, se prevede că discernământul constă numai în elementul cognitiv (capacitatea de a aprecia ilicitul actului), al minorului.

În unele dintre legislațiile penale este reglementată o categorie de vârstă intermediară - cea a "tinerilor adulți" care durează de la 18, până la 20, 21 sau în unele cazuri 25 de ani. Un regim distinct pentru "tinerii adulți" între 16-18 ani întâlnim și în Spania unde, în mod teoretic, persoanele de până la 20 de ani trebuie să se bucure de un regim penitenciar distinct de cel al adulților conform codului penal din această țară.

În Franța, regimul penal actual al delincventului minor, este reglementat de Ordonanța din 2 februarie 1945 cu modificările ulterioare. Prin acest act normativ a fost suprimată așa-numita "întrebare" privind discernământul pentru toți minorii care nu au împlinit vârsta de 18 ani. În plus aceasta a extins beneficiul regimului sancționator atenuat și pentru minorii între 16 și 18 ani, lăsând totuși judecătorului posibilitatea ca în anumite cazuri de excepție să nu recurgă la diminuarea pedepsei, arătând motivele speciale care l-au determinat să ia o asemenea hotărâre. Tot prin Ordonanța din 1945 a fost legiferată prezumția de iresponsabilitate a minorului până la împlinirea vârstei de 18 ani. În cazul minorilor de 13 ani, prezumția are un caracter absolut, deci nu poate fi înlăturată prin niciun mijloc de probă, față de ei se poate lua o măsură educativă (asistență, supraveghere, educație), iar în caz de contravenție pot fi doar muștrați.

Printr-o lege din 1975 minorul care nu a împlinit 16 ani poate fi "pus sub protecție judiciară" pe o durată de cel mult 5 ani, adică până la vârsta care corespunde în trecut majoratului civil. În mod excepțional, minorii între 13 și 18 ani pot fi condamnați la o pedeapsă cu închisoarea dacă trăsăturile lor de personalitate fac necesară aplicarea unei asemenea sancțiuni, ori se sustrag în mod sistematic de la executarea unei măsuri de reeducare. În acest ultim caz se aplică în mod obișnuit o suspendare condiționată a executării pedepsei cu punerea la încercare și se dispune trimiterea minorului într-un centru de găzduire pentru supravegherea conduitei sale în perioada de încercare.

O practică aparută în majoritatea statelor europene și S.U.A., menită să rezolve multe din problemele ridicate de fenomenul infracțional în rândul minorilor, este aceea a înființării Tribunalelor pentru minori.

Tribunalul pentru minori din Franța constituie o instanță compusă din judecătorul pentru minori și doi asesori, desemnați pentru o perioadă determinată de Ministerul Justiției, la propunerea Curții de Apel. Asesorii trebuie aleși dintre persoanele, care au cel mult 30 de ani, și s-au remarcat prin interesul pe care-l manifestă pentru problemele copilăriei și adolescenței. Competența de jurisdicție a Tribunalului constă în judecarea anumitor contravenții precum și toate delictele, și chiar crimele săvârșite de minorii între 13 și 16 ani. Acesta este competent să aplice orice măsură educativă și de supraveghere sau o pedeapsă privativă de libertate redusă conform legislației franceze în vigoare.

Hotărârile judecătorului și ale Tribunalului pentru minori, pot fi atacate în fața Camerei speciale a Curții de apel compusă din trei magistrați dintre care unul are calitatea de delegat cu ocrotirea copiilor și adolescenților.

În termenii legii penale germane, un minor este penalmente responsabil, dacă în momentul săvârșirii faptei maturitatea sa morală și fizică era suficientă pentru a înțelege caracterul ilicit al actului său. Tinerii de până la 20 de ani sunt judecați de tribunale speciale pentru tineri, iar vârsta răspunderii penale este 14 ani

⁵⁶ Ortansa Brezeanu, *Minorul și legea penală*, Ed. All Beck, Buc. 1998, p. 79, 80

Și **Germania** este una din țările care au o legislație penală separată pentru minori în ceea ce privește partea generală. Regimul penal al minorului și "tânărului adult"(Herranwachsende) este prevăzut în "Legea Tribunalului pentru tineret" din 1923 cu modificările de rigoare, care completează dispozițiile Codului penal. Pe lângă fiecare instanță pentru minori, funcționează procurorii pentru minori, strict specializați în cauze de această natură.

În codul penal japonez, conform art.41: "actul unei persoane care nu are paisprezece ani împliniți nu este pedepsibil". Dispozițiile referitoare la minoritate nu sunt atât de complicate și numeroase precum în legislațiile europene, ceea ce ne-a atras atenția în mod deosebit fiind sistemul caracteristic și original de penitenciare, în sensul că deținuții nu ar primi toți același gen de viață în spatele gratiilor, ci unul ce diferă în funcție de modul cum au trait pe când erau în libertate și după cum vor trai după ce vor părăsi închisoarea.

În concluzie putem observa că multe state au ales aplicarea unui tratament juridic prin intermediul specializării instanțelor și instituțiilor, menit să ofere soluții mai competente, care să se transpună vizibil într-o îndreptare socială reală și eficientă, fenomenul delincvenței juvenile.

VI. CONCLUZII. PROPUNERI DE *LEGE FERENDA*

În final ne rezervăm dreptul de a face unele aprecieri cu privire la modul în care este transpus fenomenul delincvenței juvenile în cadrul instanțelor și instituțiilor din țara noastră.

Din practica judiciară s-a observat de-a lungul timpului, că judecătorilor li s-au distribuit atât cauze cu inculpați majori cât și cu inculpați minori, acestea din urmă nefiind evidențiate în mod deosebit, urmând a se judeca de cele mai multe ori conform regulilor de drept comun.

În ceea ce privește infrastructura materială în domeniul justiției pentru minori, se asimilează situației generale în care se găsește domeniul justiției la ora actuală, caracterizat printr-o lipsă acută de dotări determinată de o subfinanțare cronică. De cele mai multe ori, lipsa anumitor dotări determină încălcarea prevederilor legale, cum ar fi spre exemplu faptul că nu întotdeauna, minorii sunt ținuti separat de majori în arestul poliției.

O alta problemă în ceea ce privește justiția pentru minori, o reprezintă numărul mare de cazuri și volumul redus de personal specializat, fapt ce determină o supra-aglomerare a celor implicați în actul de justiție, îngreunând și diminuând astfel calitatea acestuia.

Considerăm că sistemul sancționator actual are o orientare mai degrabă coercitivă decât educativă. Chiar dacă sesizăm o oarecare diversificare a sancțiunilor alternative la pedeapsa închisorii, acestea întâmpină de multe ori dificultăți în punerea lor în aplicare datorită slabei instituționalizării, spre exemplu în țara noastră nu există nicio instituție medical-educativă căreia să-i fie încredințat un minor cu probleme medicale care a săvârșit o infracțiune, deși această măsură este prevăzută în Codul penal actual. De asemenea există opinia că măsura educativă a reeducării într-un centru specializat este, la ora actuală, foarte asemanătoare cu pedeapsa închisorii.

Chiar dacă legislația în vigoare prevede executarea pedepsei cu închisoarea de către minori în locuri special amenajate, separați de adulți, de cele mai multe ori acest lucru nu este realizabil datorită lipsei de spațiu și a slabei infrastructuri în domeniu, în România existând un singur penitenciar pentru minori⁵⁷ și trei centre de reeducare⁵⁸, în celelalte penitenciare exisând câteva secții speciale de minori. Este de menționat faptul că unii minorii, care se află deținuți într-o închisoare, nu execută o pedeapsă pe baza unei sentințe definitive, pentru ei penitenciarul fiind doar un loc de tranzit între arestul poliției și locul unde urmează să-și execute pedeapsa sau măsura educativă după ce li se soluționează definitiv cazul.

În penitenciar minorii intră în contact cu diverși alți infractori de la care învață modalități noi de comitere a actelor ilicite, altfel spus în multe cazuri închisoarea este un veritabil loc de specializare

⁵⁷ Penitenciarul de minori și tineri de la Craiova

⁵⁸ La Găești, Buziaș și Târgul Ocna

în săvârșirea de infracțiuni, fapt pentru care considerăm că mediul penitenciar nu oferă o reeducare propriu-zisă, acest mediu nefiind propice unui astfel de demers.

Cât privește instituțiile existente și serviciile oferite în prezent în domeniul supravegherii și reintegrării minorului delinvent, apreciem că acestea sunt insuficiente, fiind necesară extinderea și diversificarea lor punându-se accentul pe servicii de consiliere psihologică, de asistență socială, consiliere ocupațională, programe de terapie cognitiv-comportamentală, și mai mulți angajați specializați în lucrul cu minorii.

Printre aprecierile pozitive referitoare la cadrul legislativ menționăm existența unor garanții procesuale menite să protejeze minorul și faptul că această categorie beneficiază de termene și pedepse reduse la jumătate față de majori.

Practic, suntem de părere că la ora actuală, în România nu există o justiție pentru minori consolidată pe regim special, afară de regulile procesuale stricte care trebuie respectate în materie și de încercarea firavă de specializare a justiției în acest sens prin intermediul legii 304/2004⁵⁹, tribunalele pentru minori reprezentând la ora actuală, partea neonorată a reformei justiției.

În perspectiva realizării unei reale și adecvate justiții juvenile, sugerăm și susținem în deplin consens cu unele opinii ale doctrinei și cu practica din majoritatea țărilor civilizate, crearea **tribunalelor de minori**⁶⁰ în fiecare județ al țării, în care să-și desfășoare activitatea personal juridic specializat⁶¹ în cauzele cu minori și cunoașterea fenomenului delinvenței juvenile, în conformitate cu art.37, alin.(1) din legea 304/2004 care prevede că în domeniile prevăzute de art.36 alin.(3), printre care cauzele cu minori și familie, se pot înființa tribunale specializate.

Considerăm că agenții de probațiune ar trebui să beneficieze de o dublă jurisdicție, judecând atât cauzele penale, cât și pe cele de ocrotire a copilului⁶², ajungând până la a lua măsuri și cu privire la părinții care nu-și îndeplinesc obligațiile legale față de proprii lor copii.

În perspectivă, susținem că ar fi utilă scoaterea instituțiilor pentru minori din subordinea sistemului de justiție și instituirea unui Avocat al tinerilor⁶³, care să se ocupe de protecția drepturilor acestora și de facilitarea unor măsuri și proceduri de reconciliere între tinerii delinvenți și victimele lor, această practică fiind implementată, după cum am mai subliniat, în multe state europene.

De asemenea susținem schimbarea abordării actului de justiție, în sensul că acesta trebuie să se concentreze pe minorul faptuitor și pe procesul de reintegrare a lui în societate, și nu pe fapta în sine și pe pedepsirea celui care a comis-o, desigur fără a diminua importanța acestora în cazurile specifice.

Nu în ultimul rând susținem și necesitatea existenței unor puternice strategii de prevenire a infracționalității juvenile primare și secundare, însoțite de dezvoltarea unor programe concrete care să fie implementate prin colaborarea cu diverse instituții locale precum: școala, consiliul local, poliția, Direcția pentru protecția copilului, biserica, precum și identificarea unor soluții pentru reducerea cazurilor în care minorii lipsiți de răspundere penală sunt utilizați de majori pentru comiterea de infracțiuni.

S-a dovedit de-a lungul timpului că încercările de reformă a dreptului penal în general și a justiției pentru minori în special sunt manevrate de o anumită inerție a sistemului represiv, care de cele mai multe ori include închisoarea, încat cu greu își fac loc soluții prin care sistemul punitiv să devină mai nuanțat și mai corespunzător realității. Considerăm că odată cu intrarea în vigoare a Noului cod penal care renunță la sistemul sancționator mixt, orientându-se în principal pe aplicarea măsurilor educative, țara noastră va înregistra un progres în ceea ce privește flexibilizarea actului de

⁵⁹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.576 din 29.06.2004, cu modificările ulterioare

⁶⁰ În țară există un singur asemenea tribunal: "Tribunalul pentru Minori și Familie Brașov", iar în cadrul Tribunalelor și Curților de Apel funcționează secții sau, după caz, complete specializate pentru cauze cu minori și de familie, a se vedea legea 304/2004, privind organizarea judiciară, republicată

⁶¹ În acest sens Consiliul Superior al Magistraturii a organizat Pregătirea specializată a magistraților pentru cauzele cu minori prin măsura 6.3.1. cuprinsă în "Planul de acțiune pentru implementarea Strategiei de reformă a sistemului judiciar pentru perioada 2005-2007", aprobată prin Hotărârea Guvernului nr.232/01.04.2005

⁶² Asemeni sistemului juridic din Anglia

⁶³ Care să își desfășoare activitatea pe lângă Avocatul Poporului, instituție existentă în țara noastră

justiție în materie de minori, însa acest demers nu va putea fi dus la bun sfârșit dacă nu se vor naște și alte reforme în domeniul legislativ, bazate pe realitățile societății și care să țină cont de situația actuală caracterizată printr-o creștere alarmantă a fenomenului delincvenței juvenile pe o linie din ce în ce mai scăzută în ceea ce privește eficiența prevenirii, combaterii și reintegrării minorului, care din terțe cauze a înțeles să adopte un comportament antisocial, orientat spre comiterea de fapte ilicite.

În opinia noastră perfecționarea legislației privitoare la minori reprezintă în acest context, o cerință care se adresează întregii societăți nu numai organelor legislative.

Prin umanizarea sistemului sancționator nu trebuie să se înțeleagă, lipsa de umanism față de victime sau potențiale victime și nici ignorarea sentimentului de insecuritate pe care îl pot genera aplicarea actelor de clemență sau a unor sancțiuni mai blânde. Acest lucru trebuie să se realizeze prin intermediul adoptării unor norme juridice care să răspundă nevoii de ordine socială, dar care să asigure un parcurs echilibrat al societății, în spiritul respectării drepturilor și libertăților cetățenești.

Referințe bibliografice:

- Ion Pitulescu, *Delincvența juvenilă*, Ed. Academiei de Poliție, 1995
- Gheorghe Nistoreanu și Costică Paun, *Criminologie*, Ed. Didactică și pedagogică, 1994
- Tudor Amnza, *Tratat de teorie și politică criminologică*, Ed. Lumina Lex, 2002
- Iulian Teodorescu, *Minoritatea în fața legii penale-studiu statistic de legislație comparată*, Ed. Alex Th. Doicescu, 1928.
- Ion Tanoviceanu, *Curs de drept penal vol I*, Bucuresti, 1912
- Ortansa Brezeanu, *Din Istoria regimului sancționator al minorului infractor II*, Revista de drept penal, Anul IX, nr. 4, Octombrie-Decemberie 2002
- V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, S. Petrovici, *Modificările aduse codului penal si de procedura penală prin actele normative din anii 1956-1960*, București, Editura Academiei, 1962
- Florin Streteanu, *Tratat de drept penal-parte generală-vol. I*, Ed. All Beck, București, 2008
- Ortansa Brezeanu, *Din Istoria regimului sancționator al minorului infractor III*, RDP, Anul X, nr. 5, Ianuarie-Martie, București 2003
- Ilie Pascu, *Drept penal partea generală*, Ed. Europa Nova, București 2002
- C. Bulai, *Manual de drept penal, Partea generală*, Ed. All, București, 1997
- Traian Dima, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2007
- V. Dongoroz, *Explicații teoretice, vol. II*, București
- Mihai Adrian Hotca, *Noul Cod penal și Codul penal anterior*, Ed. Hamangiu, București 2009
- Ortansa Brezeanu, *Minorul și legea penală*, Ed. All Beck, Buc. 1998
- Gheorghe Nistoreanu și Alexandru Boroi, *Drept penal partea generală*, Ed. All Beck 2002
- Carol Nesseldere, *Dreptul penal al minorilor: manual in legaătură cu ocrotirea și modul de salvare al copiilor parasiți, neglijați și al minorilor delincvenți, cu activitatea instituțiilor de bine-facere a Domnilor preoți, învățători, profesori, avocați, medici, primari, notari și a tuturor colaboratorilor ca organe benevole ale instanțelor judecătorești*-Oradea, Tipografia și litografia românească, 1928
- Iorgulescu Georgiana, *Practici si norme privind sistemul de justiție juvenilă în România*, Buc., Unicef, 2005
- Costică Bulai, Constantin Mitrache, Cristian Mitarache, Lavinia Lefterache, *Drept penal român partea generală-Culegere de probleme din practica judiciară pentru uzul studenților*, ediția a V-a revazută și adăugită, Ed. Universul juridic, Buc., 2008
- Matei Basarab, *Drept penal partea generală*, Editura Fundatiei Chemarea, Iasi, 1995
- Matei Basarab, Matei Mircea Basarab, *Reflecții asupra unor măsuri educative*, RDP, Buc., 2002
- Alexandru Boroi, Georgeta Ungureanu, *Sistemul sancționator al minorilor, într-o viziune europeană*, RDP, Buc. 2002.
- Codul penal

SITE-uri:

- www.echr.coe.int
- www.jurisprudenta.info
- www.jurindex.ro
- www.scj.ro

DIMENSIUNEA JURIDICĂ A PRINCIPIULUI „MITIOR LEX” ÎN SISTEMUL PENAL ROMÂNESC

Corina Alexandra VOICULESCU *

Abstract

In the science of criminal law, we can see that criminal laws are active, they apply only for they are in force. Most often, when a law comes into force without being exploited, founds a number of social relationships or legal relations which arose under an old law and who are to receive a settlement under the new law as giving birth to transitional situations that are sometimes considered as „conflict of laws in time”. Such situations determine the simultaneous existence of two or more laws that regulate the same legal situation, claiming a concrete and comparative analysis of them following to settle the most favorable criminal law in their sequence in time.

Cuvinte cheie: lege mai favorabilă, principiu, situații tranzitorii, retroactivitate, dezincriminare

I. Considerații introductive

Tema examinată în această lucrare continuă să prezinte și în momentul de față o importanță atât teoretică, dar mai ales practică deoarece și în prezent se pune problema intrării în vigoare a legilor, dacă ele retroactivează sau nu în situația dezincriminării anumitor fapte și care lege este mai favorabilă în cazul când ele sunt succesive.

Doctrina și jurisprudența au contribuit în mod esențial de-a lungul timpului la elucidarea problemelor ivite în legătură cu aplicarea legilor penale în timp. Aceste probleme sunt guvernate de anumite principii, dezvoltarea lor realizându-se treptat de-a lungul timpului, fiind mai întâi recunoscute prin cutuma, pentru ca apoi să fie consacrate în coduri de legi. În prezent principiile aplicării legii penale în timp sunt prevăzute în Constituțiile mai multor state printre care și România, devenind astfel obligatorii. Principiile care guvernează aplicarea legii penale în timp sunt menite să dea soluții problemelor de interacțiune a timpului cu faptele infracționale, adică să determine legea penală aplicabilă.

Dintre preceptele care guvernează aplicarea legii penale în timp și care sunt consacrate în legislația penală română, prin subiectul lucrării este tratată în mod special analiza principiului mitior lex sau principiul aplicării legii penale mai favorabile. Principiul presupune nașterea unor situații tranzitorii ce determină existența concomitentă a două sau mai multe legi care reglementează distinct aceeași situație juridică, urmând a se stabili legea penală mai favorabilă în succesiunea lor în timp.

Intrarea în vigoare a unei legi poate găsi neepuizate o serie de raporturi juridice născute sub imperiul altei legi, care necesită soluționare sub imperiul legii în vigoare, lucru ce admite faptul că trebuie să avem în vedere atât momentul când s-a născut raportul de drept penal, cât și momentul când acest raport și-a epuizat efectele.

Raportul juridic penal este o relație care se stabilește între stat și persoana care săvârșește o faptă prevăzută de legea penală, în care părțile au calități, poziții, drepturi și obligații corelative cu privire la tragerea la răspundere penală și, respectiv, la răspunderea penală a faptuitorului.¹ Frecvența situațiilor tranzitorii provocată de o legiferare abundentă datorită ritmului accelerat al evoluției

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; e-mail corina_voiculescu22@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr Mircea-Constantin Sinescu

¹ Basarab, Matei, Drept Penal (Partea generală), vol. 1, Editura Fundației "Chemarea" Iași, 1992, p. 21-22

sociale din țara noastră începând cu sec. XX, a fost de natură să ofere doctrinei și practicii judiciare un întins câmp de activitate în materia aplicării legilor în timp.

Principiul aplicării legii penale mai favorabile este un principiu constituțional întrucât este înscris în art. 15, alin(2) din Constituția României care prevede că legea dispune numai pentru viitor „cu excepția legii penale mai favorabile”. Din aceste prevederi ale legii fundamentale a României rezultă importanța deosebită a principiului și, totodată, faptul că toate dispozițiile din legea penală trebuie să fie conforme, pentru a putea fi aplicate, cu prevederea constituțională în materie.

A fost consacrat acest principiu special ținându-se seama de principiul legalității pedepsei întrucât, dacă s-ar aplica pedeapsa mai severă prevăzută de legea veche care nu mai este în vigoare, nu ar avea temei legal, iar dacă s-ar aplica legea nouă care prevede o pedeapsă mai severă, infractorii

În codul penal principiul aplicării legii penale mai favorabile este prevăzut în art. 13-15, care constituie sediul materiei. Articolul 13 C. Pen. se referă la situația când de la data săvârșirii infracțiunii și până la judecarea definitivă a cauzei a intervenit una sau mai multe legi succesive, iar art. 14-15 C. Pen., reglementează aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive, fie că nu au fost executate sau că au fost executate.

II. Noțiunea de situații tranzitorii

În privința aplicării legii penale în timp, activitatea legii penale constituie regula, întrucât soluționează raporturile de drept penal născute și stinse în perioada cât este în vigoare. Legile penale nu sunt nici retroactive, nici ultraactive. Aceasta este situația normală, obișnuită când fapta este săvârșită sub o lege și condamnarea este aplicată, executată și își produce toate consecințele sub aceeași lege, adică raportul juridic penal începe și își epuizează toate efectele sub una și aceeași lege. Cel mai adesea însă, atunci când o lege intră în vigoare găsește neepuizate o serie de relații sociale sau raporturi juridice născute sub imperiul unei legi vechi și care urmează să primească o soluționare sub imperiul legii noi.²

De asemenea, mai există situații în care raportul penal continuă să ființeze sub una sau mai multe legi, intrate în vigoare ulterior abrogării legii vechi. Ceea ce caracterizează noua lege intrată în vigoare este faptul că, spre deosebire de legea sau legile anterioare, prevede condiții diferite de incriminare sau de tragere la răspundere penală a făptuitorilor, modalități diferite de sancționare sau pedepse al căror quantum este diferit sub aspectul minimumului sau maximumului special, ori cuprinde dispoziții noi cu privire la reglementarea unor instituții autonome de drept penal.

Asemenea situații au fost examinate uneori sub denumirea de „conflict al legilor în timp”. Denumirea aceasta așa cum s-a remarcat și în literatura de specialitate este improprie, deoarece ideea de conflict al legilor presupune două sau mai multe legi în vigoare, care își dispută incidența în reglementarea aceleiași situații defapt, în timp, în cazul succesiunii legilor, una din legi este aprobată, iar faptele nejudicate până la abrogarea ei urmează să fie judecate sub legea nouă, singura în vigoare. Astfel prin noțiunea de situație tranzitorie se înțelege „situația care se creează prin succesiunea unei sau unor legi penale prin care se reglementează aceeași situație de apărare socială, incriminând și sancționând aceleași fapte, în condiții diferite, iar faptele concrete săvârșite nu sunt judecate definitiv înainte de abrogarea legii în vigoare la data săvârșirii lor, din care cauză urmează a fi urmarite și judecate în timpul cât este în vigoare o lege penală nouă.”

III. Aplicarea principiului mitior lex

1. Principiul aplicării legii mai favorabile în ipoteza faptelor nedefinitiv judecate

Principiul este consacrat în art. 13, C. Pen. și vizează numai situația când se succed două sau mai multe legi penale între momentul săvârșirii infracțiunii și data judecării definitive a cauzei. Deci,

² Barbu, Constantin, *Aplicarea legii penale în spațiu și timp*, Editura Științifică, București, 1972, p. 170

fapta comisă este considerată infracțiune atât de legea veche cât și de legea nouă, dar ținându-se cont de faptul că acea cauză nu este definitiv soluționată, art. 13 C. Pen., prevede că într-o asemenea situație urmează să fie aplicată dintre cele două sau mai multe legi cea mai favorabilă. Pentru a se stabili care dintre cele două legi urmează să fie aplicată faptei săvârșite sub legea veche, dar judecata sub legea nouă au fost formulate mai multe teorii cu privire la determinarea legii penale aplicabilă în situații tranzitorii.

2. Teorii privitoare la determinarea legii penale aplicabile în situații tranzitorii.

Așa cum s-a arătat în cele menționate anterior, în situații tranzitorii nu este aplicabil principiul incidenței legii penale active. Era deci necesară formularea altor principii de aplicare a legii penale în astfel de situații, principii pe baza cărora să se determine care dintre legile succesive trebuie să fie aplicată. În acest sens au fost formulate mai multe teorii, pe baza cărora au existat mai multe discuții, și anume dificultatea a constat în a stabili care din cele două legi extraactivează.

a) Conform unui punct de vedere, în cazul situațiilor tranzitorii, determinate de succesiunea legilor penale, este aplicabilă întotdeauna legea din momentul în care a fost săvârșită infracțiunea. Această părere, cunoscută în doctrina și sub numele de „teorie a ultraactivității legilor penale”, are la bază conceptul de drepturi câștigate și faptul că regula neretroactivității legilor trebuie riguros respectată. Teoria a fost întemeiată pe percepțiile dreptului roman care stipulau că dacă s-a săvârșit o infracțiune sub legea veche mai aspră, această situație trebuie să se aplice făptuitorului întrucât a dat dovadă de mare temeritate.

Părerea nu a ținut seama de principiul legalității infracțiunii și al pedepsei, întrucât în cazul în care legea nouă este mai blândă, răspunderea mai severă din legea veche nu are suport legal și în altă ordine de idei, nu a avut în vedere faptul că legea nouă intrată în vigoare este mai bună decât legea anterioară, deoarece presupune că aceasta corespunde mai bine necesității luptei împotriva infracțiunilor. În plus, argumentul drepturilor câștigate nu este întemeiat, pentru că în legătură cu infracțiunea nu se poate susține că există drepturi câștigate.

b) O altă teorie, zisă a retroactivității susține o teză contrară și anume că, în situații tranzitorii, trebuie să se aplice totdeauna legea nouă, care retroactivează. Teoria este întemeiată pe faptul că la soluționarea raportului penal, aceasta trebuie avută în vedere totdeauna, deoarece exprimă cel mai bine condițiile de tragere la răspundere penală. Aceasta reprezintă de fapt, reversul primei păreri. În plus, susținătorii acestui punct de vedere au mai luat în considerare și faptul că principiul legalității se referă numai la incriminarea faptei, nu și la pedeapsă, astfel că aceasta poate fi oricând modificată de legiuitor. Nici această părere nu putea fi acceptată pentru că înfrânge principiul legalității care privește și pedepsele și răspunderea penală.

c) Conform părerii dominante în cazul de succesiune a legilor penale, din cele două legi, cea abrogată și cea în vigoare, se va aplica aceea care este mai favorabilă infractorului.

Așa cum arată profesorul V. Dongoroz „dacă legea mai favorabilă este legea veche, ea ultraactivează, aplicându-se chiar și după ieșirea sa din vigoare faptelor infracționale săvârșite sub imperiul acelei legi; dimpotrivă, dacă legea mai favorabilă este legea nouă, ea retroactivează, aplicându-se și faptelor infracționale săvârșite sub imperiul legii vechi.”³

Extraactivitatea legii penale își găsește rațiunea în principiul „nullum crimen et nulla poena sine lege”. Aplicarea legii mai favorabile infractorului înlătură neajunsurile celorlalte opinii corespunzând nevoilor de apărare socială, întrucât fapta nu rămâne nesancționată, indiferent care din cele două legi se aplică, iar pentru infractor este legea care îi conferă cea mai favorabilă situație.

³ Dongoroz, Vintilă și colab., Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea generală, Vol. I, Ediția a II a, Editura Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003, p. 69

3. Determinarea legii penale mai favorabile

Legea nu prevede criteriile după care să fie determinată legea mai favorabilă. Astfel că, alegerea legii mai favorabile infractorului presupune examinarea tuturor condițiilor și elementelor care pot influența pozitiv situația concretă a acestuia.⁴ Trebuie să se țină seama nu numai de cuantumul și conținutul pedepsei, ci și de toate normele penale care își pot găsi aplicarea în cazul de speță, precum: pedepse accesorii și complementare, influența circumstanțelor atenuante și agravante, normele privitoare la participare, recidivă, tentativă, condiții de responsabilitate etc.

În cursul său, profesorul V. Dongoroz a analizat și reprezentat situațiile mai frecvente, situații care pot fi considerate drept criterii de determinare a legii penale mai favorabile.

3.1. Dacă dintre legile succesive numai una incriminează fapta, legea mai favorabilă este aceea care nu o incriminează⁵. Astfel, dacă incriminarea apare pentru prima dată în legea nouă (incriminare ex novo), aceasta nu retroactivează. O astfel de incriminare „ex novo” se găsește în art. 191 din C. Pen. de la 1969, care prevede infracțiunea de supunere la muncă forțată și obligatorie (C. Pen. din 1936 nu prevede o asemenea infracțiune). Dacă, dimpotrivă, legea veche sub imperiul căreia a fost săvârșită fapta, o incriminează, iar legea nouă nu cuprinde incriminarea (abolitio criminis), legea nouă retroactivează, iar fapta nu mai poate fi sancționată. Sub acest aspect, spre deosebire de C. Pen. anterior, C. Pen. din anul 1969, prevede în art. 221 ca infracțiunea de tănuire săvârșită de o persoană, devenită rudă apropiată prin înfiere cu inculpatul, nu se pedepsește. Dacă o asemenea persoană ar fi fost trimisă în judecată sub regimul codului anterior, iar judecata ar fi avut loc după intrarea în vigoare a legii noi, instanța nu putea continua procesul penal, ci trebuia să pronunțe încetarea acestuia. Odată cu intrarea în vigoare a legii noi încetează executarea pedepselor, a măsurilor educative și a măsurilor de siguranță pronunțate în baza legii vechi și încetează, de asemenea, toate consecințele penale decurgând din hotărârile pronunțate în baza legii vechi.

3.2. a) Când însă legile succesive incriminează ambele, fapta este necesară, realizarea unei analize comparative a acestora, analiză ce presupune verificarea condițiilor de incidență ale celor două legi, respectiv observarea condițiilor de urmărire penală sau de exercitare a acțiunii penale. În acest sens au fost considerate mai favorabile dispozițiile cuprinse în art. 195 din C. Pen. de la 1969 față de art. 501 din C. pen. anterior(1936), care nu prevedea că pentru infracțiunea de violare a secretului corespondenței era necesară plângerea prealabilă a persoanei vătămate. În lipsa unei astfel de plângeri, acțiunea penală nu se putea pune în mișcare.

În conformitate cu prevederile art. 5 alin.(2) C. Pen., punerea în mișcare a acțiunii penale pentru infracțiunile prevăzute în alin.(1) al aceluiași articol (principiul realității legii penale) se face numai cu autorizarea prealabilă a procurorului general. Această procedură prevăzută în actualul cod penal este considerată mai favorabilă decât cea din art. 10 din C. Pen. din anul 1936, deoarece nu cuprinde o astfel de dispoziție.

b) Dacă dintre legile penale succesive, una subordonează existența infracțiunii de îndeplinirea unei condiții pe care cealaltă lege nu o prevede, legea mai favorabilă este legea care prevede acea condiție.

Anterior C. Pen. din 1969, prin art. 280 era incriminată infracțiunea de corupere de martori care se putea realiza „prin orice mijloace”. Legea nouă intrată în vigoare este mai favorabilă din acest punct de vedere, întrucât încercarea de a determina mărturia mincinoasă, cum a fost denumită fapta (art. 261), pentru a constitui infracțiune trebuie să fie comisă prin „constrângere sau corupere”

În cazul furtului, potrivit art. 525, pct. 1 lit. C, C. Pen. anterior (1936), infracțiunea era calificată dacă sustragerea a fost săvârșită pe câmp, iar bunul era animal, unealtă etc. Conform legii noi (art. 209, C. Pen. aflat în vigoare), furtul calificat nu mai prevede o astfel de agravantă și din această cauză este considerată mai favorabilă.

⁴ Diaconescu, Horia și colab., *Timpul și legea penală*, Editura CH Beck, București, 2007, p.73

⁵ Dongoroz, Vintilă și colab., *op. cit.*, p. 69

3.3. Dacă din analiza comparativă niciuna din cele două legi penale succesive nu conține vreun caz care să înlăture incidența acestor legi și deci să împiedice punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale ori să apere de pedeapsă, atunci vor fi analizate sancțiunile prevăzute de cele două legi. În această situație va fi considerată ca fiind mai favorabilă legea care prevede o sancțiune mai blândă în raport cu cauza concretă și de instituțiile de individualizare a pedepsei care ar funcționa în această cauză (circumstanțe atenuante și agravante, suspendarea condiționată a executării pedepsei, etc).⁶ Astfel, infracțiunea de delapidare savarșită în anumite condiții prevăzută în art. 236 alin.(2) din C. Pen. din 1936 (în redactarea dată prin Decretul nr. 192 din 5 august 1950) era sancționată prin menționatul text cu pedeapsa muncii silnice de la 5 la 15 ani, fără a se putea acorda circumstanțe atenuante, în timp ce ca urmare a modificării aduse prin Decretul nr. 79 din 9 aprilie 1952, pedeapsa prevăzută de art. 236 alin(2), era munca silnică de la 5 la 25 de ani, dar fără interdicția acordării de circumstanțe atenuante.

În încercarea de a stabili anumite reguli pentru determinarea legii mai favorabile după condițiile de sancționare, au fost propuse diferite sisteme, luându-se în considerare în primul rând maximul special al pedepselor. Prin urmare va fi mai blândă legea care prevede un maxim special pentru pedeapsă mai coborât. „Dacă pentru aceeași infracțiune ambele legi prevăd pedepse privative de libertate cu un maxim special identic, legea mai favorabilă va fi aceea care prevede un minim special mai mic.”⁷

Între legile penale succesive care prevăd pedepse de aceeași natură (spre ex., numai închisoarea sau numai amenda) mai favorabilă este legea care conduce în concret, după ce s-au reținut toate agravările sau atenuările susceptibile a fi aplicate, la o pedeapsă de o durată mai redusă.

Dacă pedepsele prevăzute în legile succesive sunt asimetric deosebite (una prevede, spre ex., închisoarea de 1 la 4 ani, iar cealaltă prevede închisoarea de la 2 la 6 ani), legea mai favorabilă va fi, după caz, una sau cealaltă dintre legi, după cum instanța se va orienta în concret spre maximul sau minimul pedepsei.

Având în vedere cele menționate anterior, trebuie amintit faptul că legea mai blândă nu se stabilește apriori, ci se determină în raport cu cazul concret, dedus judecării, fiind mai favorabilă legea care conduce la o situație mai avantajoasă pentru inculpat.

O problemă mult discutată, care s-a pus în practica judiciară, a fost dacă fapta comisă trebuie să fie incriminată ca aceeași infracțiune sau nu, în toate legile succesive?

După adoptarea Constituției din anul 1991, dispozițiile din Codul penal referitoare la infracțiunile contra avutului obștesc, prevăzute în Titlul IV, au fost considerate abrogate parțial, potrivit art. 150 alin.(1) din legea fundamentală, acestea rămânând să se aplice doar în privința bunurilor care fac parte din proprietatea exclusivă a statului.

Curtea Constituțională s-a pronunțat și ea în acest sens, prin Decizia nr. 1/7.09.1993.⁸ La fel și practica judiciară. Astfel, prin sentința penală nr. 242 din 8 iunie 1995 a judecătoriei Calafat, Inculpatul S.M. A fost condamnat, între altele, la 3 ani și 2 luni închisoare pentru infracțiunea de înșelăciune în paguba avutului public, prevăzută de art. 215 alin.(2) raportat la art. 229 alin.(1) C. Pen., iar în baza art. 33 lit. a și art. 34 lit.e C. Pen., s-a dispus să se execute pedeapsa cea mai grea de 1 an și 2 luni închisoare.

S-a reținut că inculpatul, lucrător comercial la S.C. „Industrial-Conserv” S.A. Calafat, cu atribuții de casier, prin falsificarea pontajelor, și-a însușit suma de 61.344 lei.

⁶ Dima, Traian, Drept Penal, Partea Generală, Ediția a-II-a, Editura Humangiu, 2007, p. 117

⁷ Decizia nr. 3007, din 30 mai 1970 a secției penale a Tribunalului Suprem (nepublicată), citată de A. Dincu, în Drept penal, Partea generală, vol. 1, București, 1975, p. 60

⁸ Decizia Plenumului Curții Constituționale nr.1 din 7 septembrie 1993 privind dispozițiile Codului penal referitoare la avutul obștesc în contextul prevederilor constituționale despre proprietate, Publicare: Monitorul Oficial nr.232 din 27.09.1993

Apelul și recursul inculpatului au fost respinse. Împotriva acestor hotărâri a declarat recurs în anulare, procurorul general al Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție susținând că instanțele au dat o încadrare juridică gresită faptelor inculpatului de a-si fi însușit banii cuvenii salariilor, în sensul că fapta sa constituie infracțiune de gestiune frauduloasă, prevăzută în art. 214 C. Pen. și nu infracțiunile de înșelăciune în paguba avutului public și delapidare.

Curtea Supremă de Justiție a admis recursul în anulare și schimbând încadrarea juridică a faptelor din art. 215 alin.(2), rap. la art. 229, alin.(1) C. Pen. și art. 223 alin.(1) C. Pen., într-o singură infracțiune, prevăzută de art. 214 C. Pen., cu aplicarea art. 13 C. Pen., l-a condamnat pe inculpat la 1 an închisoare. Curtea a reținut că fapta inculpatului de a-și însuși, prin falsificarea documentelor contabile sumele de bani cuvenite salariilor și de a pricinui cu rea credință prejudiciul în suma de 61.344 lei societății comerciale care nu administrează bunuri din cele prevăzute de art. 135 din Constituția României, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de gestiune frauduloasă prevăzută de art. 214 C. Pen., nicidecum ale infracțiunii de înșelăciune și de delapidare.

În cazul celorlalte infracțiuni prevăzute de Titlul IV amintit anterior, instanțele au schimbat încadrarea juridică în infracțiunile corespunzătoare prevăzute de Titlul III al Codului penal modificat și făcând aplicarea art. 13 C. Pen., i-au condamnat pe inculpați în baza acestei legi mai blânde.

Alte instanțe au hotărât că în asemenea cazuri (în speță fiind vorba de infracțiune de delapidare săvârșită anterior Constituției din 1991, prevăzută de art. 223 alin.(3) C. Pen.), dacă nu s-a pronunțat o hotărâre de condamnare definitivă până la apariția Legii nr.140/1996 de modificare a Codului penal, instanțele trebuie să schimbe încadrarea juridică în infracțiunea prevăzută de art. 215/1 alin.(2) C. Pen., cu aplicarea art. 13 C. Pen. și să-l condamne pe inculpat în baza respectivului text de lege. Aceasta întrucât prin modul reglementării infracțiunii de delapidare se atestă faptul că legiuitorul nu și-a însușit teza potrivit căreia, art.223 C. Pen. a fost abrogat prin efectul punerii în aplicare a Constituției din 1991. Dacă și-a însușit această teză legiuitorul ar fi abrogat-o odată cu aplicarea Constituției.

Este incontestabil faptul că Titlul IV al Codului penal trebuie considerat abrogat parțial prin Constituția României ca urmare a necesității adaptării legislației penale din țara noastră la noile realități socio-economice de după schimbarea regimului politic și ocrotirii în egală măsură a proprietății, indiferent dacă aparține statului sau unor persoane fizice, dar este evident că fapta de sustragere de bunuri de către administratorul acestora (care și anterior modificării Codului penal răspundea pentru delapidare) nu a fost dezincriminată.

Conform celor afirmate de profesorul Dongoroz în lucrarea sa „Explicații teoretice ale Codului penal român”, între aplicarea principiului extraactivității legii mai favorabile în cazul când legea nouă intervine *înainte* de judecarea definitivă a cauzei (situație reglementată prin art. 13) și aplicarea aceluiași principiu atunci când legea nouă intervine după ce hotărârea de condamnare a rămas definitivă (situație reglementată prin art. 14 și 15), există unele deosebiri.

În prima ipoteză- adică atunci când legea nouă intervine după judecarea definitivă a cauzei- extraactivitatea legii mai favorabile poate privi fie legea veche (care, în acest caz, ultraactivează), fie legea nouă (care, în acest caz, retroactivează), pe când în a doua ipoteză- adică atunci când legea nouă intervine după judecarea definitivă a cauzei- extraactivitatea legii mai favorabile poate privi numai legea nouă (care retroactivează).

În al 2-lea rând, în cazul când legea nouă intervine înainte de judecarea definitivă a cauzei, criteriile pentru determinarea caracterului „mai favorabil” sunt multiple: cuantumul sau conținutul pedepselor, condițiile de incriminare, cauzele care exclud sau înlătură responsabilitatea, influența circumstanțelor atenuante și agravante, normele privitoare la participare, tentativa și recidiva etc. Atunci însă când legea nouă intervine după judecarea definitivă a cauzei, pentru determinarea caracterului „mai favorabil” se are în vedere numai cuantumul și conținutul pedepsei (mitior poena).

III. Reguli de aplicare a principiului „mitior lex”

În folosirea criteriilor de determinare a legii mai favorabile trebuie respectate anumite reguli care asigură realizarea deplină și corectă a principiului „mitior lex”. Una dintre aceste reguli privește aplicarea în exclusivitate a uneia dintre legile succesive, făcând abstracție de celelalte.⁹

Dintre cele două sau mai multe legi trebuie să se aleagă aceea care se dovedește mai favorabilă, în care scop criteriile de determinare a acestei legi se vor verifica pe rând, în raport cu fiecare dintre legile succesive. Corolarul acestei reguli este inadmisibilitatea combinării dispozițiilor mai favorabile cuprinse în legile succesive și a creării, în acest fel, a unei alte legi (*lex tertia*) care să se aplice în situații tranzitorii. Ca teză de principiu putem spune că în prezent, nu există la noi niciun autor care să admită combinarea dispozițiilor dintre cele două legi întrucât argumente puternice pledează în favoarea acestei opinii.¹⁰

– dacă judecătorul ar combina dispozițiile dintre cele două legi, ar crea pe cale de interpretare o *lex tertia*, devenind astfel și legiuitor;

– prin această combinare s-ar putea crea inculpatului o situație mult mai favorabilă decât dacă ar fi fost judecat în timpul legii vechi, ori ar fi comis fapta sub imperiul legii noi, adică dacă ar fi trebuit să i se aplice în exclusivitate una dintre cele două legi succesive;

– prin combinarea dispozițiilor celor două legi care se exclud, s-ar putea înfrânge principiul indivizibilității legilor; constituind o unitate organică, o lege reprezintă un tot unitar care nu poate fi fragmentat pentru a se adăuga sau înlătura ceva din cuprinsul său;

– normele care reglementează extraactivitatea legii penale (art. 11-15 C. Pen.) nu admit combinarea legilor succesive decât în cazuri excepționale, expres reglementate și care privesc măsurile de siguranță, modul de executare al pedepselor și pedepsele privative de drepturi; în rest, adică în principiu, o astfel de combinare nu este admisă. Mai mult aceste norme vorbesc de lege, iar nu de dispoziții cuprinse în aceasta¹¹.

Aceste considerente deduse din voința legiuitorului, au condus la stabilirea principiului inadmisibilității combinării dispozițiilor din legile succesive cu prilejul aplicării lor în timp.

1. Cazul infracțiunilor continue, continuate și de obicei (*obișnuință*)

O situație care se cere a fi examinată este aceea a infracțiunilor continue, continuate și de obicei, atunci când actele materiale care compun infracțiunea nu au fost epuizate sub o singură lege, adică respectivele infracțiuni au fost începute sub o lege și prelunghite sub o lege nouă. Într-o asemenea situație, întrucât pentru aplicarea legii noi este suficientă activitatea ilicită a infractorului manifestată sub această lege, nu se mai pune problema aplicării legii mai favorabile, ci se aplică întotdeauna legea nouă.¹²

La infracțiunile continuate faza executării se prelungește cu fiecare nouă repetare a acțiunilor (inacțiunilor) de același fel. Momentul consumării infracțiunii continuate coincide cu momentul în care toate condițiile cerute în cazul acestui tip de infracțiune sunt întrunite. Practic, acest moment se realizează o dată cu efectuarea celei de-a doua acțiuni/inacțiuni din componența infracțiunii continuate.¹³

În cazul infracțiunilor continue și de obicei, pentru realizarea laturii obiective este nevoie, fie să existe o prelungire în timp (infracțiunile continue), fie o repetare a unor acte care să dovedească obișnuința sau îndeletnicirea.

⁹ Bulai, Costică, Manual de drept penal: partea generală, Editura All, p.137

¹⁰ Barbu, Constantin, op.cit., p. 191

¹¹ Barbu, Constantin, op. cit., p. 191

¹² Dongoroz, Vintilă și colab., op. cit., p. 72

¹³ Dima, Traian, op. cit., p. 256

O dată stabilit momentul săvârșirii infracțiunilor, va putea fi determinată și legea care se aplică acestora prin raportarea lor la durata de timp în care legea este în vigoare. Drept urmare, când actele de executare au început sub imperiul unei legi și s-au prelungit sub al alteia, se va aplica întotdeauna ultima lege (legea nouă) întrucât momentul săvârșirii infracțiunii se situează în perioada de timp în care această lege era activă (în vigoare). Tot această lege se va aplica și în cazul în care prin dispozițiile ei s-au reglementat alte modalități de comitere, s-a schimbat calificarea faptei ori sancțiunea prevăzută pentru aceasta.

În ceea ce privește infracțiunile de obicei, dacă dintre actele constitutive ale obișnuinței, unele au fost săvârșite sub legea veche și aceasta nu le incrimina, aceste acte nu pot fi pedepsite și ca atare nu pot fi luate în considerare pentru stabilirea existenței elementelor infracțiunii. Astfel, de exemplu, în cazul infracțiunii de practicare a cesetoriei, cât și în cazul infracțiunilor de vagabondaj, incriminate prin art. 338, respectiv art. 339 C. Pen. din 1937 (ambele texte introduse în C. Pen. din 1937 prin Decretul nr. 324 din 16 iulie 1957), întrucât pentru existența acestor infracțiuni erau necesare actele săvârșite anterior Decretului nr. 324/1957, nu puteau fi luate în considerare pentru stabilirea existenței elementelor infracțiunii.¹⁴

2. Cazul pedepselor complementare și accesorii

Dificultăți în determinarea legii mai favorabile pot să apară în legătură nu numai cu pedepsele principale, ci și cu pedepsele complementare care însoțesc pedepsele principale. Modalitatea de aplicare a pedepselor complementare este prevăzută în art. 13, alin.(2), și anume: „Când legea anterioară este mai favorabilă, pedepsele complementare care au corespondent în legea penală nouă se aplică în conținutul și limitele prevăzute de aceasta, iar cele care nu mai sunt prevăzute în legea penală nouă nu se mai aplică.” Codul penal anterior nu cuprindea nicio dispoziție cu privire la aplicarea legii mai favorabile în privința pedepselor complementare.

Din felul în care este redactat art. 13, alin.(2), rezultă că pedepsele complementare nu constituie criteriul de determinare a legii mai favorabile. Ele sunt considerate în raport cu legile succesive ca având o poziție proprie, distinctă de a pedepselor principale.¹⁵

În legătură cu pedepsele complementare, semnalăm că alin.(2) al art. 13 din Cod. Pen. aflat în vigoare reglementează două situații, și anume:

a) Dacă legea mai favorabilă este cea veche, se vor aplica pedepsele principale din acea lege, iar pedepsele complementare care au corespondent în legea nouă se vor aplica în conținutul și limitele prevăzute de legea nouă, iar cele care nu mai sunt prevăzute în legea nouă nu se mai aplică. Potrivit art. 65 din Codul penal aflat în vigoare, pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi nu poate fi aplicată decât dacă pedeapsa principală stabilită de instanță, este închisoarea de cel puțin 2 ani. Drept urmare, dacă pentru o faptă săvârșită sub codul anterior, instanța a stabilit o pedeapsă sub 2 ani, nu va putea pronunța pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi, chiar dacă încadrarea faptei s-a făcut în textul din codul anterior, ca fiind legea mai favorabilă și chiar dacă acel text prevedea, în mod obligatoriu, aplicarea acelei pedepse complementare.

b) Dacă legea mai favorabilă este cea nouă, se va aplica atât în privința pedepselor principale, cât și a celor complementare.

Faptul că situația pedepselor complementare a fost prevăzută în titlu privind aplicarea legii penale mai favorabile, a îndreptățit pe unii autori să considere că atât conținutul, cât și limitele prevăzute în legea nouă, implică ideea că acestea sunt mai favorabile decât în legea veche. Aceasta nu înseamnă că art. 13 alin.(2) nu reglementează o situație tipică de retroactivitate, ca în cazul măsurilor de siguranță sau a celor educative, ci o situație de aplicare a legii noi în privința pedepselor

¹⁴ Dongoroz, Vintilă și colab., op. cit., p. 73

¹⁵ Barbu, Constantin, op. cit., p. 238

complementare, numai în situația în care conținutul și limitele acestora sunt mai favorabile decât în legea anterioară.¹⁶

Pentru pedepsele accesorii (art. 71, C. Pen. aflat în vigoare), nu avem în lege o reglementare privind modul lor de aplicare în cazul în care o lege nouă le-a modificat în perioada de la data săvârșirii infracțiunii până la judecata definitivă a acesteia.

Întrucât între pedeapsa accesorie din art. 71 C. Pen. și pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi din art. 65 exista o strânsă asemănare, în literatura juridică s-a ajuns la concluzia că, în lipsa de reglementare, în aplicarea în timp a legii penale în cazul pedepselor accesorii se vor urma aceleași reguli prevăzute pentru pedepsele complementare în art. 13 C. Pen.

3. Cazul legilor temporare.

Aplicarea legilor penale în timp are o reglementare specifică în ceea ce privește legile temporare. În Codul penal nu se găsește o definiție expresă a noțiunii de lege temporară. Ceea ce stipulează însă neîndoielnic este faptul că „legea penală temporară se aplică infracțiunilor săvârșite în timpul cât era în vigoare, chiar dacă fapta nu a fost urmarită sau judecata în acest interval de timp.”¹⁷ Codul penal din 1937 avea o astfel de dispoziție înscrisă în art. 3, alin(2). Spre deosebire însă de Codul penal de la 1937, Codul penal în vigoare nu prevede ce se înțelege prin lege temporară, considerând că această noțiune este o categorie juridică al cărui înțeles este explicat și determinat de doctrină.

Ieșirea din vigoare la termen a unei legi temporare poate găsi de cele mai multe ori fapte infracționale săvârșite în timpul cât legea era în vigoare, dar nedescoperite sau nejudecate încă în momentul abrogării. A se aplica în asemenea cazuri regula legii mai favorabile ar fi primejdios, pentru că ar însemna să rămână nepedepsite tocmai fapte de natura acelor care au determinat intervenirea legii temporare cu sancțiunea pe care o prevedea. De aceea, părerea dominantă în doctrină este că, în cazul legilor temporare, nu trebuie să se aplice regula legii mai favorabile și că legile temporare -în situații tranzitorii- trebuie să supraviețuiască, adică să ultraactiveze¹⁸.

4. Cazul măsurilor de siguranță și al măsurilor educative

În legătură cu aplicarea legii mai favorabile, un aspect deosebit îl prezintă măsurile de siguranță și măsurile educative. Acest aspect este determinat de împrejurarea că – cel puțin teoretic, dacă nu întotdeauna faptic- natura juridică a măsurilor de siguranță, la care se adaugă și natura juridică a măsurilor educative prevăzute pentru minori în Codul penal în vigoare, nu este identică cu cea a pedepselor. Într-adevăr măsurile de siguranță - fie că urmăresc apărarea societății, fie că au ca finalitatea ocrotirea persoanei, fie că sunt destinate a apăra deopotrivă și societatea și persoana infractorului- au, îndeobște, un caracter numai preventiv, nu și represiv. Același caracter îl au și măsurile educative care urmăresc ocrotirea persoanei minorilor.¹⁹

Retroactivitatea legii penale care prevede măsuri de siguranță sau educative este consacrată expres prin dispozițiile art. 12, alin. (2) și art. 14, alin. (4) C. Pen.

Aplicarea retroactivă a legii noi presupune îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

– măsurile de siguranță sau educative continute în legea nouă nu erau prevăzute în legea veche, în vigoare la data săvârșirii infracțiunii, sau erau prevăzute într-un alt conținut;

– atât legea veche, cât și legea nouă sub imperiul căreia se judecă infracțiunea, trebuie să incrimineze fapta săvârșită de inculpat; în caz contrar, își vor găsi aplicabilitatea prevederilor art. 12

¹⁶ Idem, p. 239

¹⁷ Potrivit dispozițiilor art. 16, C. Pen.

¹⁸ Dongoroz, Vintila și colab., op. cit., p. 74

¹⁹ Idem, p. 75

alin.(1) C. Pen. potrivit căroră legea penală nu se aplică faptelor săvârșite sub legea veche dacă nu mai sunt prevăzute ca infracțiuni;

– fapta incriminată a fost săvârșită sub legea veche, dar judecarea ei nu a fost finalizată până la data intrării în vigoare a legii noi.

Ca urmare a retroactivității legii noi măsurile de siguranță sau educative se vor aplica inculpatului chiar dacă a săvârșit fapta înainte de intrarea în vigoare a legii ce prevede astfel de măsuri. Soluția este justificată de scopul măsurilor de siguranță care constă în înlăturarea unor stări de pericol, și, mai mult, în preîntâmpinarea săvârșirii faptelor prevăzute de legea penală. Măsurile de siguranță se vor aplica chiar dacă pedeapsa principală pronunțată este prevăzută de legea veche. După cum s-a arătat în literatura de specialitate retroactivitatea măsurilor de siguranță operează independent de faptul dacă legea aplicabilă în privința incriminării și pedepsei este cea veche sau cea nouă, fiind în prezența unuia dintre cazurile în care s-a admis expres combinarea celor 2 legi succesive.

Măsurile educative sunt sancțiuni de drept penal aplicabile minorilor care au săvârșit infracțiuni și care răspund penal. Față de minorul care răspunde penal se poate lua o măsură educativă sau i se poate aplica o sancțiune. Alegerea uneia dintre aceste sancțiuni se face luând în considerare mai multe criterii care privesc gradul de pericol social al faptei săvârșite, starea fizică, dezvoltarea intelectuală și morală a minorului, comportarea acestuia și orice elemente care caracterizează persoana minorului și ajută instanța sa-și formeze convingerea cu privire la sancțiunea aleasă. Scopul măsurilor educative este de a educa și a reeduca pe minorul care a săvârșit o infracțiune, de a asigura o schimbare în conștiința acestuia pentru respectarea valorilor sociale, prin dobândirea unei pregătiri școlare și profesionale care să- i permită o deplină integrare în viața socială.

Pe de altă parte, retroactivitatea legii penale care prevede măsuri de siguranță sau măsuri educative poate privi situația faptelor definitiv judecate și presupune întrunirea următoarelor condiții:

- fapta a fost săvârșită și judecată definitiv sub legea veche;
- prin hotărârea de condamnare au fost aplicate măsuri de siguranță sau educative;
- aceste măsuri de siguranță sau educative nu au fost încă executate;
- legea nouă nu mai prevede măsurile de siguranță sau educative din legea veche sau le prevede în alt conținut și limite.

În măsura îndeplinirii acestor condiții, măsurile de siguranță sau educative care nu mai sunt prevăzute în legea nouă nu se mai execută, ope legis, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conținutul și limitele prevăzute de lege.²⁰

VI. Aplicarea legii mai favorabile în ipoteza faptelor definitiv judecate

Întrucât principiul legii mai favorabile este prevăzut ca fiind în avantajul infractorului și își găsește justificarea în principiul legalității incriminării faptelor ce constituie infracțiuni și a pedepselor, acțiunea lui se extinde și în ceea ce privește pedepsele definitive. Aplicabilitatea acestui principiu vizează perioada cuprinsă între momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare și momentul executării complete a pedepsei.

Codul penal stabilește în ceea ce privește aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive două ipoteze:

- aplicarea obligatorie a legii mai favorabile consacrată prin dispozițiile art. 14, C. Pen;
- aplicarea facultativă a legii mai favorabile a cărei reglementare se găsește în dispozițiile art. 15, C. Pen.

²⁰ Diaconescu, Horia si colab., op. cit., p. 86

A. Aplicarea obligatorie a legii mai favorabile în cauzele în care s-au pronunțat hotărâri definitive de condamnare

Această situație este reglementată de dispozițiile art.14, C. pen. și prevede cinci situații diferite.

1. Astfel, în cazul în care după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și chiar după executarea pedepsei, este adoptată o lege nouă, iar pedeapsa aplicată de instanță, conform legii vechi, este închisoarea sau amenda care depășește maximumul special prevăzut de legea nouă, ca durată sau quantum, ținând seama de încadrarea juridică dată acțiunii (tentativă, complicitate etc), iar nu de infracțiunea consumată, instanța trebuie să reducă pedeapsa la maximumul prevăzut de legea nouă (art. 14, alin.(1), C. Pen). De exemplu, s-a aplicat pedeapsa închisorii de 4 ani, iar legea nouă prevede maximum 3 ani.²¹

Inculpatul C.T. A fost condamnat la 25 de ani muncă silnică pentru infracțiunea de delapidare, prin sentința penală nr. 665/1958 a fostului Trib. Popular al raionului Radăuți, prevăzută de art. 236, lit. g) C. Pen. în vigoare la acea dată. Inculpatul delapidase suma de 51.679 lei, iar textul art. 236,

lit.g) prevedea că dacă delapidarea comisă are prejudiciul cuprins între 50.000 și 100.000 lei, pedeapsa este de la 15 la 25 de ani. La 1 ianuarie 1969, a intrat în vigoare actualul cod penal, iar art. 215 care incriminează fapta de delapidare nu a mai fost redactat ca în vechea formulare ci a incriminat formele agravate ale delapidării în funcție de consecințele ce s-au produs prin infracțiunea de delapidare, astfel conform art. 215 C. Pen., delapidarea se pedepsește cu închisoare de la 1 la 15 ani. În cazul în care delapidarea a avut consecințe deosebit de grave, pedeapsa este închisoarea de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Inculpatul a făcut o cerere la instanță imediat după intrarea în vigoare a noului Cod penal, solicitând să i se aplice legea penală mai favorabilă. Instanța a admis cererea și, ținând cont de dispozițiile art. 14, alin. (1), a aplicat inculpatului pedeapsa de 15 ani închisoare, deci maximumul special prevăzut de legea nouă care este mai mic decât pedeapsa aplicată de instanță care l-a condamnat inițial.²²

Deci, în situația prevăzută în art.14, alin. (1), C. Pen., legea nouă prevede o pedeapsă mai ușoară, așa cum s-a văzut și în exemplul prezentat, va retroactiva. De aceea, orice pedeapsă principală definitivă aflată în curs de executare va fi redusă obligatoriu pe cale judiciară, la maximumul prevăzut în legea nouă, în măsura în care acea pedeapsă definitivă care se găsește în curs de executare depășește maximumul.

2. Legea nouă mai favorabilă își găsește aplicarea retroactivă în mod obligatoriu și în cazul condamnărilor la pedeapsa detențiunii pe viață. Astfel în temeiul art. 14, alin.(2), C. Pen.:

„Dacă după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare la detențiune pe viață și până la executarea ei a intervenit o lege care prevede pentru aceeași faptă pedeapsa închisorii, pedeapsa detențiunii pe viață se înlocuiește cu maximumul închisorii prevăzut pentru acea infracțiune.”

3. „Dacă legea nouă prevede în locul pedepsei închisorii numai amenda, pedeapsa aplicată se înlocuiește cu amenda, fără a se putea depăși maximumul special prevăzut în legea nouă. Ținându-se seama de partea executată din pedeapsa închisorii, se poate înlătura în totul sau în parte executarea amenzii”(art. 14, alin. (3), C. Pen.). De exemplu, legea veche prevedea închisoarea de la 1 la 3 ani și s-a aplicat 2 ani din care s-a executat 1 an până la adoptarea legii noi, care prevedea amenda de la 3.000 lei la 10.000 lei. În acest caz se va aplica, să presupunem, 5.000 lei ori amenda se poate înlătura total.

4. În ceea ce privește pedepsele complementare și măsurile de siguranță sau măsurile educative neexecutate și neprevăzute de legea nouă nu se mai execută, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conținutul și limitele prevăzute de această lege (art.14, alin. 4, C. Pen.).

²¹ Basarab, Matei, op. cit., p. 65

²² Speta prezentată și comentată de avocat S. Constantinescu, în R.R.D. nr. 8/1969, p.187-188

Dispozițiile respective operează de drept, indiferent de împrejurarea că legea veche este mai favorabilă sau mai severă în privința pedepselor principale.

5. Legea nouă mai favorabilă se aplică obligatoriu și față de persoanele care au executat complet condamnarea, atunci când din acea condamnare rezultă anumite consecințe pe care legea nouă le înlătură. Astfel, art. 14 alin. (5) prevede:

„Când o dispoziție din legea nouă se referă la pedepse definitiv aplicate, se ține seama în cazul pedepselor executate până la data intrării în vigoare a acesteia, de pedeapsa redusă sau înlocuită potrivit dispozițiilor alineatelor precedente”.

Este o dispoziție inovatorie care dă efect legii noi, favorabile asupra hotărârilor definitive chiar în cazul în care condamnările pe care le conțin au fost integral executate. S-a urmărit, astfel, aplicarea consecventă a principiului legii mai favorabile pentru toate situațiile când acesta trebuie să-și găsească aplicarea, înlăturându-se inechitățile la care conducea reglementarea din codul anterior, întrucât pentru că hotărârile penale pot produce efecte și dincolo de momentul executării pedepselor pe care le conțin.²³ Rezultă deci, că beneficiază de dispozițiile legii mai favorabile și foștii condamnați care executaseră în întregime sau beneficiaseră de grațierea totală sau a restului de pedeapsă înainte de intrarea în vigoare a legii noi mai favorabile.²⁴ Astfel, de exemplu, termenele de reabilitare prevăzute de lege în raport și cu pedeapsa pronunțată de instanță (art. 134 și art. 135 C. Pen.) se socotesc în aceste cazuri nu de la data executării în fapt a pedepsei (art. 136 C. Pen.), ci de la data executării pedepsei reduse sau înlocuite potrivit dispozițiilor din art. 14, C. Pen., deci de la o dată anterioară. La fel se procedează în cazul stabilirii stării de recidivă, a prescripției executării pedepsei etc.

O problemă discutată în literatura juridică a fost și aceea dacă aplicarea legii penale mai favorabile în condițiile prevăzute de art. 14, alin. final și art. 15 alin. final are loc și în cazul pedepselor definitive aplicate, dar care nu au fost executate întrucât au fost grațiate. Într-o opinie susținută de Gh. Șerbănescu, în cazul pedepselor definitive aplicate, dar care nu au fost executate întrucât au fost grațiate, dispozițiile legii mai favorabile, în condițiile prevăzute de art. 14 alin. final și art. 15 alin. final, nu sunt aplicabile. Aceasta deoarece, susține Gh. Șerbănescu, „stingerea pedepsei are loc numai prin executarea ei, în timp ce grațierea doar înlătură executarea pedepsei. Această din urmă situație nu este echivalentă cu executarea efectivă și totală a pedepsei respective.” În sens contrar, Margareta Cara-Thase susține că dispozițiile articolelor menționate sunt aplicabile și în cazul când pedeapsa pronunțată înainte de intrarea în vigoare a noii legi mai favorabile a fost grațiată în total sau în parte. Printre argumentele invocate, Margareta Cara-Thase arată că „referirea din art. 14 alin. Final și din art. 15 alin. final C. Pen. la pedepsele executate include printre acestea și pe cele pentru care a intervenit o grațiere parțială, căci nu se poate face abstracție de executarea efectivă care are loc în asemenea cazuri”. Un alt argument invocat este acela că „aplicarea legii mai favorabile nu este un act de clemență.”²⁵

B. Aplicarea facultativă a legii mai favorabile în cazul pedepselor definitive

Este reglementată prin dispozițiile art. 15 C pen. El vizează două situații de aplicare a legii mai favorabile.

1. Situația condamnărilor la pedeapsa închisorii neexecutate sau aflate în curs de executare a caror durată nu depășește maximumul prevăzut de legea nouă (art. 15, alin. (1), C. Pen.).

Conform art. 15, alin. (1), C. Pen.: „Când după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și până la executarea completă a pedepsei închisorii a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, iar sancțiunea aplicată este mai mica decât maximumul special prevăzut de legea nouă, ținându-

²³ Barbu, Constantin, op. cit., p. 248

²⁴ Bulai, Costica, op. cit., p. 142

²⁵ Opinii susținute în articolul „Aplicarea legii mai favorabile în cazul pedepselor grațiate”, în R.R.D. nr. 10/1970, p. 108-113

se seama de infracțiunea săvârșită, de persoana condamnatului, de conduita acestuia după pronunțarea hotărârii sau în timpul executării pedepsei și de timpul cât a executat din pedeapsă, se poate dispune fie menținerea, fie reducerea pedepsei. Pedeapsa aplicată nu poate fi coborâtă sub limita ce ar rezulta din reducerea acestei pedepse proporțional cu micșorarea maximului special prevăzut pentru infracțiunea săvârșită”.

Pentru aplicarea facultativă a legii penale noi, mai favorabile, în condițiile prevăzute de art. 15, alin. (1), C. Pen. este necesar:

- să existe o hotărâre de condamnare rămasă definitivă;
- această hotărâre să vizeze numai pedeapsa cu închisoarea (pedeapsa amenzii nu este avută în vedere de legiuitor);
- să se constate că legea nouă este mai favorabilă și anume că pedeapsa prevăzută de aceasta este mai ușoară decât aceea prevăzută de legea veche;
- să se constate că pedeapsa închisorii aplicată este mai mică sau cel mai mult egală cu maximul pedepsei prevăzute în legea nouă.

De exemplu, prin sentința penală, nr. 173 din 1969 a Tg. Bihor, inculpatul D.M. A fost condamnat la 1 an și 6 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de furt calificat în paguba avutului obștesc prevăzută de art. 224 al C. Pen., care prevedea pentru această infracțiune pedeapsa închisorii de la 3 la 12 ani. După rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, prin Decizia nr. 154/1970 pentru modificarea Codului penal, pedeapsa prevăzută pentru infracțiunea săvârșită de D.M. A devenit închisoare de la 1 la 7 ani. În urma acestei modificări legislative condamnatul a cerut să i se reducă pedeapsa aplicată, ținându-se seama și de circumstanțele atenuante reținute în favoarea sa. Instanța a aplicat dispozițiile art. 15, alin. (1), C. Pen., deoarece legea nouă este mai favorabilă condamnatului, deși pedeapsa aplicată nu depășea maximul special al pedepsei prevăzute în legea nouă. Considerăm că soluția este discutabilă, deoarece instanța nu era obligată să reducă pedeapsa în raport cu circumstanțele atenuante reținute inițial, aplicarea art.15 C. Pen. fiind facultativă.²⁶

În literatura juridică s-a precizat că menținerea sau reducerea pedepsei, în temeiul art. 15, C. Pen., se precizează de către instanța judecătorească, o singură dată, după intervenirea legii mai favorabile, și nu de mai multe ori, în funcție de cererile formulate de condamnat.²⁷

2. Situația condamnărilor complet executate în alin. (2) al art. 15 se prevede că:

„Dispozițiile art.14, alin (5) se aplică și în cazul condamnărilor arătate în prezentul articol, executate până la data intrării în vigoare a legii noi, pedeapsa din hotărâre reducându-se cu o treime.”

Deci, în concepția legiuitorului, beneficiază de aplicarea legii mai favorabile și foștii condamnați care au executat pedeapsa până la data intrării în vigoare a legii noi mai favorabile. În această situație, prin efectul aplicării dispozițiilor art. 15, alin. Final, pedeapsa prevăzută în hotărârea definitivă de condamnare se reduce cu o treime indiferent de durata pedepsei efectiv executate. De pedeapsa astfel redusă urmează să se țină seama la aplicarea dispozițiilor din legea nouă, care se referă la pedeapsa definitiv aplicată, în cazul unor instituții ca reabilitarea, recidiva și altele.²⁸

V. Evoluția istorică a principiului mitior lex

S-a vorbit în cele precedente despre extraactivitatea legii penale și despre principiul mitior lex consacrat prin art. 13, 14, 15, din C. Pen. aflat în vigoare. Codul penal din 1856 cuprindea o dispoziție similară în art. 2:

²⁶ Bulai, Constantin; Mitrache, Constantin, Drept penal (partea generală), Culegere de probleme din practica judiciară, Editia a II a revizuită, Casa de Editură și Presă „Șansa”, București, 1994

²⁷ N. Volonciu, Drept procesual penal, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1972, p. 39

²⁸ Bulai, Constantin, op. cit., p. 144

„Infrațiunile săvârșite, în timpul legiuierei celei vechi, se vor pedepsi după acea legiuire, iar când pedepsele prevăzute prin legea de față vor fi mai ușoare, se va aplica pedeapsa cea mai ușoară.

Infrațiunile săvârșite sub codicele vechiu, dar neprevăzute de codicele actuale nu se mai pedepsesc.”

Aceste situații se întâlnesc în „conflictul legilor penale în timp”, așa cum erau denumite situațiile tranzitorii la vremea respectivă. În cursul său, profesorul I. Tanoviceanu a considerat că „acest conflict se poate întâmpla când între săvârșirea și judecarea infracțiunii s-a schimbat legislațiunea. Atunci se naște cestiunea (...). Cu alte cuvinte, în ceea ce privește incriminarea, dacă faptul se pedepsește ori nu, cât și în ceea ce privește pedeapsa, cu cât se pedepsește, se aplică totdeauna legiuirea cea mai favorabilă infractorului.”²⁹ Trebuie menționat faptul că acei condamnați irevocabili nu beneficiau de legea cea nouă, pentru că „trebuia respectată autoritatea lucrului judecat”.³⁰ Părerea generală susținută la acel moment era contrară rațiunii exprimate anterior, susținându-se faptul că nu se atacă autoritatea lucrului judecat, fiindcă nu se examinează dacă sentința este sau nu conformă cu justiția, ci, recunoscându-se dreptatea ei, se încearcă să se pună în armonie cu noua lege, care este mai favorabilă infractorului. Cu toate acestea în lipsa unui text formal de lege nu se putea pune în practică un astfel de raționament.

Codul penal din 1937 cuprindea și el dispozițiuni cu privire la reglementarea aplicării principiului legii penale mai favorabile în art. 3, numai că se adoptase o situație de mijloc, legea mai favorabilă după ce fapta fusese definitiv judecată era retroactivă numai dacă dezincrimina fapta; cu alte cuvinte dacă legea nouă nu dezincrimina fapta infracțională, ci numai modifica sancțiunea în sensul că prevedea o pedeapsă mai ușoară, dispozițiile legii noi nu se rasfrângeau asupra faptelor definitiv judecate. O asemenea reglementare, prin care se prevedea pentru faptele definitiv judecate retroactivitatea completă a legii penale noi atunci când aceasta dezincrimina fapta, și menținerea integrală a sancțiunii pronunțate atunci când legea nouă prevedea numai o pedeapsă mai ușoară, nu era justă. Era întemeiată critica adusă art. 2 C. Pen. din 1937 și anume că principiul *nulla poena sine lege* trebuie să-și găsească aplicarea nu numai atunci când este vorba despre pedeapsa privită în întregul ei (cazul abrogării incriminării), ci și atunci când este vorba despre o fracțiune de pedeapsă, adică, atunci când legea nouă, fără a dezincrimina, prevede o pedeapsă mai ușoară (mitior poena). Sub imperiul Codului penal din 1937 au fost, totuși, situații când, prin voința expresă a legiuitorului, legea penală nouă a retroactivat, aplicându-se faptelor definitiv judecate, deși legea nouă nu prevedea dezincriminarea faptei, ci numai o pedeapsă mai ușoară.

La 1 ianuarie 1969 a intrat în vigoare un nou Cod penal (cel actual), în cuprinsul căruia este prevăzută reglementarea expresă a principiului mitior lex în art. 13, 14, 15, așa cum am specificat în cele menționate anterior. Se poate observa o îmbunătățire și clarificare a textului de lege în sensul că acesta cuprinde și dispoziții privitoare la reglementarea expresă a cauzelor pentru care au intervenit hotărâri definitive, chiar dacă legea nouă nu dezincriminează fapta(art. 14, 15).

Deoarece pe de-o parte, prevederile codului penal de la 1969 nu mai sunt în concordanță cu schimbările petrecute în structura societății românești după 1990, iar pe de altă parte a apărut necesitatea alinierii legislației românești la legislația Uniunii Europene, structura în care România a intrat la 1 ianuarie 2007, se află în proiect intrarea în vigoare a unui nou Cod penal.

Noul Cod penal reglementează principiul mitior lex în art. 5, 6.

Referindu-ne în primă instanță la dispozițiile art. 5, menționăm faptul că denumirea marginală a noului text a fost modificată, pentru a deveni mai sugestivă pentru destinatari și practicieni precizându-se că este vorba despre „Aplicarea legii mai favorabile până la judecata definitivă a cauzei.” Dispozițiile privind aplicarea legii mai favorabile în cursul procesului penal au fost completate cu prevederea din art. 5, alin (2) referitoare la regimul juridic al actelor normative

²⁹ I. Tanoviceanu, *Curs de Drept Penal*, vol 1, Atelierele grafice SOCEC&CO., Societatea anonimă, București, 1912, p.171

³⁰ I. Tanoviceanu, *op. cit.*, p. 177

neconstituționale (inclusiv al ordonanțelor de urgență respinse sau aprobate cu modificări), având în vedere faptul că acestea, deși își încetează activitatea, fie total, fie numai parțial, continuă să se aplice situațiilor juridice aflate la un moment dat sub imperiul lor, în măsura în care sunt evident mai favorabile. Pe de altă parte, nu au mai fost preluate dispozițiile art. 12 alin. (2) cu privire la măsurile de siguranță sau măsurile educative, deoarece au fost considerate inutile.

Prima diferență dintre conținutul celor două articole analizate (art. 6 noul C. Pen. și art. 14 C. Pen. anterior se găsește în art. 6 alin. (4) noul C. Pen., unde se precizează că măsurile educative neexecutate și neprevăzute în legea nouă nu se mai execută, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conținutul și limitele prevăzute de aceasta, dacă este mai favorabilă. Precizarea este necesară, pentru că va exclude pe viitor orice posibilitate de interpretare în sensul că retroactivitatea s-ar aplica în toate situațiile, adică inclusiv dacă legea nouă este mai severă. În art. 6 noul C. Pen. au fost introduse două noi alineate, alin. (5) și alin. (6) fără corespondent în Codul penal anterior, menite să faciliteze aplicarea legii. Art. 6, alin. (5) prevede că legea mai favorabilă intervenită după condamnarea definitivă se apreciază în primul rând prin raportare la sancțiunea principală (închisoare sau amendă), chiar dacă pedeapsa complementară sau măsura de siguranță ar fi mai severă, astfel că pedepsele complementare și măsurile de siguranță din legea veche care au corespondent în legea nouă se execută în conținutul și limitele prevăzute de aceasta. Potrivit art. 6 alin. (6), în ipoteza în care legea nouă nu modifică pedeapsa principală, pedepsele complementare și măsurile de siguranță, prevăzute de ambele legi, se execută în limitele legii noi, dar numai dacă acestea din urmă sunt mai favorabile.

Față de împrejurarea că noul Cod penal nu a preluat dispoziții referitoare la aplicarea facultativă a legii penale mai favorabile, în practica judiciară se pot ivi situații în care să se pună problema aplicării legii penale în timp. Este vorba de acele situații în care fapta a fost comisă sub imperiul Codului penal anterior, hotărârea de condamnare rămânând definitivă, iar după acest moment intră în vigoare noul Cod penal sau altă lege, devenind incident art. 15 C. Pen. anterior. Rezolvarea acestei probleme de drept trebuie să fie facută în sensul că se aplică art. 15 C. Pen. vechi, făcându-se de fapt abstracție de noile dispoziții privind aplicarea legii penale, deoarece legătura veche conține dispoziții mai favorabile.

În concluzie putem observa că principiul *mitior lex* a cunoscut o lungă evoluție istorică până să ajungă la actuala cristalizare și deasemenea, trebuie să specificăm faptul că viziunea legiuitorului în ceea ce privește aplicarea principiului enunțat s-a ameliorat, în prezent fiind una mult mai blândă și îngăduitoare.

VI. Propuneri de lege ferenda

Legislația penală în sistemul românesc a cunoscut și cunoaște reușite, dar și nerealizări.

În ceea ce privește reglementarea principiului *mitior lex* (art. 13, 14, 15 C. Penal), cuprinde o sferă largă de aplicare de la acesta fiind exceptate numai anumite situații care sunt puține la număr. Așa cum am specificat în cele precedente principiul legii mai favorabile conferă infractorilor cea mai blândă și convenabilă situație corespunzând în acest fel nevoilor de apărare socială. Sigur, exprimându-mi punctul de vedere, trebuie să mărturisesc că legiuitorul nu putea să fie mai blajin pentru ființele care cel mai puțin ar fi trebuit să se bucure de favoarea și bunăvoința sa! Totuși, confruntându-ne cu jurisprudența europeană, observăm faptul că România a urcat în clasamentul țărilor cărora se formulează cele mai multe cereri la CEDO, constatându-se printre altele și numărul ridicat de abuzuri de retroactivitate a legii penale române.

În acest sens, se propune să se facă o exceptare de la unele infracțiuni, considerate deosebit de grave, a principiului *mitior lex*.

Ce se dorește de fapt prin această propunere?

Se propune o modificare a textului de lege (art.13,14,15, C. Pen.), prin care să se realizeze exceptarea de la principiul mitior lex a anumitor infracțiuni, având în temei gravitatea pe care acestea o prezintă. Astfel, propunem a nu se aplica principiul în cazul infracțiunilor deosebit de grave, oferind ca exemplu suport actele de terorism și actele infracționale contra păcii și omenirii.

Toate actele criminale îndreptate împotriva unui stat sau făcute ori planificate pentru a crea o stare de teroare în mintea anumitor persoane, a unui grup de persoane sau a publicului larg reprezintă o dovadă întemeiată pentru a argumenta faptul că prin săvârșirea acestor tipuri de infracțiuni nu trebuie să se permită făptașilor cea mai favorabilă conjunctură dintre sancțiunile care li se pot aplica acestora. În realitate, prin această propunere nu este susținută ideea conform căreia trebuie aplicată pedeapsa cea mai aspră în succesiunea legilor în timp cu privire la infracțiunile amintite. Singurul sistem rațional este că pentru incriminarea și pedepsirea unor fapte penale ce prezintă un pericol social ridicat să se țină seama de legea din momentul comiterii infracțiunii. Prin coborârea limitelor pedepselor, sunt de părere ca sancțiunile nu vor avea efect descurajator pentru infracționalitate, dimpotrivă, consider că nu este o situație oportună aplicarea legii mai favorabile atunci când este pusă în pericol siguranța statului român, precum și viața și integritatea corporală a cetățenilor români, mai ales în contextul obligațiilor asumate de România pentru combaterea corupției și în condițiile în care România este deja criticată de către Comisia Europeană în cadrul rapoartelor de monitorizare pentru aplicarea unor pedepse prea blânde persoanelor condamnate pentru infracțiuni de corupție. De exemplu, „desi furtul calificat se pedepsește cu închisoare de la 3 la 15 ani, aproximativ 80% din deținuții condamnați pentru furturi sunt pedepsiți cu închisoare la 5 ani sau în jurul acestei durate” (a declarat ministrul Justiției, Cătălin Predoiu, 16 martie 2009).

De asemenea, consider că nici recidiviștii care au comis infracțiuni al căror rezultat a fost moartea victimei și aflați în cel de-al doilea termen al recidivei, comit o nouă infracțiune care are același rezultat (moartea victimei), nu ar trebui să profite de oportunitatea folosirii acestui principiu. Acest aspect este determinat de împrejurarea că, cel puțin teoretic acești infractori se presupune că și-au însușit buna purtare și regulile de conduită pe care trebuie să le adopte în societate după executarea primei sancțiuni, dar în realitate vom observa sunt orientați tot spre modul de viață antisocial; ei sunt conștienți de perspectiva privării de libertate, continuând să-și perfecționeze în detenție deprinderile criminale . Astfel, putem afirma că deși au mai beneficiat anterior de aplicarea legii mai favorabile, dacă a fost cazul, la săvârșirea unei noi infracțiuni, comportamentul recidiviștilor nu justifică în niciun fel dorința acestora de a se reintegra în societate, ceea ce ne determină să constatăm faptul că sunt indiferenți în raport cu sancțiunea juridică, că aceștia sunt orientați spre repetarea acțiunilor criminale, astfel că se propune a se renunța la aplicarea principiului mitior lex în cazul acestora, considerând că trebuie să se aplice dispozițiile legii vechi, cea din momentul comiterii infracțiunii.

În practică aceste soluții sunt discutabile în raport cu prevederile constituționale, care nu permit excluderea de la beneficiul legii mai favorabile a vreunei persoane, indiferent de situația în care acesta s-ar găsi.

VII. Elemente de drept comparat

În ceea ce privește aplicarea principiului mitior lex, acesta se regăsește și în legislațiile penale ale altor state.

Italia și Franța au fost printre primele țări din istorie care au reglementat succesiunea legilor în timp prin aplicarea principiului legii mai favorabile, primul Cod penal adevărat al României(1865) fiind inspirat din Codul penal francez de la 1810 și cel prusian de la 1851. Legiuitorul italian a fost mai prevăzător la acea vreme decât celelalte coduri penale, „însă nici el nu a prevăzut totul. Într-adevăr, el nu trebuia să prevadă numai cazul foarte rar de suprimare a incriminațiunii, ci și cazul cel foarte des al îndulcirii pedepsei, și să arate modalitatea cum cei condamnați definitiv ar putea să

beneficieze de această îndulcire.”³¹ Codul penal italian din 1889, a rezolvat în parte această dificultate prin art. 2: „Nimeni nu poate fi pedepsit pentru o faptă care, după legea posterioară, nu constituie o infracțiune, iar dacă a intervenit o condamnare, încetează executarea și efectele ei penale.”. În prezent principiul legii mai favorabile este consacrat în codul penal italian în același articol, și anume art. 2 care poartă denumirea de „Succesiunea legilor penale”. Acest articol cuprinde dispoziții cu privire la reglementarea principiilor retroactivității și neretroactivității legii penale, precum și referiri la principiul legalității incriminării și pedepsei și la aplicarea legii mai favorabile. În alin. (3) al articolului respectiv putem observa că legiuitorul italian a prevăzut în mod expres „că se aplică dispozițiile legii care este mai favorabilă, dacă nu a fost pronunțată sentința irevocabilă.” Deci legiuitorul nu se referă la cazul infracțiunilor pentru care a fost pronunțată o condamnare definitivă.

Principiile aplicării legii penale în timp sunt consacrate și în Codul penal maghiar în capitolul I (Aplicarea legii penale). Spre deosebire de legea română în Codul penal maghiar nu există vreo dispoziție care să consacre, în mod explicit, principiul legalității incriminării și pedepsei. Acest principiu este exprimat, implicit, prin modul de reglementare a aplicării a legii penale în timp, prin modul în care este definită infracțiunea (ca faptă săvârșită cu vinovăție care este periculoasă pentru societate și pe care legea o pedepsește), precum și în alte texte. Legea maghiară nu cuprinde dispoziții referitoare la aplicarea în timp a dispozițiilor privitoare la măsurile de siguranță și educative, nici dispoziții privind aplicarea legii penale mai favorabile pedepselor definitive și nici dispoziții privind legea penală temporală.

În Codul penal belgian aplicarea legii penale mai favorabile este reglementată în Titlul I, capitolul I, art.2, alin. (2): „Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise. Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée.” Astfel în cazul în care pedeapsa stabilită la momentul de proces diferă de cea care a fost la momentul săvârșirii infracțiunii, cea mai ușoară pedeapsă va fi aplicată. Prin urmare, atunci când pedeapsa în condițiile noii legi în vigoare în ziua judecării este mai severă decât pedeapsa prevăzută pentru ziua când infracțiunea a fost comisă, instanța de judecată va aplica legea veche. Din contră, în cazul în care pedeapsa prevăzută de noua lege în vigoare la ziua judecării este mai puțin severă decât pedeapsa prevăzută pentru ziua atunci când infracțiunea a fost comisă, instanța de judecată va aplica noua lege. Remarcăm faptul că nici în legislația penală belgiană nu există articole cu referire la principiul legalității incriminării și pedepsei și nici dispoziții privind aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive.

În Codul penal german principiul mitior lex se regăsește în Secțiunea 1, art. 2, alin.(3), astfel că „dacă legea în vigoare la momentul săvârșirii faptei este modificată înainte de judecată va fi aplicată cea mai blândă lege”.

În final, arătăm ca principiul legii mai favorabile a fost consacrat și de jurisprudența europeană în materia drepturilor omului. Astfel Curtea Europeană a drepturilor Omului a statuat că nu încalcă prevederile art. 7, care consacră principiul neretroactivității (nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii), aplicarea retroactivă a legii penale noi care este mai favorabilă decât legea veche.

Aplicarea legii penale în timp se înscrie în cadrul general al problematicii aplicării în timp a tuturor legilor și s-a dezvoltat în strânsă legătură cu acesta. Frecvența situațiilor tranzitorii provocată de o legiferare abundentă, datorată ritmului accelerat al evoluției sociale din țara noastră, a fost de natură să ofere doctrinei și practicii judiciare un întins câmp de activitate în materia aplicării legilor în timp.

³¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 179

VI. Propuneri de legi ferenda

Legislația penală în sistemul românesc a cunoscut și cunoaște reușite, dar și nerealizări.

Principiul *mitior lex* cuprinde o sferă largă de aplicare de la acesta fiind exceptate numai anumite situații care sunt puține la număr. Așa cum am specificat în cele precedente principiul legii mai favorabile conferă infractorilor cea mai blândă și convenabilă situație corespunzând în acest fel nevoilor de apărare socială. Sigur, exprimându-mi punctul de vedere, trebuie să mărturisesc că legiuitorul nu putea să fie mai blajin pentru ființele care cel mai puțin ar fi trebuit să se bucure de favoarea și bunăvoința sa! Totuși, confruntându-ne cu jurisprudența europeană, observăm faptul că România a urcat în clasamentul țărilor cărora se formulează cele mai multe cereri la CEDO (Curtea Europeană a Drepturilor Omului), constatându-se printre altele și numărul ridicat de abuzuri de retroactivitate a legii penale române.

În acest sens, se propune să se facă o exceptare de la unele infracțiuni, considerate deosebit de grave, a principiului *mitior lex*.

Ce se dorește de fapt prin această propunere?

Se propune o modificare a textului de lege (art.13,14,15, C. Pen.), prin care să se realizeze exceptarea de la principiul *mitior lex* a anumitor infracțiuni, având în temei gravitatea pe care acestea o prezintă. Astfel, propunem a nu se aplica principiul în cazul infracțiunilor deosebit de grave, oferind ca exemplu suport actele de terorism și actele infracționale contra păcii și omenirii.

Toate actele criminale îndreptate împotriva unui stat sau făcute ori planificate pentru a crea o stare de teroare în mintea anumitor persoane, a unui grup de persoane sau a publicului larg reprezintă o dovadă întemeiată pentru a argumenta faptul că prin săvârșirea acestor tipuri de infracțiuni nu trebuie să se permită făptașilor cea mai favorabilă conjunctură dintre sancțiunile care li se pot aplica acestora. În realitate, prin această propunere nu este susținută ideea conform căreia trebuie aplicată pedeapsa cea mai aspră în succesiunea legilor în timp cu privire la infracțiunile amintite. Singurul sistem rațional este că pentru incriminarea și pedepsirea unor fapte penale ce prezintă un pericol social ridicat să se țină seama de legea din momentul comiterii infracțiunii. Prin coborârea limitelor pedepselor, sunt de părere că sancțiunile nu vor avea efect descurajator pentru infracționalitate, dimpotrivă. Consider că nu este o situație oportună aplicarea legii mai favorabile atunci când este pusă în pericol siguranța statului român, precum și viața și integritatea corporală a cetățenilor români, mai ales în contextul obligațiilor asumate de România pentru combaterea corupției și în condițiile în care România este deja criticată de către Comisia Europeană în cadrul rapoartelor de monitorizare pentru aplicarea unor pedepse prea blânde persoanelor condamnate pentru infracțiuni de corupție. De exemplu, „deși furtul calificat se pedepsește cu închisoare de la 3 la 15 ani, aproximativ 80% din deținuții condamnați pentru furturi sunt pedepsiți cu închisoare până la 5 ani sau în jurul acestei durate” (a declarat ministrul Justiției, Catalin Predoiu, 16 martie 2009).

De asemenea, consider că nici recidivistii care au comis infracțiuni al căror rezultat a fost moartea victimei și aflați în cel de-al doilea termen al recidivei, comit o nouă infracțiune care are același rezultat (moartea victimei), nu ar trebui să profite de oportunitatea folosirii acestui principiu. Acest aspect este determinat de împrejurarea că, cel puțin teoretic acești infractori se presupune că și-au însușit buna purtare și regulile de conduită pe care trebuie să le adopte în societate după executarea primei sancțiuni, dar în realitate vom observa sunt orientați tot spre modul de viață antisocial; ei sunt conștienți de perspectiva privării de libertate, continuând să-și perfecționeze în detenție deprinderile criminale. Astfel, putem afirma că deși au mai beneficiat anterior de aplicarea legii mai favorabile, dacă a fost cazul, la săvârșirea unei noi infracțiuni, comportamentul recidiviștilor nu justifică în niciun fel dorința acestora de a se reintegra în societate, ceea ce ne determină să constatăm faptul că sunt indiferenți în raport cu sancțiunea juridică, că aceștia sunt orientați spre repetarea acțiunilor criminale, astfel că se propune a se renunța la aplicarea principiului *mitior lex* în cazul acestora, considerând că trebuie să se aplice dispozițiile legii vechi, cea din momentul comiterii infracțiunii.

În practică aceste soluții sunt discutabile în raport cu prevederile constituționale, care nu permit excluderea de la beneficiul legii mai favorabile a vreunei persoane, indiferent de situația în care acesta s-ar găsi.

VII. Elemente de drept comparat

În ceea ce privește aplicarea principiului *mitior lex*, acesta se regăsește și în legislațiile penale ale altor state.

Italia și Franța au fost printre primele țări din istorie care au reglementat succesiunea legilor în timp prin aplicarea principiului legii mai favorabile, primul Cod penal adevărat al României (1865) fiind inspirat din Codul penal francez de la 1810 și cel prusian de la 1851. Legiuitorul italian a fost mai prevăzător la acea vreme decât celelalte coduri penale, „însă nici el nu a prevăzut totul. Într-adevăr, el nu trebuia să prevadă numai cazul foarte rar de suprimare a incriminațiunii, ci și cazul cel foarte des al îndulcirii pedepsei, și să arate modalitatea cum cei condamnați definitiv ar putea să beneficieze de această îndulcire.”³² Codul penal italian din 1889, a rezolvat în parte această dificultate prin art. 2: „Nimeni nu poate fi pedepsit pentru o faptă care, după legea posterioară, nu constituie o infracțiune, iar dacă a intervenit o condamnare, încetează executarea și efectele ei penale.” În prezent principiul legii mai favorabile este consacrat în codul penal italian în același articol, și anume art. 2 care poartă denumirea de „Succesiunea legilor penale”. Acest articol cuprinde dispoziții cu privire la reglementarea principiilor retroactivității și neretroactivității legii penale, precum și referiri la principiul legalității incriminării și pedepsei și la aplicarea legii mai favorabile. În alin. (3) al articolului respectiv putem observa că legiuitorul italian a prevăzut în mod expres „că se aplică dispozițiile legii care este mai favorabilă, dacă nu a fost pronunțată sentința irevocabilă.” Deci legiuitorul nu se referă la cazul infracțiunilor pentru care a fost pronunțată o condamnare definitivă.

Principiile aplicării legii penale în timp sunt consacrate și în Codul penal maghiar în capitolul I (Aplicarea legii penale). Spre deosebire de legea română în Codul penal maghiar nu există vreo dispoziție care să consacre, în mod explicit, principiul legalității incriminării și pedepsei. Acest principiu este exprimat, implicit, prin modul de reglementare a aplicării a legii penale în timp, prin modul în care este definită infracțiunea (ca faptă săvârșită cu vinovație care este periculoasă pentru societate și pe care legea o pedepsește), precum și în alte texte. Legea maghiară nu cuprinde dispoziții referitoare la aplicarea în timp a dispozițiilor privitoare la măsurile de siguranță și educative, nici dispoziții privind aplicarea legii penale mai favorabile pedepselor definitive și nici dispoziții privind legea penală temporală.

În Codul penal belgian aplicarea legii penale mai favorabile este reglementată în Titlul I, capitolul I, art.2, alin. (2): „Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise. Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée.” Astfel în cazul în care pedeapsa stabilită la momentul de proces diferă de cea care a fost la momentul săvârșirii infracțiunii, cea mai ușoară pedeapsă va fi aplicată. Prin urmare, atunci când pedeapsa în condițiile noii legi în vigoare în ziua judecării este mai severă decât pedeapsa prevăzută pentru ziua când infracțiunea a fost comisă, instanța de judecată va aplica legea veche. Din contră, în cazul în care pedeapsa prevăzută de noua lege în vigoare la ziua judecării este mai puțin severă decât pedeapsa prevăzută pentru ziua atunci când infracțiunea a fost comisă, instanța de judecată va aplica noua lege. Remarcăm faptul că nici în legislația penală belgiană nu există articole cu referire la principiul legalității incriminării și pedepsei și nici dispoziții privind aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive.

³² I. Tanoviceanu, op. cit., p. 179

În Codul penal german principiul *mitior lex* se regăsește în Secțiunea 1, art. 2, alin.(3), astfel că „dacă legea în vigoare la momentul săvârșirii faptei este modificată înainte de judecată va fi aplicată cea mai blândă lege”.

În final, arătăm că principiul legii mai favorabile a fost consacrat și de jurisprudența europeană în materia drepturilor omului. Astfel Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că nu încalcă prevederile art. 7, care consacră principiul neretroactivității (nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii), aplicarea retroactivă a legii penale noi care este mai favorabilă decât legea veche.

În concluzie, subliniem faptul că apariția unei legi penale noi poate găsi anumite cauze care nu au fost definitiv judecate și urmează să primească o soluționare, dar poate găsi și anumite cauze în care au fost pronunțate condamnări definitive sub legea veche, dar care nu au fost puse încă în executare sau care se află în curs de executare ori pedepsele au fost deja executate și mai produc încă anumite consecințe juridice. Toate aceste situații își găsesc rezolvarea în baza principiului *mitior lex*. Extraactivitatea legii mai favorabile a devenit teoria dominantă și a fost consacrată în toate legislațiile moderne, considerându-se că acest principiu răspunde cel mai bine cerințelor principiului umanist al dreptului penal, aplicându-se în acest fel întotdeauna, din două legi, cea mai avantajoasă pentru infractor. Frecvența situațiilor tranzitorii provocată de o legiferare abundentă, datorată ritmului accelerat al evoluției sociale din țara noastră, a fost de natură să ofere doctrinei și practicii judiciare un întins câmp de activitate în materia aplicării legilor în timp. Problematika acestui principiu este deosebit de vastă și complexă, constituind un concept și, totodată, un instrument fundamental de drept penal care a evoluat de-a lungul timpului, suferind schimbări și îmbunătățiri menite să ajute întreaga comunitate.

Referințe bibliografice:

- Basarab, Matei, *Drept Penal (Partea generală)*, vol. 1, Editura Fundației "Chemarea" Iași, 1992;
- Barbu, Constantin, *Aplicarea legii penale în spațiu și timp*, Editura Științifică, București, 1972;
- Dongoroz, Vintilă și colab., *Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea generală, Vol. 1, Ediția a II a*, Editura Academiei române, Editura All Beck, București, 2003;
- Diaconescu, Horia și colab., *Timpul și legea penală*, Editura CH Beck, București, 2007;
- Dima, Traian, *Drept Penal, Partea Generală, Ediția a-II-a*, Editura Humangiu, 2007;
- Bulai, Costică, *Manual de drept penal: partea generală*, Editura All;
- Bulai, Constantin; Mitrache, Constantin, *Drept penal (partea generală), Culegere de probleme din practica judiciară, Ediția a II a revizuită*, Casa de Editura și Presa „Șansa”, București, 1994;
- N. Volonciu, *Drept procesual penal*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1972;
- I. Tanoviceanu, *Curs de Drept Penal, vol 1, Atelierele grafice SOCEC&CO., Societatea anonimă, București, 1912*

PLURALITATEA APARENTĂ DE INFRAȚIUNI ÎN CAZUL INFRAȚIUNII DEVIATE

Alexandra ALEXA*

Abstract

Does exist an apparent multiplicity of criminal law violations when, from a particulare perspective, it seems that exist a multiplicity of criminal violations, although in reality rated whole offence is a unit. By some authors, error over the individual victim, has no influence on the guilt of the perpetrator and does not remove his criminal liability because this error is non-essential, that is not related to a circumstance to which depends the criminal nature of the act. In another view, it is claimed that error on the passive subject has relevance only when the agent acts with the will to kill any person would meet.

Cuvinte cheie: pluralitate aparentă, infracțiune deviata, pluralitate reală, controverse, tentativă, unitate de infracțiune, faptă consumată.

Pluralitatea aparentă de infracțiuni este o temă care naște controverse și dezbateri, mai ales în cazul infracțiunii deviate. Din păcate, în lucrările scrise, subiectul este tratat cu o prea mare ușurință. Într-o societate în care dinamismul tehnologiei, economiei și nu în ultimul rând al politicii afectează atât de mult ființa umană, psihicul este un element important care nu trebuie deloc neglijat în analiza și luarea celei mai corecte decizii privind pedeapsa justă. Până la urmă, subiectul ridică probleme tocmai pe acest motiv: ce pedeapsă să se atribuie în ceea ce privește infracțiunea deviată și cum trebuie tratată această infracțiune din punctul de vedere al rezultatului produs și al primei intenții, pentru a se putea aplica cea mai potrivită corecție, în sensul dacă rezultatul trebuie văzut ca o pluralitate aparentă și este corect ca tentativa să se absoarbă în conținutul infracțiunii rezultat sau ceea ce avem este o pluralitate reală, iar tentativa ar trebui să intre în concurs cu aceasta.

În primul rând, cel mai corect este să fie explicate, individual, noțiunile de „pluralitate aparentă de infracțiuni” și „infracțiune deviata”, iar mai apoi trebuie analizate ca un tot unitar.

Dreptul penal a preluat criteriul noțiunii de pluralitate din limbajul obișnuit. Pluralitatea de infracțiuni reprezintă, într-un sens juridic comun, o formă a unei activități infracționale complexe, în urma căreia în realitatea obiectivă, urmare a unei fapte penale sau a mai multora, se pot identifica conținuturile constitutive ale mai multor infracțiuni. Cu alte cuvinte, pluralitatea de infracțiuni, indică acea situație în care aceeași persoană, prin intermediul uneia sau a mai multor acțiuni sau inacțiuni, săvârșește mai multe infracțiuni. Totuși, vorbind despre o pluralitate aparentă, formularea se referă la acea încălcare a legii penale care privită dintr-o anumită perspectivă ar părea că există o pluralitate de încălcări, deși în realitate ansamblul evaluat constituie o unitate reală. Cu toate că realitatea exprimă conținutul unei singure infracțiuni, modalitatea prin care este săvârșită (acțiuni sau inacțiuni) conduce către ideea de încălcări multiple ale legii și nu în mod neapărat pentru că s-au produs și multiple rezultate.

În lucrarea sa de doctorat, „Pluralitatea aparentă de infracțiuni”, Constantin Duvac delimitează materia pluralității aparente de infracțiuni în două categorii și anume pluralitate aparentă propriu-zisă și pluralitate aparentă improprie. În prima categorie se include acea formă de pluralitate aparentă care își are bazele în formularea normelor de drept penal, ca de exemplu concursul de dispoziții penale, care formează o realitate aparentă deoarece în realitate, din toate normele care intră în concurs, va fi aplicată una singură. În această situație, actul unic nu dă naștere mai multor urmări,

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea Româno-Americană din București ; (al3xandra_al3xa@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ. Simona Tache.

ci există mai multe dispoziții penale care incriminează aceeași activitate infracțională, urmând să se aplice una singură în funcție de principiile specialității, alternativității, subsidiarității etc. Cea de-a doua categorie de pluralitate aparentă, nerezultând din formulările dispozițiilor legale, provine din interpretarea modalității în care s-a ajuns la rezultatul final, care sugerează existența mai multor infracțiuni, deși în realitate există o unitate de infracțiuni. În urma clasificărilor prezentate se înțelege faptul că tema propusă se include în categoria pluralității aparente improprii.

Pentru a ne apropia și mai mult de esența subiectului nostru, urmează să fie tratată mai în detaliu și noțiunea de infracțiune deviată. Deoarece nu este definită de legea penală, doctrina și practica judiciară atribuie sintagmei o definiție și aici îl putem da exemplul pe C. Bulai care caracterizează acest tip de infracțiune ca fiind cea formă de infracțiune săvârșită prin devierea faptei materiale de la obiectul sau persoana împotriva căreia era îndreptată, datorită erorii făptuitorului, asupra altei persoane sau altui obiect decât acela pe care voia să îl vatăme, pe de o parte, sau prin devierea acțiunii de la un obiect sau o persoană asupra căreia era îndreptată, asupra altui obiect sau asupra altei persoane datorită greșelii făptuitorului, pe de altă parte. După cum se știe și rezultă din definiție, infracțiunea deviată poate fi comisă prin două moduri: *aberratio ictus* și *error in persona*.

În prima situație, *aberratio ictus*, prin devierea acțiunii se înțelege cea stare de fapt care, datorită modului eronat în care făptuitorul manevrează instrumentele, se îndreaptă asupra altei persoane sau asupra unui alt obiect. Putem avea ca exemplu cazul în care făptuitorul urmărește să lovească o anumită persoană dintr-un grup, însă datorită manipulării greșite a obiectului contondent este lovită o altă persoană.

În ceea ce privește *error in persona*, infracțiunea se produce prin devierea acțiunii, asupra altei persoane, datorită erorii (confuziei) făptuitorului, ori asupra altui obiect aparținând altei persoane decât celei căreia făptuitorul credea că îi aparține. De exemplu, infractorul ucide o altă persoană decât cea vizată, sau dorind să sustragă un bun al unei persoane, sustrage bunul altei persoane, din eroare.

Mai există două modalități de producere a infracțiunii deviate, însă cele deja prezentate generează nelămuriri cu privire la încadrarea pluralității în aparență sau realitate a infracțiunilor deviate.

Merită totuși menționate și aceste două forme de infracțiune deviată și anume *aberratio delicti*, care are loc în momentul în care se realizează o infracțiune de altă natură decât cea avută în reprezentarea făptuitorului, menținându-se motivul erorii asupra persoanei sau asupra obiectului material. Deasemenea o formă de infracțiune deviată este și *aberratio causae*, care are loc atunci atunci când rezultatul urmărit de către făptuitor nu se produce ca urmare a legăturii de cauzalitate aflate în reprezentarea sa, ci datorită unei alte cauze care se adaugă la activitatea autorului și avem aici ca exemplu situația când făptuitorul aruncă victima în râu pentru a o îneca, însă decesul se produce în urma lovirii victimei de un bolovan care se afla în apă. Mai ales această ultimă împrejurare, prin care se produce devierea, consitutie o eroare neesențială, astfel că nu este de natură să afecteze caracterul de unitate naturală a infracțiunii.

Legea penală a creat prevederi cu privire la această tip de infracțiune și anume infracțiunea deviată, pentru a răspunde problemelor ridicate de situațiile prezentate mai sus, doctrina considerând că în realitate s-a adus atingere unei singure valori sociale realizându-se o singură infracțiune și nu două (o tentativă la infracțiunea pentru care făptuitorul a luat decizia să o comită și o infracțiune realizată în urma devierii).

În opinia dominantă în literatura juridică de specialitate și îmbrățișată de practica judiciară se susține că în cazul infracțiunii deviate în orice modalitate, ne găsim în fața unei unități naturale de infracțiune, fiind deosebită de infracțiunea simplă prin faptul că deși se produce prin comiterea unui act unic, infracțiunea având repercusiuni asupra unui alt obiect material decât cel aflat în reprezentarea făptuitorului.

Așadar, în această circumstanță intervine sintagma de pluralitatea aparentă de infracțiuni în cazul infracțiunii deviate și se pune întrebarea, mai răspunde cu adevărat doctrina în privința acestei materii având în vedere necesitățile actuale ale societății? Nu este de condamnat atitudinea trecută a

specialiștilor noștri, dar în prezent având în vedere și factorul psihologic, după cum menționam în introducere, are însemnătatea lui punându-se observa o rată a infraționalității crescută, legea din zilele noastre trebuind să inhibe persoanelor oricare încercare de a comite încălcări ale legii și să inducă un raport de conformare cu toate că legea penală nu dorește să fie represivă.

După cum am menționat, opinia majoritară prezentă și în literatura de specialitate a fost adoptată și de practica judiciară, astfel că în ambele cazuri, *abberatio ictus* și *error in persona*, ne aflăm în fața unei singure rezoluții infraționale. Faptul că o altă persoană a fost rănită sau omorâtă, decât cea vizată inițial, nu are nicio relevanță și ne aflăm în prezența unei pluralități aparente de infrațiuni, fapta săvârșită în concret și fapta pe care a încercat să o comită. Cu alte cuvinte, decizia de a comite infrațiunea realizându-se în totalitate, tentativa de săvârșire a infrațiunii asupra persoanei urmărite se absoarbe în infrațiunea consumată.

Complexitatea problemei precum și insuficiența reglementărilor a condus către conturarea unor opinii diametral opuse.

Lucrarea de doctorat „Pluralitatea aparentă de infrațiuni”, precizată și mai sus, aduce la cunoștință mai multe opinii culese de la diferiți autori, distinși profesori ai dreptului penal român. Astfel, Ioan I. Tanoviceanu în susținerea pluralității aparente de infrațiuni, spune că în cazul în care este omorâtă altă persoană decât cea aflată în reprezentarea făptuitorului, din eroare sau datorită devierii acțiunii nu se poate reține o infrațiune de omor din culpă și o tentativă de omor, deoarece o singură intenție și acțiune nu poate da naștere la două infrațiuni. El arată că fiind vorba de o intenție unică, nu se pot reține mai multe infrațiuni chiar dacă mai multe persoane devin victime în urma deciziei luate de făptuitor, după cum faptul că un individ fură odată obiectele aparținând mai multor persoane, ori printr-o explozie rănește sau omoară mai multe persoane, nu transformă infrațiunea unică într-o infrațiune plurală. În sprijinul părerii, Traian Pop, consideră că infrațiunea deviată este o formă a unității naturale de infrațiune, deoarece tentativa asupra persoanei vizate se absoarbe în fapta comisă consumată. Pentru că aparența provine din modul în care este săvârșită infrațiunea, aceasta deține caracterul unei aparențe de pluralitate improprie. Prin urmare, infrațiunea deviată este susceptibilă de a fi tratată ca o infrațiune simplă, luându-se în considerare că fapta fiind comisă cu o unică poziție subiectivă se reține o unică acțiune și un unic rezultat în dauna unei singure persoane.

Practica instanțelor române, pentru justificarea soluției unității de infrațiune, invocă motivele referitoare la finalitatea legii penale la modul general, care are menirea să ocrotească toate valorile sociale fără discriminare, sub forma de categorii juridice – persoane sau obiecte – și nu a unei anumite persoane sau a unui anumit bun, privite în individualitatea lor. Ceea ce vrea să se demonstreze este faptul că subiectul pasiv al infrațiunii nu are relevanță, sub identitatea acestuia, în cazul în care decizia infrațională s-a realizat integral.

Cu privire la infrațiunea deviată sub forma *aberratio ictus*, în doctrină s-au exprimat și opinii potrivit cărora soluția corectă este aceea a concursului între tentativa (care trebuie pedepsită) la infrațiunea inițială avută în vedere și o infrațiune consumată realizată, prin eroarea făptuitorului, asupra altei persoane pentru care să se rețină ca formă de vinovăție tot intenția. Cei ce au pledat pentru această opinie au adus în susținerea argumentării lor ideea că dacă legea penală apără valorile sociale comune ale întregii societăți, fără să fie avute în vedere individualitatea acestora, o tentativă îndreptată împotriva unei persoane determinate nu poate fi absorbită în infrațiunea consumată ce și-a produs efectele asupra altei persoane.

O opinie și mai avansată propune pentru această chestiune concursul între tentativa la infrațiunea comisă împotriva persoanei aflate în reprezentarea făptuitorului și infrațiunea consumată realizată asupra altei persoane pentru ambele forme de infrațiune deviată. Ceea ce reprezintă elementul de noutate la această opinie se rezumă la ideea că cel mai corect este să se aplice o rezolvare unitară atât pentru *aberratio ictus* cât și pentru *error in persona*.

Există de asemenea o opinie potrivit căreia, în caz de eroare asupra subiectului pasiv trebuie reținută o singură infrațiune, iar în situația devierii direcției loviturii (*aberratio ictus* și *aberratio*

delicti) să se rețină o tentativă împotriva persoanei avută în reprezentarea făptuitorului, dar și o infracțiune consumată, săvârșită din culpă împotriva persoanei efectiv vătămate.

Un punct de vedere amplu argumentat și care începe să prindă contur, în prezent atrăgând tot mai mulți adepți, este acela că înlăturând orice ficțiune juridică (conform căreia să se rețină o singură infracțiune intenționată comisă asupra persoanei efectiv vătămate, deoarece făptuitorul a acționat cu aceeași poziție psihică, cu care ar fi acționat și față de persoana avută în vederea acestuia inițial), reținându-se astfel comiterea unei tentative la infracțiunea dorită și a unei fapte penale consumate, din culpă, față de persoana căreia i s-a adus efectiv atingere.

Potrivit ultimei ipoteze, soluțiile s-ar impune atât în cazurile de *aberratio delicti*, cât și în situațiile de *error in persona*, dacă se produce un alt rezultat decât cel aflat în reprezentarea făptuitorului, avându-se în vedere caracterul subiectiv al răspunderii penale. Astfel, atunci când un individ ia decizia de a comite o infracțiune, acesta la nivel psihic își formează propriile idei și meditează, dacă s-ar putea spune așa, la modul în care va acționa formându-și mental o legătură cu un obiect determinat. Prin urmare, forma de vinovăție nefiind tot timpul intenția se cere ca rezultatul să fie concret și să se refere la un obiect material individualizat după trăsături obiective, intenția neputându-se referi la categorii juridice de obiecte. Așadar, ideea că legea penală ocrotește ființa umană în general și susținerea unității de infracțiune în cazul infracțiunii deviate este greu de reținut.

Deși legea penală are caracter general, rolul organelor judiciare este acela de a individualiza fiecare faptă concretă și de a adapta prevederile legale în funcție de fiecare situație, luând în considerare și poziția psihică avută în raport cu cele întâmplate.

Gavril Paraschiv și Doinel Dinuică propun, pentru o înțelegere mai bună a fenomenului, o analiză a fiecărei modalități de infracțiune deviată cu elementele constitutive și procesele mediului firesc în care decurg acestea.

În ceea ce privește modalitatea *aberratio ictus*, făptuitorul intenționează să comită o infracțiune tipică, să aduca atingere unui obiect material, fie că este vorba despre un bun oarecare sau despre corpul unei anumite persoane, însă, datorită devierii acțiunii asupra unui alt obiect material s-a produs un rezultat distorsionat, cu un rezultat diferit decât cel urmărit inițial, pentru care nu există un model legal unic de infracțiune. Privind acest lucru în mod obiectiv, se poate observa sub aspectul proceselor naturale, că alături de elementele care intră în conținutul infracțiunii naturale simple care s-a produs cu intenție, apar și alte elemente ce formează un alt conținut de infracțiune comisă cu o altă formă de vinovăție și un alt rezultat, produs de aceeași acțiune deviată, pentru care există o nouă legătură de cauzalitate între acțiune și urmarea produsă efectiv.

Infracțiunea, pe care făptuitorul își propusese inițial să o comită, având ca formă de vinovăție intenția, rămâne în fază de tentativă, deoarece rezultatul dorit nu se produce, pe când cea de-a doua infracțiune este săvârșită din culpă, deoarece nu a fost depusă toată silința pentru a evita lezarea altui obiect material și de a avea o reprezentare corectă și completă a realității. În urma analizei modalității *error in persona*, se dă aceeași soluție deoarece singura diferență cu privire la *aberratio ictus* o reprezintă cauza care determină devierea acțiunii ilicite asupra altui obiect material.

Cu privire la argumentul adus în susținerea soluției unității naturale de infracțiune în cazurile de *error in persona* sau *error in objecto*, în sensul că nu s-a desfășurat o activitate materială specifică laturii obiective a infracțiunii împotriva obiectului material avut în reprezentarea făptuitorului, care prin ipoteză ar putea lipsi de la locul faptei, și că, drept urmare, nu s-a comis o tentativă la infracțiunea față de acesta, i se aduce contraargumentul conform căruia, potrivit Codului penal, există tentativa improprie și în situația în care consumarea infracțiunii nu a fost posibilă datorită faptului că obiectul material al infracțiunii lipsește de la locul unde făptuitorul credea că se află. În consecință, tentativa nu poate fi reținută doar în situația inexistenței integrale a obiectului material. Astfel, luând în considerare procesele naturale, făptuitorul își îndreaptă acțiunea către un lucru existent în realitate și deci se poate reține tentativa chiar dacă lipsește accidental de la locul unde se știa inițial că este. În momentul în care confuzia sau eroarea făptuitorului face ca alt obiect material să fie atins se reține și o infracțiune consumată, din culpă.

În concluzie, reținerea unității infracționale prin ficțiune juridică este ceva nedemn de domeniul dreptului și mai individualizat spus de domeniul dreptului penal. În mod clar, includerea infracțiunii deviate în categoria pluralității aparente este de natură să producă nedreptăți și în același timp să lase nepedepsite numeroase încălcări ale legii. Un exemplu, dat tot într-un articol scris de Gavril Paraschiv și Doinel Dinuică, pentru care este absurd să se rețină o infracțiune unică căruia să i se atribuie ca formă de vinovăție intenția, este acela în care făptuitorul, dorind să omoare un dușman, ucide, datorită devierii acțiunii sau erorii, o persoană apropiată cum ar fi tatăl, fiul etc., pe care ar fi voit să o apere de orice agresiune. Reținerea intenției este cu adevărat o ficțiune juridică. Considerând că rezolvarea este înglobarea infracțiunii deviate în clasa unității naturale de infracțiune, în caz de error in persona sau aberratio ictus, nu s-ar permite nici rezolvarea în realitate a situației în care tentativa asupra unei persoane, având o anumită calitate care s-ar fi aflat în reprezentarea făptuitorului, este asimilată unei infracțiuni consumate asupra unei persoane care nu are aceeași calitate (de exemplu, infracțiunea de atentat care pune în pericol siguranța statului nu poate fi absorbită, prin ficțiune juridică, de către infracțiunea de omor în situația în care este comisă asupra unei alte persoane care nu are calitatea primei victime, în situația în care se atentează asupra vieții unui demnitar, punându-se în pericol siguranța statului, însă proiectilul deviază, omorând o altă persoană). În realitate, în asemenea situații s-au comis două infracțiuni distincte, prima cu intenție, iar cea de-a doua din culpă.

În baza pluralității aparente se vor neglija intențiile adevărate ale făptuitorului și se va neglija clarificarea situației juridice cu privire la obiectul material avut în vedere inițial de către făptuitor. Este nefirească absorbția unei tentative într-o faptă consumată dacă avem în vedere faptul ca fiecare infracțiune s-a comis în raport cu victime diferite. Mai mult, prin rezumarea infracțiunii deviate la o unitate naturală se deviază de la anumite principii de drept penal cum ar fi legalitatea incriminării și răspunderii penale, individualizarea sancțiunilor penale. Soluția care ar trebui adoptată este aceea a pluralității reale prin reținerea concursului între tentativa asupra obiectului material inițial urmărit de făptuitor și infracțiunea consumată din culpă cu privire la rezultatul final efectiv produs asupra obiectului material.

În eventualitatea unei propuneri de lege ferenda, formularea are nevoie de claritate încât îndoielile și interpretările care ar putea induce orice dubiu să nu fie posibile. În primul rând la relevarea mecanismului de formare a infracțiunii trebuie să se aibă în vedere starea psihică a făptuitorului și intenția cu care acesta își pune în aplicare gândurile infracționale și starea realmente periculoasă în care se află persoana vizată chiar dacă în primă instanță fapta rămâne în stare de tentativă, aceasta neputând fi dusă în punctul dorit, datorită devierii. În al doilea rând legea trebuie să se impună în sensul că trebuie acceptată ca formă de vinovăție culpa în legătură cu a doua victimă, deoarece este evident că făptuitorul nu a urmărit rezultatul faptei sale (nu a urmărit ca acțiunea să se îndrepte asupra victimei finale), deși acesta trebuia și ar fi putut să-l prevadă.

Specialiștii în drept ar avea o muncă destul de solicitantă în găsirea exprimărilor corecte și exacte, astfel încât analizele să nu prindă diferite nuanțe, deoarece, după cum se știe, părerile juriștilor nu au cum să fie tot timpul omogene, limba română lăsând mereu loc de interpretare.

Referințe bibliografice:

- Prof. univ. dr. Antoniu George, *In honorem: Culegere de studii juridice*, Ed. Sitech, Craiova, 2009.
- Constantin Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracțiuni*, Ed. Universul Juridic, București, 2008.
- Gavril Paraschiv, Doinel Dinuică, *Controverse în legătură cu infracțiunea deviată*, Dreptul, Anul XXX, Nr. 9 [2007]
- Victor Ponta, Daniel Mihai Dragnea, Mihai Mitroi, *Drept penal: Parte generală*, Ed. Hamangiu, București, 2006.
- Costel Niculeanu, *Despre infracțiunea deviată*, Dreptul ; Anul XIII, Seria a III-a, Nr. 2 (2002).
- C. Bulai, *Manual de drept penal*, Editura All, București, 1997.

BAIL IN CRIMINAL PROCEEDING

Edina PÓSA *

Abstract

Bail – according to the Hungarian act on criminal proceedings – is the amount of money determined by the court, which assures the presence of the defendant during the proceeding. It has been already provided in the first act on criminal proceedings in 1896. There were heated debates before the re-introduction of bail. Bail can be granted when there is only one reason to hold the defendant in custody: namely if it is likely that the defendant will abscond, hide or he/she won't appear before the court. Bail can be granted at any time during the proceeding, regardless of the committed crime, and only the court can grant it. Anybody can pay the bail on behalf of the defendant, and it can be paid only in cash. The defendant doesn't get back the bail if he/she has absconded, hidden or hasn't appeared before the court and he/she couldn't give reason for his/her default. The state gets the confiscated bail. The amount of bail shall be refunded to the defendant if the proceeding is terminated, he/she begins to serve his/her sentence or another reason of the custody has arisen. The International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms oblige the states to regulate as many substitute of pre-trial detention as they can. Bail is a very often used mean in the Anglo-American legal system, because personal liberty is the most protected fundamental right in these countries. Bail is provided in the Bail Act of 1976 in England and Wales. Bail is provided in an act of 1984 in the United States.

Az óvadéket Magyarországon a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény szabályozza. Ez a jogintézmény nem idegen a magyar büntetőeljárástól, már az első, 1896-ban elfogadott Bűnvádi Perrendtartás is tartalmazta. A törvény szerint az óvadék a bíróság által meghatározott összeg, amely a terheltnek az eljárási cselekményeken való jelenlétét biztosítja. Újbóli bevezetése heves vitákat váltott ki jogászi körben, bírálói és támogatói is voltak. Óvadék alkalmazására csak abban az esetben kerülhet sor, ha az előzetes letartóztatás oka a terhelt szökésének, elrejtőzésének a veszélye vagy más okból megalapozottan feltehető, hogy az eljárási cselekményeknél a jelenléte másképp nem biztosítható. Óvadék alkalmazására bármilyen bűncselekmény esetén, az eljárás bármely szakaszában lehetőség van, és csak a bíróság engedélyezheti. Az óvadéket csak készpénzben lehet letenni, de a terhelt helyett más is megfizetheti. Nem jár vissza az óvadék a terheltnek, ha az óvadék letételét követően szabadlábra helyezett terhelt előzetes letartóztatását a bíróság azért rendeli el, mert a terhelt az eljárási cselekményen idézés ellenére nem jelent meg, és elmaradását előzetesen alapos okkal nem mentette ki, vagy az akadály megszűnése után nyomban alapos okkal nem igazolta. Az óvadék visszajár, ha az óvadék letételét követően a terhelt előzetes letartóztatásának más oka merült fel, ha az előzetes letartóztatás oka a szökés, elrejtőzés veszélye, de a terhelt még nem szökött meg, illetve rejtőzött el, ha az ügyész a nyomozást megszüntette, illetőleg annak határideje lejárt, vagy az ügyész a vádemelést elhalasztotta vagy ha a bíróság az eljárást jogerős ítélettel vagy az eljárást megszüntető végzéssel befejezte. A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya és Az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezmény szerint az államoknak törekedniük kell arra, hogy minél több előzetes letartóztatást helyettesítő eszköz alkalmazására biztosítsanak lehetőséget. Az angolszász államokban még elterjedtebb az óvadék, mert ezen országok történelmi fejlődéseire is visszavezethető okból a személyes szabadsághoz való alapjog kimelt védelemben részesül.

Keywords: *bail, pre-trial detention, bail conditions, personal liberty, right to free movement*

Az óvadék jelenleg a büntetőeljárás olyan intézménye, amely ma már nemcsak az angolszász jogrendszerben van jelen, hanem Európa néhány meghatározó országában is. Az óvadék a mai, magyar jogrendszerben elég „friss jogintézménynek” tekintethető, hiszen a rá vonatkozó szabályok mindössze hét éve alkalmazhatóak.¹ Az elmúlt időszakban széles körűvé vált jogi tájékozatlanság

* Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary (edinaposa@freemail.hu). This study has been elaborated under the coordination of Dr Erika Róth.

¹ Kardos Sándor: *Az óvadék a büntetőeljárásban*. Ad futuram memoriam: Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007. 66. o.

eredményeként még jogászai körökben is elterjedt az a tévhit, hogy az óvadék egyike az új büntetőeljárás törvény külföldről, elsősorban az USA-ból „importált” és a magyar jogi hagyományoktól idegen új intézményeinek.² Pedig a magyar büntetőeljárás történetében nem ismeretlen az óvadék intézménye. Már az első magyar Bűnvádi Perrendtartás, az 1896. évi XXXIII. törvénycikk is szabályozta, biztosíték elnevezéssel. Ezeket a szabályokat az 1363/1945. ME. sz. rendelet hatályon kívül helyezte. A jogintézményt újra, de már óvadék cím alatt az 1998. évi XIX. törvény (Be.) vezette be a magyar büntetőeljárásba és 2003. július 1-től alkalmazható.

Az óvadék magyar szabályozása

A törvényi definíció szerint az óvadék a bíróság által meghatározott összeg, amely a terheltnek az eljárási cselekményeken való jelenlétét biztosítja. Az óvadék tehát az előzetes letartóztatásnál enyhébb jogkorlátozást jelentő, azt helyettesítő eljárásjogi eszköz, amely vagyoni értéke folytán hivatott biztosítani, hogy a terhelt ne szökjön meg, illetve a hatóság megjelenésre felszólító határozatának engedelmeskedjék.³ Másként fogalmazva az óvadék a büntetőeljárásban az eljárás alá vont személy által nyújtott biztosíték, amely arra szolgál, hogy a szabadlábon levő személy a büntetőeljárás cselekmény során rendelkezésre álljon. Az előzetes letartóztatás alternatíváját jelenti, mert lehetőséget nyújt arra, hogy a terhelt jelenlétét úgy biztosítsák az eljárási cselekményeknél, hogy egyben a személyi szabadságát ne vonják el.⁴ Célja tehát a megjelenési kötelezettség kikényszerítése. A terhelt holléte egyébként érdektelen, csak az a fontos hogy a hatóság által előírt időben a meghatározott helyen eljárásjogi értelemben cselekvőképes állapotban megjelenjen.

Az óvadék újbóli bevezetését heves tiltakozások és viták előzték meg. Az óvadék elleni lehangzatosabb érv mindig is az volt, hogy a vagyonosabb rétegnek nyújt előjogokat, míg a szegényebbek sok esetben nem tudják előteremteni a szabadlábra helyezéshez szükséges mértékű összeget.⁵ Ugyanerre hivatkoztak a szocializmus idején: egyrészt társadalmi oldalról túlzottan anyagi, pénzközpontú jellege volt az óvadék elutasításának az oka, másrészt jogi szempontból feleslegesnek tartották, hisz a letartóztatás mindig csak lehetőség, soha nem kötelező és rengeteg garanciális szabálya van. Az érv, miszerint az óvadék csak a vagyonosok számára biztosít előnyt, igen könnyen cáfolható. Az óvadék mértékét ugyanis nemcsak az elkövetett cselekmény, illetve a várható büntetés súlyához kell igazítani, hanem igen jelentős szerepet kap a terhelt személyi és vagyoni helyzete is. Ugyancsak az óvadékkal szembeni érv lehet az a megállapítás, miszerint ha a terhelt fogva van, akkor az ésszerű időn belüli tárgyalás az érdeke, míg ha óvadék mellett szabadlábon van, akkor inkább az eljárás elhúzása a célja. Ez azonban legfeljebb akkor lehet igaz, ha a terheltre végrehajtandó szabadságvesztés vár, ellenkező esetben mindaddig nem tudja használni a pénzét, amíg az eljárás be nem fejeződik, ezért nem célja annak elhúzása sem.⁶

Számos érvet hoztak fel az óvadék bevezetése mellett is. Az előzetes letartóztatásban eltöltött hosszabb idő negatív hatást gyakorol a büntetés kiszabási gyakorlatra. Amennyiben ugyanis a terhelt a bírói gyakorlat szerint vele szemben kiszabható szabadságvesztésének jelentős részét vagy egészét előzetes letartóztatásban töltötte, az első fokon kiszabott büntetés akkor is végrehajtandó szabadságvesztés lett, ha a szabadlábon védekező terheltet ugyanolyan körülmények között csupán végrehajtásában felfüggesztett szabadságvesztésre ítélték vagy szabadságelvonással nem járó

² Bócz Endre: *Két témakör a büntetőeljárás törvényéből*. Ügyvédek Lapja, 2004. évi 3. szám, 3. o.

³ Herke Csongor: *A letartóztatás*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002. 214. o.

⁴ Kardos Sándor: *Az óvadék a büntetőeljárásban*. Ad futuram memoriam: Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007. 66-67. o.

⁵ „Csak megjegyezném, hogy a tehetősebb gyanúsított manapság is előnyt élvez: elég ha a kirendelt védelem színvonalára gondolunk.” Balla Péter: *Néhány gondolat az óvadékról*. Rendészeti Szemle, 1994. évi 9. szám, 80. o.

⁶ Herke Csongor: *A letartóztatás*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002. 214-215. o.

szankcióval sújtották volna. A kiszabott szabadságvesztés időtartama pedig ez esetben várhatóan lefedte vagy erősen megközelítette a fogva tartásban töltött időt. Ez a gyakorlat egyrészt kedvező volt a terhelt számára, hiszen az előzetes letartóztatás végrehajtásbeli körülményei elméletileg enyhébb korlátozást jelentenek, mint a jogerős szabadságvesztés esetén, de ez csak akkor jelentett előnyt, ha a jogerősen alkalmazott szankció szabadságvesztés-büntetés volt.⁷ Másrészt az előzetes letartóztatás megelőzi a jogerős bírói ítéletet, amely eldönti a terhelt bűnösségének kérdését. Előfordulhat, hogy a terhelt végül ártatlannak bizonyul. Ilyen esetekben összehasonlíthatatlanul kisebb sérelem éri azt, aki óvadék segítségével elkerülte az előzetes letartóztatást.⁸ Nem is beszélve arról, hogy amennyiben egy jelentős jövedelemmel rendelkező személyt előzetes letartóztatásba helyeznek és utólag felmentik, a törvényi feltételek fennállása esetén igen magas kártalanításra tarthat igényt. Ezzel szemben, ha óvadék mellett szabadlábra helyezik, akkor a vagyoni kockázat átszáll a terheltre, hisz esetleges szökése esetén az óvadék összege az államra száll.⁹

Óvadék alkalmazására a büntetőeljárásban akkor kerülhet sor, ha a konkrét ügyben fennállnak a letartóztatás ún. általános feltételei, továbbá az óvadék engedélyezésére kizárólag akkor van lehetőség, ha a terhelt előzetes letartóztatására a Be. 129. § (2) bekezdés b) pontjában meghatározott ok miatt került sor, azaz, ha a terhelt szökésének vagy elrejtőzésének veszélyére tekintettel vagy más okból megalapozottan feltehető, hogy az eljárási cselekményeknél a jelenléte másképp nem biztosítható. Az óvadék alkalmazása nem terjedhet ki az előzetes letartóztatás valamennyi esetére, mert nem veszélyeztetheti a büntetőeljárás sikerét.¹⁰

A Be. 327. § (2) bekezdése szerint, ha az ügydöntő határozat a kihirdetéskor nem emelkedik jogerőre, a bíróság elrendelheti a vádlott előzetes letartóztatását, ha az ítéletben kiszabott szabadságvesztés tartamára figyelemmel a vádlott szökésétől vagy elrejtőzésétől kell tartani. Ez a rendelkezés szövegezésében megegyezik a Be. 129. § (2) bekezdés b) pontjában meghatározott előzetes letartóztatási okkal. A bírói gyakorlat azonban kifejtette, hogy a két előzetes letartóztatási ok nem azonos. A Be. 327. § (2) bekezdésének célja a szökés vagy elrejtőzés veszélyének kiküszöbölése, amelyre a nem jogerősen kiszabott büntetés súlyossága nyújt következtetési alapot, ellenben a Be. 129. § (2) bekezdés b) pontja célként a terhelt eljárási cselekménynél kötelező jelenlétének biztosítását szolgálja. Ezért a Be. 327. § (2) bekezdése esetén nem lehetséges az óvadék alkalmazása.¹¹ Ezért van az, hogy bár a törvény rendelkezései lehetővé teszik az óvadék letételét az egész eljárás során, annak jogerős befejezéséig, a másodfokú eljárásban a jelenlegi szabályozás mellett óvadék letételére nincs lehetőség. Ugyanis míg a terhelt eljárási cselekményeknél való jelenléte az elsőfokú eljárás során nélkülözhetetlen, addig a másodfokú eljárásban csak nagyon ritkán van szükség a terhelt jelenlétére, közreműködésére.¹²

Óvadék felajánlására bármilyen büncselekmény esetén lehetőség van. A felnőtt terheltek mellett a törvény nem zárja ki fiatalokú terhelt esetében sem az óvadék lehetőségét. Az óvadék megállapítását a terhelt vagy a védő az előzetes letartóztatás kérdésében döntésre jogosult bíróságnál indítványozhatja. A vádirat benyújtása előtt a nyomozási bíró, azt követően a perbíróság jár el. A bíróságnak akkor is rendelkeznie kell az előzetes letartóztatásról, ha a felajánlott óvadékot elfogadja, de annak tényleges letétele nem történik meg. Ebben az esetben az óvadéki összeg letételekor rendelkezik a bíróság az előzetes letartóztatás megszüntetéséről. Az óvadék szabályait módosító 2006. évi LI. törvény hatályon kívül helyezte azt a lehetőséget, hogy az óvadékot a terhelt helyett más is felajánlhatja. Ez ugyanis azt a problémát vetette fel, hogy bár az óvadék megengedhetősége

⁷ Róth Erika: *Az elítélés előtti fogvatartás dilemmái*. Osiris Kiadó, Budapest, 2000. 98. o.

⁸ Polt Péter: *Az óvadékról*. Belügyi Szemle, 1986. évi 7. szám, 12. o.

⁹ Herke Csongor: *Az előzetes letartóztatást helyettesítő intézmények, különös tekintettel az óvadéokra*. Bírak Lapja, 1996. évi 1-2. szám, 100. o.

¹⁰ Polt Péter: *Az óvadékról*. Belügyi Szemle, 1986. évi 7. szám, 12. o.

¹¹ EBH 2003.842

¹² Makai Lajos: *Óvadék a másodfokú eljárásban*. Tanulmánykötet Erdős Emil professzor 80. születésnapja tiszteletére, Pécs 2005. 360-362. o., 364. o., lásd továbbá BH 2004. 135

kérdésében tartott ülésen a bíróságnak meg kellett hallgatnia a felajánlót, de nem volt törvényi lehetősége, hogy vagyoni helyzetét, személyi körülményeit részletesen vizsgálja, a felajánló pedig nem volt köteles válaszolni a bíróságnak az ilyen tartalmú kérdéseire. Nem tekinthető tanúnak, ezért a válaszok tekintetében igazmondási kötelezettsége sem volt. Továbbra em kizárt viszont, hogy a terhelt helyett más fizesse meg ténylegesen az óvadékot.¹³

Az óvadék megállapításának tárgyában a bíróság ülést tart, ezen az ügyészt, a terheltet és a védőt meghallgatja. Ha a védő az ülésen értesítés ellenére nem jelent meg, az ülés a távollétében is megtartható. Azonban nem szükséges ülés tartása, ha már az iratokból nyilvánvalóan megállapítható, hogy az előzetes letartóztatás elrendelésének, fenntartásának indokai között olyan különös okok is szerepelnek, amelyek mellett kizárt az óvadék ellenében történő szabadlábra helyezés.¹⁴ Ha ezt az automatikus elutasítást a terhelt és a védője szeretné elkerülni, először írásbeli indítványt kell előterjeszteniük arra vonatkozóan, hogy a bíróság először változtassa meg az előzetes letartóztatás indokait, majd ezt követően nyílik lehetőség az óvadék elfogadása tárgyában döntő ülés megtartására.¹⁵

A bíróság az óvadék összegét a terhelt személyi körülményeire és vagyoni helyzetére figyelemmel állapítja meg. A bíróságnak az óvadék mértékének megállapítása során meg kell vizsgálnia a terhelt előéletét, foglalkozását, társadalmi helyzetét, családi körülményeit, vagyoni és jövedelmi helyzetét.¹⁶ A terhelt vagyoni helyzetének felderítése érdekében tisztázni kell, hogy mennyi a havi jövedelme, keresete, kik élnek vele egy háztartásban, mennyi az egy főre eső jövedelem, a terhelt tulajdonában milyen ingó/ingatlan vagyon van, milyen adóssága, tartozása van stb. Az összegszerűség terhelt általi indítványozására nincs törvényi lehetőség. A törvény nem rögzíti az összeg alsó és felső határát, ezzel is el kívánja kerülni a jogalkotó, hogy az óvadék a vagyoni helyzetétől függő kiváltság legyen.¹⁷ A bíróság először arról dönt, hogy egyáltalán fennállnak-e az óvadék ellenében történő szabadlábra helyezés feltételei, majd ezt követően mérlegeli, hogy mekkora az az összeg, amely a terhelt szökésének megakadályozására alkalmas. Azonban sohasem köteles a bíróság a terheltet óvadék ellenében szabadlábra helyezni. A Be. tehát a teljesen fakultatív rendszer alapján áll. A bíróság csak akkor rendeli el az óvadékot, ha meg van győződve arról, hogy a kényszerintézkedés képes biztosítani a terhelt bíróság előtti megjelenését. Ha efelől kétségei vannak, az óvadék iránti kérelemnek helyt adó határozatában lakhelyelhagyási tilalmat, valamint házi őrizetet is elrendelhet. A terhelt előzetes letartóztatásának óvadék ellenében történő megszüntetése ellen kizárólag az ügyész és a pótmagánvédő élhet fellebbezéssel. A Be. törvény az óvadék elutasítása elleni fellebbezésről nem rendelkezik, tehát a 347. § (1) bekezdése, vagyis az általános szabályok szerint van helye fellebbezésnek.¹⁸ A terhelt és a védő az eljárás folyamán bármikor ismételtlen benyújthatja az óvadék engedélyezése iránti indítványt, ebben azonban új tényre kell hivatkoznuk.

A bíróság által jogerősen megállapított óvadékot a bíróságon készpénzben kell letenni, vagy annak letételét külön jogszabályban meghatározott módon kell igazolni. A Be. tehát csak a készpénzt ismeri el az óvadék formájaként, illetve a készpénz letevésével egyenértékűnek kell tekinteni a terhelt bankszámlájáról történő átutalást is. Véleményem szerint azonban a Be. indokolatlanul szűkre szabja az óvadékként elfogadható eszközök körét. A készpénzen kívül számos más lehetőség is lehetne az óvadék teljesítésére. Ilyen például az értékpapír vagy az ingó-ingatlan vagyon jelzáloggal történő megterhelése. Továbbá mintegy erkölcsi jellegű biztosítékként elképzelhető a kezesség is.

¹³ Kovács Judit: *Az óvadék alkalmazásának egyes elméleti és gyakorlati kérdései*. Ad futuram memoriam: Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007. 114-115. o.

¹⁴ <http://www.fovarosi.birosag.hu/szellemimuhely/osszefoglalo2.htm> a letöltés ideje: 2010. augusztus 20.

¹⁵ *Büntető eljárásjog* (szerk.: Tóth Mihály). HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2009. 256-256.o.

¹⁶ Herke Csongor: *A letartóztatás*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002. 219. o.

¹⁷ Kovács Judit: *Az óvadék alkalmazásának egyes elméleti és gyakorlati kérdései*. Ad futuram memoriam: Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére, Pólay Elemér Alapítvány Szeged, 2007. 119. o.

¹⁸ <http://www.fovarosi.birosag.hu/szellemimuhely/osszefoglalo2.htm> a letöltés ideje: 2010. augusztus 20.

Az óvadék elvesztése esetén a terhelt nem kapja vissza az óvadékot, mert megszegte a bíróság által számára előírt kötelezettségeket. A Be. szerint nem jár vissza az óvadék a terheltnek, ha az óvadék letételét követően szabadlábra helyezett terhelt előzetes letartóztatását a bíróság azért rendeli el, mert a terhelt az eljárási cselekményen idézés ellenére nem jelent meg, és elmaradását előzetesen alapos okkal nem mentette ki, vagy az akadály megszűnése után nyomban alapos okkal nem igazolta. Az elvesztésnek tehát abszolút és relatív okai lehetnek. Abszolút ok fennforgása esetén igazolásnak helye nincs, ilyenkor az óvadék mindenképpen elvész a terhelt számára. Erről van szó akkor, ha a terhelt megszökött vagy a hatóság elől elrejtőzött. Relatív ok esetén van helye igazolásnak a Be. általános szabályai szerint. Ilyen ok, ha a terhelt a szabályszerű idézés ellenére nem jelenik meg; a terheltet a bíróság előtt bejelentett címen nem lehetett szabályszerűen idézni vagy a jogerősen kiszabott szabadságvesztés végrehajtását nem lehet az előírt időben megkezdeni.

Ha az óvadék visszajár a terheltnek, ezt nevezzük az óvadék felszabadulásának. A Be. szerint az óvadék visszajár, ha az óvadék letételét követően a terhelt előzetes letartóztatásának más oka merült fel, ha az ügyész a nyomozást megszüntette, illetőleg annak határideje lejárt, vagy az ügyész a vádemelést elhalasztotta, vagy ha a bíróság az eljárást jogerős ítélettel vagy az eljárást megszüntető végzéssel befejezte, azzal, hogy szabadságvesztés-büntetés kiszabása esetén az óvadék csak attól az időponttól jár vissza, amikor a terhelt megkezdte a büntetése letöltését. Az óvadék akkor is visszajár, ha a terheltet pénzbüntetésre ítélik, semmilyen körülmények között nem lehet az óvadékot „beszámítani”. Ha a terhelt elveszti az óvadékot, akkor az az államra száll. Létezik azonban olyan felfogás, hogy ezt az összeget meghatározott célokra kellene fordítani, így például a bűnügyi költségekre vagy a sértett kártalanítására.

Nemzetközi elvárások

Több nemzetközi egyezmény és dokumentum is foglalkozik a személyes szabadsághoz való alapjoggal, az ezt a jogot korlátozó előzetes letartóztatással, illetve az ennek helyettesítésére szolgáló eszközökkel, többek között az óvadékkal. Az *ENSZ Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata* úgy rendelkezik, hogy „minden személynek joga van az élethez, szabadsághoz és a személyi biztonságához.” (3. cikk) „Senkit sem lehet önkényesen letartóztatni, őrizetbe venni vagy száműzni.” (9. cikk). Ezeket a szabályokat bontja ki a *Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya*, amelynek 9. cikke szerint: „Az általános szabály ne legyen az, hogy az ítélethozatalra váró személyt őrizetben kell tartani, azonban a szabadlábra helyezést függővé lehet tenni olyan biztosítékoktól, amelyek szavatolják, hogy az érintett személy a tárgyaláson, a bírósági eljárás bármely más szakában, illetőleg adott esetben az ítélet végrehajtása céljából megjelenik.” Az ENSZ alapvető iránymutatása a személyi szabadságot korlátozó kényszerintézkedések szabályozásával kapcsolatban az, hogy a terheltnek lehetőleg biztosítani kell a szabadlábán védekezést. Ezt kívánja meg a személyi szabadság védelméhez való jog, de az ártatlanság védelmének főszabálya szerint is így kellene eljárni.

Az *Egyezségokmány* rendelkezéseivel helyenként szó szerint megegyezik *Az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezmény* (a továbbiakban: Római Egyezmény), amit 1950. november 4-én fogadtak el az Európa Tanács tagjai, és amelynek 5. cikke szerint: „A szabadlábra helyezés olyan feltételekhez köthető, melyek biztosítják a szabadlábán való megjelenést.”

A *Római Egyezmény* által rögzített elvek gyakorlati megvalósulását kívánta előmozdítani az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának *11. számú határozata*, amelyet 1965. április 9-én fogadtak el. 1980-ban szintén a Miniszteri Bizottság fogadta el a *11. számú ajánlást* az ítélethozatal megelőző fogva tartást illetően. Mindkét dokumentum elsődleges célként jelöli meg az előzetes letartóztatás alkalmazásának és időtartamának minimumra szorítását. A vizsgálati fogságnak kivételes intézkedésnek kell lennie, sohasem alkalmazható büntető céllal, és egyetlen esetben sem lehet kötelező. Ugyancsak kitér mind a *Határozat*, mind az *Ajánlás* arra, hogy ha lehetséges, a vizsgálati fogság helyett más intézkedést kell alkalmazni. Ilyenként jelöli meg a *Határozat*

- a házi őrizetet,
- bizonyos hely vagy terület bírói engedély nélküli elhagyásának megtiltását,
- bizonyos időközönként a hatóság előtti megjelenés elrendelését,
- útlevél vagy más személyazonosító okmány lefoglalását,
- biztosítási intézkedés elrendelését,
- fiatalokú elkövetők speciális intézetbe küldését.

Az alternatív lehetőségeket még szélesebben bontja ki az *Ajánlás* III. része, s hozzáteszi azt is, hogy az érintett személyt figyelmeztetni kell, ha nem tesz eleget az előírt kötelezettségeknek, fogságba vethető. Az Ajánlásban felsorolt helyettesítő intézkedések a következők:

- az érintett személy ígérete a bíróság előtt megkívánt időpontban való megjelenésre és az igazságszolgáltatás menetének nem akadályozására;
- meghatározott címen lakás kötelezettsége a bíróság által lefektetett feltételek alapján;
- meghatározott hely vagy kerület engedély nélküli elhagyásának, vagy az oda belépésnek a korlátozása;
- bizonyos hatóságoknál meghatározott időközönkénti jelentkezés;
- útlevélnek vagy személyazonossági iratoknak az átadása;
- intézkedés az érintett személy óvadékaról vagy pénz biztosíték más formájáról, anyagi eszközeinek tekintetbe vételével;
- kezességre vonatkozó rendelkezés;
- felülvizsgálat vagy segítség a bíróság által kijelölt hivatal által.

Annak megakadályozására, hogy a vizsgálati fogság az elengedhetetlenül szükségesnél tovább tartson, mindkét dokumentum további garanciákat fogalmaz meg. Az *Ajánlás* az említetteken túl megismétli még a *Római Egyezmény* szinte valamennyi ide vonatkozó mondatát a letartóztatott személy haladéktalanul bíró elé állításától kezdve a fellebbezés és a szabadlábra helyezés jogáig.¹⁹

Amennyiben egy, a *Római Egyezményben* részes állam állampolgára, úgy érzi, hogy az *Egyezményben* biztosított jogait sérelem érte, a strasbourgi székhelyű Emberi Jogok Európai Bíróságához fordulhat panaszával. A Bíróság ítéletei kötelező erejűek, de nem hajthatók végre közvetlenül: nem semmisítik meg és nem változtatják meg az érintett állam egyetlen intézkedését sem. Nem javasolják, milyen intézkedést kell megtenniük az érintett államoknak, hogy orvosolják a sérelmet, nem adnak határidőt, amelyen belül ezt végre kellene hajtani, de az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága az ítéletek végrehajtását figyelemmel kíséri.²⁰

A Bíróság számos határozatában kifejtette, hogy amennyiben a fogva tartás egyetlen indoka a szökés veszélye, úgy lehetővé kell tenni a terhelt feltételes szabadlábra helyezését, ezzel egyidejűleg biztosítani kell a terhelt tárgyaláson való megjelenésének feltételeit. A strasbourgi esetjog alapján fennállhat a szökés veszélye, ha a vád alapján súlyos ítélet várható, vagy maga a bűncselekmény mondható súlyosnak. Ezekben az esetekben figyelembe kell venni a letartóztatott személyiségét és szociális körülményeit is. Fennállhatnak olyan körülmények, amelyek a szökés veszélyét minimálisra csökkenthetik a várható súlyos ítélet ellenére. A szökés veszélyét gyengíti, sőt megszüntetheti például az erős családi kötelék, ha a letartóztatottnak felesége és három gyereke van. A szociális kötődésekre mutat az is, hogy van-e a letartóztatottnak állandó lakóhelye. A strasbourgi szervek mindenesetre figyelembe veszik mérlegelésük során a lakóhely állandóságának hiányát, mint a szökés veszélyét növelő tényezőt. A munkahely léte vagy nem léte, illetve a letartóztatott foglalkozása, szakmája ugyancsak jelentős lehet. A munkahely hiánya ugyanis gyengíti az adott helyhez, országhoz való kötődéseket. Ugyanakkor, ha a letartóztatottnak mobilizálható vagyona van,

¹⁹ Róth Erika: *Az elítélés előtti fogvatartás dilemmái*. Osiris Kiadó, Budapest, 2000. 86-91. o.

²⁰ Róth Erika: *Eljárásjogi garanciák a szabadságtól történő megfosztással kapcsolatos ügyekben, a kényszerintézkedések*. Ünnepi Tanulmányok Horváth Tibor professzor 70. születésnapjára, Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997. 215. o.

amely megélhetése forrásául szolgálhat, ez már a szökés veszélyét erősítheti. A szökés veszélyét növelhetik a letartóztatott külföldi kapcsolatai. Itt elsősorban az eshet nagy súllyal latba, ha a letartóztatott idegen állam polgára. Jelentősége lehet azonban annak is, ha a terhelt külföldi, aki rokonaival tartja a kapcsolatot, ha külföldi vállalkozása, bankszámlája van.²¹

Nem indokolja azonban az előzetes letartóztatás elrendelését pusztán az a tény, hogy a terhelt büntetett előéletű, mondta ki a Bíróság a *Caballero kontra Egyesült Királyság ügyben*. Ebben az ügyben a strasbourgi bíróság megállapította, hogy a brit büntetőeljárás törvény rendelkezései sértik a *Római Egyezmény* 5. cikk 3. bekezdésének rendelkezéseit, mivel a büntetett előéletűeket eleve kizárják az óvadék ellenében szabadlábra helyezhető személyek köréből. A Bíróság több döntésében hangsúlyozta, hogy az óvadék alkalmazásának a feltételei nem elsődlegesen a cselekmény tárgyi súlyában, hanem a terhelt személyi körülményeiben és az ezen alapuló bizalom fokában keresendő. Másik nagy jelentőségű döntésében, a *Neumeister kontra Ausztria ügyben* a Bíróság azt az elvet fektette le, hogy az óvadék mértékét kizárólag arra alapozni, hogy a kérelmező a vád szerint mekkora sérelmet okozott, nem felel meg az 5. cikk 3. bekezdésének, az óvadék ugyanis azt igyekszik biztosítani, hogy a vádlott megjelenjen a tárgyaláson, nem pedig a sérelem orvoslását kívánja garantálni.²²

Óvadék az angolszász jogrendszerekben

A személyes szabadsághoz való jog kezdettől fogva kiemelt jelentőséggel bírt és bír mind a mai napig az angol és amerikai jogrendszerben. Ezért is tud az óvadék mint a szabadlábon történő védekezés egyik legfontosabb eszköze, fontos szerepet betölteni az angolszász jogrendszerű országokban. Napjainkra azonban a személyes szabadsághoz való jog védelmén túl más érvek is igazolják az óvadék alkalmazásának szükségességét. Ilyen például az, hogy a letartóztatás milyen hátránnyal jár a terhelt számára: valószínűleg elveszíti állását, családi kapcsolataira is hatással van a fogva tartás. A védő munkáját is nehezíti, ha védence nincs szabadlábon. Ráadásul a fogva tartás egy pszichológiai fegyver az ügyész kezében. Nagyobb az esélye a vádalku kötésének azért, hogy a fogva tartás időtartama csökkenjen. Nem is beszélve arról, hogy nincs elég hely minden fogva tartott vádlott számára. A védő feladata, hogy a bíró elé tárja azon bizonyítékokat, amelyek alátámasztják védence szabadlábra helyezését. Azonban nagyon fontos az ügyész hozzájárulásának megszerzése, mert a bírák kevésbé hajlanak a vádlottra kedvező döntést hozni, ha az ügyész azon az állásponton van, hogy a vádlott szabadlábra helyezése veszélyezteti a közösséget vagy szökés veszélye áll fenn.

Angliában és Walesben az 1976-os Bail Act tartalmazza az óvadéokra vonatkozó szabályokat, amelyet hatályba lépése óta többször módosítottak. Angliában az óvadéknak három formája van. A rendőrség óvadék ellenében szabadlábra helyezheti a gyanúsítottat anélkül, hogy közölné vele, milyen bűncselekménnyel gyanúsítják. Ebben az esetben azonban vissza kell térnie a gyanúsítottnak később a rendőrségre. A rendőrség továbbá azután is előírhat óvadékot, miután közölte a gyanúsítottal az állítólagosan elkövetett bűncselekményt. Ezt a jogot a rendőrségnek a Police and Criminal Evidence Act (1984) biztosítja. Ezen szabályozás bevezetésének oka a rendőrségi fogdák és börtönök túlszűfolttsága volt. A Criminal Justice and Public Order Act (1994) 1995 áprilisától tovább bővítette ezt a jogkört azzal, hogy lehetővé tette a rendőrség számára a gyanúsítottak óvadék ellenében történő szabadlábra helyezése esetén feltételek előírását. Ez a jog korábban csak a bíróság számára volt fenntartva.²³

²¹ Sléder Judit: *Az óvadék, mint a bizalom lehetséges eszköze*. Kriminológiai Közlemények Különkiadása, Bíbor Kiadó Miskolc, 2006. 163., 165. o.

²² Vicent Berger: *Az Emberi Jogok Európai Bíróságának gyakorlata*. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Budapest 1999. 99-102. o.

²³ John W. Raine – Michael J. Willson: *Just Bail at the Police Station*, Journal of Law and Society, Vol. 22, No. 4., 1995. december, 571. o.

Az óvadék harmadik formája, amikor a bíróság engedélyezi, hogy a vádlott óvadék ellenében szabadlábon védekezzék. Az 1976-os törvény alapelve, hogy minden vádlottnak és az elítéltek bizonyos körének joga van az óvadékra. A törvény taxatív felsorolja mely okok esetén nem engedélyezhető az óvadék. Azt is meghatározza, hogy a bíróságnak a döntés meghozatalakor milyen tényezőket kell mérlegelnie. Mind a rendőrség, mind a védelem tesz javaslatot az ügyészségnek az előírandó óvadék-feltételek tekintetében. Így az a javaslat, ami a bíróság elé kerül, már számos szűrőn átmegy. A bíróság ezután két szempontból mérlegeli az ügyet. Először dönt a letartóztatás és az óvadék között, és ha az óvadék mellett dönt, csak ezután mérlegeli, hogy szükséges-e, és ha igen milyen feltételeket csatolni az óvadék ellenében történő szabadlábra helyezéshez.²⁴ A bíróságnak az óvadék engedélyezéséről vagy elutasításáról hozott döntését mindig indokolnia kell. Ha az óvadék iránti kérelmet elutasítják, a vádlott a Koronabírósághoz²⁵ fellebbezhet. A vádlott kérelmezheti ismételten is az óvadék ellenében történő szabadlábra helyezését, de ilyenkor új tényekre kell hivatkoznia.²⁶ Óvadék engedélyezése esetén az ügyész fellebbezhet a feltételek megváltoztatásáért, azért hogy írjanak elő feltételt, ha feltétel nélkül engedélyezték az óvadékot, illetve az óvadék megtagadása érdekében. Ebben az esetben az ügyésznek is új tényre kell hivatkoznia. Ha a vádlott nem veti alá magát az őrizetnek vagy megszökik, és mulasztását nem tudja ésszerű okkal igazolni bűncselekményt követ el és szabadságvesztéssel büntethető.

Az Egyesült Államokban az óvadék reformjáról szóló 1984. évi törvény szabályozza ezt a jogintézményt. Kizárólag a bíróság hatáskörébe tartozik annak eldöntése, hogy a terhelt szabadlábon védekezh-e az eljárás alatt. A bíróság négyféle döntést hozhat:

– szabadon engedi a terheltet személyes meggyőződésből, vagy nem biztosított megjelenési óvadék ellenében,

– szabadon engedi a terheltet a törvényben előírt feltétel vagy feltételek mellett,

– a terhelt időleges letartóztatását rendeli el,

– a terhelt előzetes letartóztatását rendeli el.

Az a) esetben a bíró szabadon engedi a terheltet személyes kötelezvény kiállítására vagy nem biztosított megjelenési óvadék ellenében. Személyes kötelezvény esetén a terhelt arra tesz ígéretet a bíróság előtt, hogy idézésre megjelenik és betartja a bíróság által előírt magatartási szabályokat. Ilyenkor is meghatároznak egy pénzüsszeget, ezt azonban a terheltnek nem kell letétbe helyeznie, de elveszíti, ha megszegi a bíróság előírásait. A másik esetben a bíróság óvadékot ír elő, amelynek összegét szabadon állapítja meg.

A b) esetben, ha a bíróság úgy találja, hogy a terhelt szabadlábra helyezése veszélyezteti az eljárási cselekményeknél történő megjelenését, vagy a közbiztonságot vagy más testi épségét, akkor a szabadlábra helyezést a törvényben felsorolt feltételek közül egyhez vagy többhöz köti. A feltételek között szerepel ugyancsak óvadék letételének előírása. Amennyiben a terhelt leteszi ugyan az óvadékot, de gyanítható, hogy az törvénybe ütköző forrásból származik, a bíróság a pénz eredetét feltáró vizsgálatot és tárgyalást is tarthat. A törvény meghatározza azokat a szempontokat is, amelyeket a bíróságnak mérlegelnie kell a döntés meghozatal során. Az amerikai óvadéktörvény szerint lehetőség van az ítéletre vagy annak végrehajtására váró vádlott szabadlábra helyezésére, ha egyértelmű és meggyőző bizonyíték van arra, hogy a vádlott nem szökik meg és nem jelent veszélyt más személyre és a közösségre. Ha a terhelt az óvadék ellenében történő szabadlábra helyezés alatt újabb bűncselekményt követ el, az alapbüntetéshez hozzáadandó plusz szabadságvesztés-büntetésben részesül. Ha a szabadlábra helyezett terhelt megsérti a szabadlábra helyezés feltételei között előírt

²⁴ John W. Raine – Michael J. Willson: *Just Bail at the Police Station*, Journal of Law and Society, Vol. 22, No. 4., 1995. december, 572, 579. o.

²⁵ A Crown Court országos hatáskörű bíróság Angliában és Walesben, amely a városi bíróságoktól felterjesztett súlyos büntetőügyekkel foglalkozik.

²⁶ Rod Morgen-Stephen Jones: *Bail or Jail?* In.: Criminal justice under stress, Blackstone Press Limited, London, 1992., 46. o.

bíróság előtti megjelenési kötelezettségét vagy nem veti alá magát a bíróság döntésében meghatározott büntetés-végrehajtási eljárásnak szankciókkal sújtható. A vádlottnak kimentési lehetősége van, ha bizonyítja, hogy megjelenési kötelezettségének elmulasztását olyan irányíthatatlan események indokolták, amelyek alakulásában a vádlott magatartása nem felróható, és az akadály megszűnése után haladéktalanul eleget tett megjelenési kötelezettségének. Ha a vádlott bűncselekményt követett el vagy megsértette a szabadlábra helyezés feltételeit, a bíróság az ügyész indítványára visszavonja a szabadlábra helyezési határozatot és elrendeli a vádlott letartóztatását.²⁷

Záró gondolatok

Az óvadék a kontinentális jogrendszerekben, így a magyarban sem rendelkezik olyan nagy hagyománnyal, mint az angolszász jogrendszerű országokban. Azonban napjainkra nélkülözhetetlen elemévé vált a büntetőeljárásnak. Ennek a nélkülözhetetlenségnek több oka is van. Először is, mint ahogy fentebb láthattuk, több nemzetközi szervezet is azt a követelményt támasztja a tagállamai felé, hogy az előzetes letartóztatást helyettesítő eszközök minél szélesebb körét szabályozzák a büntetőeljárás törvényeikben, a felajánlott megoldások között szerepeltetve az óvadékot is. A személyi szabadsághoz való alapjog felértékelődésének lehetünk tanúi az utóbbi évtizedekben. Másodszor egyre nehezebben megoldható az előzetesen fogva tartottak elítéltektől elkülönített elhelyezése a büntetés-végrehajtási intézeteken belül. Egyszerűen a börtönök túlszűfoltak. Arról nem is beszélve, hogy az előzetes letartóztatásban lévők fogva tartása mekkora költséggel jár. Ugyanakkor a letartóztatottak számára fizikálisan és mentálisan is megterhelő a fogva tartás, és környezetükben is megbélyegző hatással jár, még akkor is, ha utóbb kiderül ártatlanságuk. Börtönártalmak is jelentkezhetnek, hiszen nem ritka a hónapokig, esetleg 1-2 évig tartó előzetes letartóztatás. Ezeket a hátrányos következményeket az óvadék tökéletesen meg tudja szüntetni. Előnye továbbá, hogy a többi kényszerintézkedésnél jóval költségkímélőbb eszköz, alkalmazása egyáltalán nem jár jelentős kiadásokkal. Véleményem szerint az óvadék semmiképp sem mellőzhető az előzetes letartóztatást helyettesítő kényszerintézkedések köréből.

References

- Balla Péter: Néhány gondolat az óvadékról. *Rendészeti Szemle*, 1994. évi 9. szám, 79-81. o.
- Vincent Berger: Az emberi Jogok Európai Bíróságának joggyakorlata. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 1999. 99- 104. o.
- Bócz Endre: Két témakör az új büntetőeljárás törvényéből. *Ügyvédek Lapja*, 2004. évi 3. szám, 3-8. o.
- Herke Csongor: A letartóztatás. *Dialóg Campus Kiadó Budapest-Pécs*, 2002. 214-232. o.
- Herke Csongor: Az előzetes letartóztatást helyettesítő intézmények, különös tekintettel az óvadéokra. *Bírák Lapja*, 1996. évi 1-2. szám, 97-118. o.
- Kardos Sándor: Az óvadék a büntetőeljárásban. Nagy Ferenc (szerk.): *Ad futuram memoriam: Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére*, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007. 66-84. o.
- Kovács Judit: Az óvadék alkalmazásának egyes elméleti és gyakorlati kérdései. Nagy Ferenc (szerk.): *Ad futuram memoriam: Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére*, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007. 111-125. o.
- Makai Lajos: Óvadék a másodfokú eljárásban. Balogh Ágnes, Hornyák Szabolcs (szerk.): *Tanulmánykötet Erdősy Emil professzor 80. születésnapja tiszteletére*, Pécs, 2005. 357-368. o.
- Polt Péter: Az óvadékról. *Belügyi Szemle*, 1986. évi 7. szám, 11-17. o.
- Róth Erika: Az elítélés előtti fogvatartás dilemmái. *Osiris Kiadó, Budapest*, 2000.

²⁷ Amerikai Ügyvédi Kamara Közép- és Kelet-Európai Jogi Kezdeményezés: *Az óvadék és a vádalku intézménye*. szerk.: Robert M. Talcott, 1998. Budapest

- Róth Erika: Eljárásjogi garanciák a szabadságtó történő megfosztással kapcsolatos ügyekben, a kényszerintézkedések. Farkas Ákos, Görgényi Ilona, Lévy Miklós (szerk.): Ünnepi tanulmányok Horváth Tibor professzor 70. születésnapjára, Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997. 214-233. o.
- Sléder Judit: Az óvadék, mint a bizalom lehetséges eszköze. Jacsó Judit (szerk.): Kriminológiai Közlemények Különkiadása, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2006. 162-167. o.
- Robert M. Talcott (szerk.): Az óvadék és a vádalku intézménye. Amerikai Ügyvédi Kamara, Közép- és Kelet-Európai Jogi Kezdeményezés, 1998.
- Tóth Mihály (szerk.): Büntető eljárásjog. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2009. 250-263. o.
- Rod Morgen-Stephen Jones: Bail or Jail? Criminal justice under stress, Blackstone Press Limited, London, 1992., 34-63. o.
- John W. Raine – Michael J. Willson: Just Bail at the Police Station. Journal of Law and Society, Vol. 22., No. 4., 1995. december, 571-585. o.
- <http://www.fovarosi.birosag.hu/szellemimuhely/osszefoglalo2.htm> a letöltés ideje: 2010. augusztus 20.

Summary:

Bail – according to the Hungarian act on criminal proceedings – is amount of money determined by the court, which assures the presence of the defendant during the proceeding. It is a substitute of the pre-trial detention, which guarantees the defendant's attendance without the restriction of personal liberty.

Bail is not a new legal institution in the Hungarian criminal proceedings. It has been already provided in the first act on criminal proceedings in 1896. These rules were repealed in 1945, because it was said not reconcilable with the socialist system. More than fifty years later bail became the part of the Hungarian criminal proceeding again.

Bail can be granted when there is only one reason to held the defendant in custody: namely if it is likely that the defendant will abscond, hide or he/she won't appear before the court. Bail can't be granted when it is likely - because of the duration of the sentence of first instance - that the defendant will abscond or hide. These two reasons have the same wording in the act, but the Supreme Court established, that these are different reasons. Bail can be granted every time, regardless of the committed crime, but the court is never obliged to grant it. Anybody can pay the bail instead of the defendant, and the court doesn't examine the source of the money. The court hears the defendant, the defence-counsel and the prosecutor before the decision. The court doesn't have to hold session, if it is obvious, according to the documents of the case, that granting of the bail is excluded. The court considers the personal and financial circumstances of the defendant, when it quantifies the amount of the bail. Minimum or maximum amount of bail is not prescribed in the act. The court makes its decision during a two-tier process. First a decision has to be made between detention or bail, and second, if bail, a decision must be made about the amount of the bail. If the court thinks it's necessary, it can rule other restrictions on the free movement for example surveillance at home or injunction against leaving a particular place or district without the permission of the judge. Bail can be paid only in cash, the act doesn't allow other form of bail. The defendant doesn't get back the bail if he/she has absconded, hidden or hasn't appeared before the court and he/she couldn't give reason for his/her default. The state gets the confiscated bail. The defendant gets back the bail if the proceeding comes to an end, he/she begins to serve his/her sentence or another reason of the custody has arisen.

Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights includes, that it shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement.

Article 5 of the Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms declares that the defendant's release may be conditioned by guarantees to appear for trial. These guarantees are detailed in the Recommendation 11 of 1980 and Resolution 11 of 1965, adopted by the Committee of Ministers. These documents offer numerous potential means to substitute the detention, among others, for bail. If a citizen of a state party to the Convention feels, that his/her right, assured in Article 5, was violated, he/she can complain to the European Court of Human Rights. The Court has expressed, if the only reason of the custody is the danger of abscond, in that case the defendant doesn't have to be detained in custody. According to the judgements of the Court, the seriousness of the crime, probable long sentence, lack of residence or job, foreign relations or citizenship can increase the danger of abscond.

Although bail isn't the invention of the Anglo-American legal system, it is applied more often in criminal proceedings in these countries, than in the countries of the continental system. The reason of it is, that personal liberty is the most important fundamental right in these countries. Bail is provided in the Bail Act of 1976 in England and Wales. The police and the court also have the authority to grant it, but there are conditions, which the police are not authorised to attach to bail. The basic principle of the act, that every defendant has right to bail. The act prescribes in which cases it is excluded to grant bail and what kind of circumstances have to be considered by the court during the decision making. If the defendant breaks the conditions or fails to surrender to custody, he/she commits a crime. The act doesn't enumerate the conditions, which the court and police can attach to bail, but the most frequent are residence, no contact with a named person, keep away from a specific address, curfew, reporting at police station, exclusion from an area, abiding by hostel rules, sureties, surrender passport.

Bail is provided in the act of 1984 in the United States. Only the court has authority to release or detain the defendant during the trial. There are two options available to the defendant according to the act, if he/she isn't remanded in custody. The court can release the defendant on personal recognizance or upon execution of an unsecured appearance bond. In this case the defendant doesn't have to pay the amount determined by the court. But it will be confiscated if the defendant breaks the rules prescribed by the court. In the other case the defendant is released on a condition or combination of conditions determined in the act. There is bail among these conditions. The court may examine the source of the money and may hold session to disclose the origin of it. If the defendant doesn't appear before the court or commits a crime during he/she is on bail, he/she will be sentenced to additional penalty. In the first case the defendant may excuse himself/herself, if he/she proves, that unavoidable events prevent him/her from fulfilling his/her duties.

It's difficult in a lot of countries to accommodate the defendants, who are in pre-trial detention. This problem can be solved easily and cheap by introducing bail into criminal proceedings. The international conventions and organizations expect their member states to provide more than one mean to substitute pre-trial detention. Granting bail is an easy way to secure the presence of the defendant during the trial and to respect the defendant's right to free movement at the same time.⁸⁵

PROVOCAREA, CIRCUMSTANȚĂ ATENUANTĂ LEGALĂ

Mihai-Valentin DOBRE*

Abstract

The challenge, as an attenuating circumstance to the felony has engendered in the speciality doctrine many opinions, and that made me search in many studies for other similar materials, for an opinion that it is accepted by most of the experts. Also, the elements which encompass the existing conditions of the challenge are divided between the authors, and the wish to document myself regarding these aspects represents a high priority and I consider that the study that I am going to do on this subject it's going to help me understand much better the science of penal right. In this project I will try to follow the devices which lead to a challenge status and the elements which form this status. I will also try to formulate a very clear demarcation between the challenge and the premeditation. I will also try to put a big accent on compared law, on the opinions of many experts, in order to get a clear and right conclusion. I will try to inspire from the jurisprudence, which encompasses the clear proof of the way the law is applied in this manner. I will present the elements that are in contradictory in compared law and I'll try to express as well as I can the opinion accepted by the majority. Also, I will search to dignify the evolution of the attenuating circumstance, in particularly the challenge, in order to understand better the mechanisms through which the contemporan penal right has been applied over the years. In conclusion, I will show the differences between the legal attenuating circumstances and judiciary attenuating circumstances, and also the way in which those can influence the judgement of the courts.

Cuvinte cheie: circumstanță; provocarea; atenuantă; agravantă; legală.

I. Considerații introductive

De-a lungul istoriei, omenirea a luat și a pedepsit pe cei care încălcau normele, regulile statuate în cadrul grupului lor și mai târziu în cadrul societății. Odată cu apariția societății și cu cristalizarea primelor reguli de drept, măsurile punitive au început și ele să fie stabilite prin norme de drept, norme care au continuat să se dezvolte în permanență de-a lungul timpului, culminând cu normele dreptului modern, în speță a dreptului penal modern.

De-a lungul timpului s-a pus deseori problema aplicării unei pedepse drepte făptuitorului, pedepsă care să corespundă gradului de vinovăție pe care acesta l-a avut în săvârșirea faptei penale, grad care depinde de diferite circumstanțe, împrejurări, situații.

În sistemul românesc de drept, aplicarea pedepselor se face în funcție de anumite criterii de încadrare a acestora, circumstanțele atenuante sau agravante fiind unele dintre acele criterii, acestea având deasemenea și fundamentalul rol de a individualiza pedepsele.

Pentru a se putea realiza oricare formă a individualizării, un rol deosebit de important îl au stările, situațiile sau împrejurările anterioare, concomitente sau subsecvente comiterii infracțiunii și care reliefează un grad mai ridicat sau mai scăzut de pericol.

În dreptul penal românesc, stările enumerate mai sus, sunt denumite cauze, care agravează sau atenuază răsunderea penală a celui care a comis fapta incriminată de legea penală.

I.1. Evoluție istorică a reglementării circumstanțelor

Acestor împrejurări în care a fost săvârșită o faptă penală nu li s-a acordat întotdeauna importanța cuvenită. În diferite sisteme de drept, au fost și continuă să fie privite încă în funcție de

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București, mihaitza_imhotep@yahoo.com, Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Traian Dima și Prep.univ.drd. Lamya Diana Al-Kawadri

înțelesul ce se dă noțiunii de infracțiune, de criteriile de stabilire a vinovăției și de scopurile urmărite prin aplicarea pedepsei.

Astfel, uneori acordarea circumstanțelor atenuante era legată de anumite întâmplări, deseori cu caracter mistic, ca de exemplu, ruperea frânghiei în timpul executării condamnatului prin spânzurătoare, creștinarea infractorului, declarația unei fete de a se căsători cu cel osândit și altele.

Alteori, aplicarea circumstanțelor, fie atenuante sau agravante, rămânea la bunul plac al judecătorilor.

Pentru a se evita un asemenea arbitrar, Codul penal francez din 1791 a introdus sistemul pedepselor absolut determinate. Aceste dispoziții au rămas în vigoare până în 1810, când au fost introduse pedepsele mărginite, iar circumstanțele atenuante puteau să fie recunoscute, dar numai în materie corecțională și anume pentru faptele prin care se cauzau prejudicii de o valoare mai mică de 25 de franci.

Apoi, în 1824, aplicarea circumstanțelor atenuante a fost extinsă și la alte infracțiuni.

În alte legislații penale se prevedea posibilitatea de a coborî pedepsele numai atunci când circumstanțele se refereau exclusiv la persoana vinovatului. Astfel, în *Condica Sturdza*, din 1826, în paragraful 174 se prevede: "hotărârea din prăvălia a pedepsei vreunei fapte, când se va judeca a fi foarte aspră, după gingășia persoanei vinovatului, atunci se micșorează, pentru că trebuie să se socotească duhul pravilei și sfârșitul ei, care privește și nu totdeauna se ia după glăsuirea cuvintelor". Spre deosebire, în alte legislații, se preciza faptul că acordarea "împrejurărilor miscătoare" și reducerea pedepsei pe baza acestora este atributul exclusiv al domnitorului.

În sistemul Codului penal de al 1936, *scuza provocării* era prevăzută de art. 155 C. pen., care enumeră următoarele cazuri:

- când crima sau delictul a fost provocat prin loviri sau violențe săvârșite fie asupra celui care a comis infracțiunea, fie asupra altuia,
- când crima sau delictul a fost provocat prin injurii grave adresate de cel care a devenit apoi victima infracțiunii, în împrejurări care au fost de natură să producă infractorului o puternică tulburare sau emoție,
- când omorul sau vătămarea sănătății ori integrității corporale sau lovirile au fost săvârșite de soțul inocent asupra celuilalt soț sau complicelui său, în momentul surprinderii în flagrant delict de adulter.

Circumstanța atenuantă a provocării nu este admisă, tot de același Cod penal atunci când:

- actul provocator provine de la un părinte sau de la o persoană căreia infractorul îi datora respect și recunoștință,
- actul provocator provine de la un copil, un nebun sau un infirm.

Cu privire la instituția circumstanțelor atenuante sau agravante, întâlnim precedente legislative atât în Codul penal de la 1864, cât și în cel din 1936.

În Codul de la 1864 erau prevăzute sub denumirea de *scuze atenuante*, atât unele cauze de diferențiere, cum ar fi minoritatea, cât și unele circumstanțe atenuante legale, cum ar fi provocarea.

Circumstanțele atenuante juridice erau generic prevăzute în art. 60, care lăsa acordarea acestor circumstanțe cu totul la aprecierea judecătorilor, legea prevăzând numai limitele în care pedeapsa putea fi redusă în cazul prezenței unei circumstanțe atenuante. În partea specială a Codului erau prevăzute unele circumstanțe atenuante legale speciale. Circumstanțele agravante speciale nu erau prevăzute, iar Codul prevedea printre cauzele generale de agravare unele, ca de exemplu recidiva.

În Codul din 1936 regăsim același sistem, cu unele îmbunătățiri, dar totuși destul de greoi, care, în titlul VII cuprindea atât cauzele care înlătuă răspunderea, cât și cele care o atenuează, lăsând în afară cauzele de agravare.

Circumstanțele atenuante judecătorești se regăseau reglementate pe larg, asta datorită faptului că infracțiunile erau împărțite în crime și delict, iar scara de pedepse era constituită din numeroase trepte.

II. Repere generale cu privire la împrejurările care atenuează răspunderea penală.

II.1. Noțiune.

Termenul de circumstanțe este folosit în dreptul penal pentru a denumi împrejurări, calități, stări sau situații care însoțesc fapta, contribuind la determinarea gradului de pericol social, la gravitatea și calificarea acesteia, sau care privesc situația personală a infractorului, determinând pericolozitatea socială a acestuia, felul vinovăției sale și incidența răspunderii penale.¹

Aceste circumstanțe se găsesc în afara conținutului esențial al infracțiunii, ele alcătuind așa-zisul conținut circumstanțial al acesteia. Atunci când legea penală prevede o faptă ca fiind infracțiune, ea are în vedere numai acele elemente fără de care fapta nu ar prezenta pericol social și deci nu ar fi infracțiune. Dar întotdeauna, o faptă este săvârșită într-un anumit context, într-o situație aparte pentru fiecare faptă, context care nu caracterizează fapta ca fiind infracțiune, sau pe făptuitor ca subiect al acesteia, dar care totuși contribuie la determinarea gradului de pericol social al acesteia, precum și la cunoașterea persoanei făptuitorului și pericolozității sociale a acestuia.

Deoarece circumstanțele sunt cele care determină gradul de pericol social al faptei, precum și atragerea răspunderii penale a infractorului, acestea au un rol deosebit în proporționalizarea și individualizarea faptei penale.

Atunci când analizăm influența pe care o au circumstanțele asupra gradului de pericol social al faptei sau al infractorului, nu trebuie să pierdem din vedere faptul că ele constau în situații care în mod întâmplător însoțesc pregătirea, comiterea sau consecințele faptei.

Din această însușire a lor, de a fi accidentale, rezultă că ele nu însoțesc și nu caracterizează neapărat orice faptă penală și nu au legătură directă cu persoana oricărui infractor. Însă, odată ce ele sunt prezente, pot determina o modificare a tratamentului juridic aplicat conform legii pentru fapta săvârșită. Tocmai din acest motiv, în secțiunea a II-a din Cap. V, *Individualizarea pedepselor*, dispozițiile de aici au ca obiect tocmai reglementarea efectelor modificatoare ale circumstanțelor referitoare la faptă și la făptuitor, reglementare care le conferă acestor circumstanțe caracterul de mijloace de individualizare a pedepsei.

II.2. Circumstanțele atenuante, formă a individualizării pedepsei.

Criteriile generale de individualizare a pedepsei sunt anumite norme sau principii referitoare la unele date sau elemente care caracterizează ori ajută la caracterizarea faptelor penale și a infractorilor de către instanțele de judecată în cadrul individualizării pedepsei.²

Potrivit art. 72. alin. 1 C.pen., la stabilirea și aplicarea pedepsei, instanța de judecată urmează a ține seama de dispozițiile Părții generale a Codului penal, de limitele de pedeapsă fixate în Partea specială, de gradul de pericol al faptei săvârșite, de persoana infractorului și de împrejurările care atenuează sau agravează răspunderea penală. Criteriile de individualizare vor fi luate în considerare atât în vederea stabilirii și aplicării pedepselor principale, cât și a celor complementare.

Din analiza art. 72 C.pen., rezultă următoarele trăsături specifice criteriilor de individualizare a pedepsei:

- sunt obligatorii, adică instanța de judecată trebuie să țină mereu cont de ele;
- sunt cumulative, în sensul că trebuie să se țină seama de toate aceste criterii;
- sunt generale, sunt aplicate și în cazul măsurilor educative și de siguranță.

Împrejurările care atenuează răspunderea penală sunt acele stări, împrejurări sau calități exterioare conținutului legal, dar care, prin legătura lor accidentală cu fapta săvârșită sau cu persoana

¹ **Vintilă Dongoroz**, *Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea generală-Volumul II*, Ed. Academiei Române, București, 2003, p.

² C. Bulai, *Manual de drept penal-partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 394.

făptuitorului, micșorează gradul de pericol social al faptei ori periculozitatea făptuitorului și, pe cale de consecință, determină o atenuare a răspunderii penale a acestuia.³

III.3. Clasificarea circumstanțelor.

În doctrina de specialitate din țara noastră, circumstanțele sunt clasificate după mai multe criterii, însă pe noi, în lucrarea de față ne interesează doar cele legale, atenuante și anume, *provocarea*.

După efectul pe care îl produc în operațiunea de stabilire și aplicare a pedepsei, circumstanțele sunt atenuante sau agravante, fiind numite așa după cum ele atrag o ușurare sau o agravare a tratamentului sancționator.

Împărțirea în stări și circumstanțe a cauzelor de atenuare a pedepsei este importantă sub raportul efectelor ce se produc asupra pedepsei în cazul unui concurs de stări și a unui concurs de circumstanțe. Stările de atenuare își produc efecte asupra pedepsei acționând succesiv, iar concursul de circumstanțe nu are același efect, provocând doar o singură atenuare, oricâte astfel de circumstanțe ar fi.⁴

În doctrina penală română a fost exprimată opinia singulară și neconvingătoare că stările de atenuare nu trebuie să aibă efecte succesive⁵.

Deosebirea dintre circumstanțele atenuante legale și cele judiciare constă în faptul că, dacă cele legale sunt obligatorii și se aplică în toate cazurile, fără excepție, cele judiciare, arătate în art. 79. C. pen., sunt judecătorești, adică pot fi considerate ca fiind atenuante de către instanța de judecată.

Circumstanțele pot fi foarte variate, în funcție de condițiile date, este posibil ca o circumstanță care de cele mai multe ori are efecte atenuante să se transforme în alte cazuri într-una agravantă. De exemplu, *starea de ebrietate*, care de cele mai multe ori este o circumstanță atenuantă, ea devine însă, o circumstanță agravantă în cazul celor care conduc mijloace de transport și care au provocat moartea sau vătămarea corporală a unor persoane.

Acest caracter echivoc al circumstanțelor face cu neputință stabilirea cu anticipație și gruparea lor în atenuante sau agravante, natura efectului lor putând fi cunoscut abia după ce acesta s-a produs în condiții concrete.

III. Provocarea, circumstanță atenuantă legală.

Textul din art. 73 C. pen. prevede că circumstanța atenuantă a provocării există atunci când infracțiunea a fost săvârșită sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții, determinate de un act provocator din partea victimei.

Pentru existența acestei circumstanțe se cere, așadar, să fie întrunite trei condiții și anume:

- infracțiunea să fi fost săvârșită sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții;
- această stare sufletească să fi fost determinată de provocare din partea victimei;
- provocarea să fi fost produsă prin violență ori printr-o atingere gravă a demnității persoanei, sau prin altă acțiune ilicită gravă.

Pentru ca instanța de judecată să poată reține această circumstanță este necesar să constate, pe de o parte, că în momentul săvârșirii faptei, infractorul se găsea într-o stare de puternică tulburare sufletească (*perturbatio animi*), adică de mânie sau într-o stare de emoție puternică, iar pe de altă parte, că starea aceasta a fost determinată de o provocare din partea victimei, provocare ce s-a făcut fie prin violență, fie printr-o atingere gravă a demnității, ori o altă acțiune gravă.

³ Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea generală*, Ed. All Beck, București, 2008, p. 469.

⁴ C. Bulai, *Manual de drept penal-parte generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 396

⁵ Gheorghe Biolan, *Regimul sancționator al infractorilor minori*, Dreptul nr. 6 pe 2007, p. 185

Prin violența de care vorbeam mai devreme se înțelege orice act agresiv de natură să provoace o tulburare sufletească sau o emoție puternică, iar dacă legiuitorul vorbește despre această violență numai în general, va putea exista provocare atât în cazul violenței fizice (loviri și alte vătămări grave ale integrității corporale), cât și în cazul violenței morale (amenințare).

Așadar, actul de provocare, în oricare formă a sa, trebuie să fi fost de așa natură încât să fi trezit, în persoana împotriva căreia a fost îndreptat, o intensă reacție psihică, o stare de puternică tulburare sufletească sau o puternică emoție. Caracterul provocator al actului trebuie apreciat nu numai sub aspect obiectiv, ci și sub aspect subiectiv și anume acela al intenției de a săvârși acte de violență fizică sau psihică. De aceea, nu poate fi considerat un act provocator lovirea sau vătămarea corporală din culpă, sau actul săvârșit de un irresponsabil, dacă infractorul cunoaște starea acestuia.

Într-o altă opinie se susține că starea de provocare poate fi reținută și în situația în care provocatorul a acționat din culpă. În acest sens s-a arătat că pentru existența provocării nu interesează dacă actul provocator a fost comis cu intenție sau din culpă, ceea ce interesează din punctul de vedere al provocării nu este poziția subiectivă concretizată a infractorului, ci numai dacă acțiunea, atitudinea acestuia concretizată în una din faptele prevăzute în art. 73 lit. b) C. pen. a produs o puternică tulburare sau emoție inculpatului, sub imperiul căreia acesta a comis infracțiunea.

În acest sens este bine a arăta că fostul Tribunal Suprem, prin decizia nr. 86/1971 s-a pronunțat pentru prima dată asupra acestei controversate probleme, și anume dacă starea de provocare poate fi generată de o acțiune ilicită comisă din culpă. Cu toate că Tribunalul Suprem s-a pronunțat în sensul că circumstanța atenuantă a provocării poate fi reținută și atunci când actul provocator a fost comis din culpă, unele instanțe nu au acceptat acest punct de vedere. În așa fel, s-a decis că noțiunea de provocare este incompatibilă cu săvârșirea unei infracțiuni din culpă.

În legătură cu situația în care o agresiune provine de la o persoană fără discernământ, în teoria dreptului penal s-au impus două opinii:

- în prima, se susține că, în măsura în care făptuitorul a cunoscut împrejurarea că victima activității provocatoare este lipsită de discernământ, nu mai poate fi reținută circumstanța atenuantă a provocării;

- în cea de-a doua, lipsa de discernământ a persoanei vătămate nu poate exclude circumstanța atenuantă a provocării, câtă vreme se constată că fapta materială a acestei persoane se înscrie între faptele prevăzute de art. 73 lit. b) C. pen. și a provocat infractorului o tulburare sau o emoție sub imperiul căreia a săvârșit fapta.

Deci, pentru a exista provocarea trebuie să existe o legătură de la cauză la efect între actul provocator și tulburarea sufletească sau emoția sub stăpânirea căreia s-a săvârșit infracțiunea. De aceea se pune întrebarea dacă de circumstanța atenuantă a provocării poate beneficia numai persoana asupra căreia s-a îndreptat actul provocator sau și o altă persoană asupra căreia provocarea s-a răsfrânt indirect, provocându-i o puternică tulburare sau emoție sub stăpânirea căreia a săvârșit fapta ce i se impută. Răspunsul este afirmativ, fiindcă actul provocator poate determina o tulburare sufletească sau o emoție puternică și altor persoane decât victima provocării. Însă, rămâne fundamental a se stabili existența tulburării sufletești sau a emoției de care persoana a fost stăpânită în momentul săvârșirii și că această stare sufletească a fost rezultatul actului provocator al persoanei vătămate.

Esența provocării este deci o stare psihică, care, slăbind autocontrolul, explică luarea deciziei infracționale și înfăptuirea ei. Reținerea stării de provocare este condiționată de o comportare culpabilă a victimei, constând într-o acțiune ilicită care a fost de natură să cauzeze o puternică stare de tulburare sau emoție. Simpla bănuială a inculpatului cu privire la intenția victimei de a-l lovi cu un cuțit determinată de gestul acestuia de a fi dus o mână la spate nu poate justifica aplicarea circumstanței atenuante, atâta vreme cât victima nu a săvârșit în mod obiectiv nicio acțiune ilicită de natură a provoca în psihicul inculpatului o puternică tulburare sau emoție.⁶

⁶ C.A. București secția a II-a penală, decizia nr. 213-1994, R.D.P. nr. 2-1995, p. 150

Deasemenea, se mai pune problema stabilirii proporției dintre actul provocator și ripostă. Deși legea nu este clară în acest sens, este lesne a se deduce faptul că o ripostă exagerată nu-și poate găsi justificarea în actul provocator, deci nu va putea conduce la aplicarea acestei circumstanțe atenuante.

Existența tulburării sufletești sau a emoției, precum și proporția dintre actul provocator și ripostă se constată de către organele de urmărire, la această constatare trebuind a se ține seama de legăturile dintre victimă și persoana provocată (rudenie, prietenie etc.), precum și de o stare de ură, de dușmănie, în acest caz trebuind a se stabili dacă nu cumva provocarea a fost doar un pretext și dacă făptuitorul nu a acționat cu premeditare

Dacă săvârșirea infracțiunii se datorează în mod evident actului provocator, în lipsa căruia infractorul nu ar fi săvârșit fapta sa, premeditarea coexistă în circumstanța provocării. Dacă însă, actul provocator nu a constituit decât un pretext pentru săvârșirea infracțiunii, circumstanța atenuantă a provocării nu va putea fi invocată.

În teorie și în practică s-a pus problema dacă o persoană provocată poate sau nu să premediteze riposta cu care îi va răspunde victimei. Astfel, s-a arătat că premeditarea se formează și se desfășoară în conștiința infractorului în mod lent, pe fondul unei stări calme, în care acesta are răgazul necesar să realizeze o activitate de pregătire materială, având ca scop săvârșirea infracțiunii. În schimb, starea de provocare are loc sub influența unei tulburări sufletești sau emoții puternice, cauzate de comportarea provocatoare a victimei, iar hotărârea de a săvârși infracțiunea este luată de cel provocat în mod spontan și este urmată imediat de săvârșirea materială a acesteia. Deosebirea esențială între premeditare și provocare constă tocmai în starea sufletească diferită a subiectului în momentul săvârșirii infracțiunii. Sub aspect psihic, premeditarea și starea de provocare se exclud reciproc și din acest motiv nu este posibilă o coexistență a lor în aceeași faptă.

Profesorul M. Basarab ajunge la concluzia ca premeditarea, indiferent că precede sau urmează stării de provocare, nu poate coexista cu aceasta deoarece presupun elemente subiective contrare, născute în împrejurări obiective diferite.

Însă, în literatura de specialitate au existat și susțineri potrivit cărora provocarea poate coexista cu premeditarea indiferent de succesiunea lor în timp.

Într-o altă opinie s-a susținut că provocarea poate coexista cu premeditarea numai dacă este posterioară premeditării.

Cel care săvârșește o faptă penală sub influența unei puternice tulburări sau emoții, trebuie să se bucure de o asemenea circumstanță, deoarece acesta dovedește un pericol social redus, de aceea trebuie să se aplice o pedeapsă mai redusă. Însă, aici trebuie reținut faptul că această circumstanță atenuantă nu duce la înlăturarea totală a pedepsei, ci numai reducerea acesteia, în funcție de aprecierea instanței de judecată, adică, circumstanța atenuantă a provocării nu are un caracter real.

Rațiunea circumstanței atenuante a provocării își are fundamentul în ideea că recunoscând provocarea ca circumstanță atenuantă se dă un avertisment în plus provocatorului, care trebuie să conștientizeze că actul său va primi o ripostă imediată și pe măsura provocării, iar cel care a fost provocat se va bucura de un tratament mai blând.

Declararea de către lege a provocării ca fiind circumstanță atenuantă are la bază ideea că acțiunea ilicită a celui care provoacă constituie cauza pentru care cel provocat săvârșește fapta penală și că el nu ar fi săvârșit acea faptă dacă lipsea existența faptei provocatoare. Însă, trebuie să specificăm că acea faptă rămâne socialmente periculoasă, deoarece nicio persoană nu este îndreptățită să-și facă singură dreptate, oricât de revoltător și de grav ar fi actul provocator.

Când actul provocator constă în violențe fizice se poate pune problema deosebirii între acesta și atacul injust care îndreptățește o apărare legitimă. Deosebirea este relativ ușor de sesizat dacă ținem seama că la legitima apărare atacul material este pe punctul de a se dezlănțui sau în curs de desfășurare creând un grav pericol, iar acțiunea de apărare este legitimă numai dacă are loc în acest moment pentru a înlătura pericolul și încetează să mai fie legitimă numai atunci când atacul s-a consumat sau agresorul a renunțat să atace.

Din contră, actul provocator apare ca un act consumat, replica fiind determinată nu de necesitatea respingerii agresiunii, ci de starea de tulburare sufletească sau de emoția pe care a produs-o acel act.

Reținem deci că cea mai mare parte a împrejurărilor care pot influența gradul de pericol social al faptei sau al făptuitorului și care pot fi catalogate ca circumstanțe atenuante nu sunt susceptibile de a fi calificate ca atare prin lege, această catalogare urmând să fie făcută de instanța judecătorească pe baza situației concrete de analizat. Această constatare face parte din obligația instanței de a stabili, în concordanță cu rolul ei activ, adevărul asupra situației de fapt în cauzele supuse judecării.

Constatarea circumstanțelor atenuante are loc chiar dacă infractorul nu este de față la judecarea procesului, acest fapt rezultând din caracterul obligatoriu pe care acestea în au.

În cazul în care suntem în fața unui concurs de infracțiuni, constatarea circumstanțelor atenuante se face separat pentru fiecare infracțiune, iar dacă o circumstanță este comună mai multor fapte, se va ține cont de acea circumstanță pentru fiecare din acele fapte.

Legea enumeră o serie de ipoteze care ar putea fi circumstanțe atenuante, însă, având în vedere ca acestea pot fi nelimitate ca număr, instanțele de judecată vor putea reține ca circumstanțe atenuante orice alte împrejurări care dovedesc un grad de pericol social redus al faptei, precum și al făptuitorului.

În practica judiciară s-a decis în mod just că nu se va putea invoca circumstanța atenuantă a provocării dacă riposta la pretinsul act provocator este rezultatul unei stări de fapt imputabile chiar infractorului⁷, de aceea, *infracțiunea provocată trebuie să se îndrepte împotriva provocatorului*. În practica de specialitate s-a admis însă o derogare de la regula mai sus menționată, atunci când actul provocator provine de la o persoană care face parte dintr-un grup care, în întregul său s-a manifestat în mod provocator, iar infracțiunea ripostă s-a îndreptat împotriva altei persoane din respectivul grup⁸.

Tot în literatura juridică s-a arătat că starea de tulburare produsă în spiritul provocatului exercită o influență asupra factorilor intelectual și volitiv în sensul grăbirii procesului de deliberare, a amplificării procesului volițional, din care cauză subiectul trece cu mai multă ușurință la executarea hotărârii luate⁹.

Atenuarea răspunderii penale când infractorul a acționat sub imperiul unei puternice tulburări sau emoții, se datorează tocmai împrejurării că puterea de inhibiție a infractorului a fost puternic influențată de această stare, el trecând cu mai multă ușurință la săvârșirea infracțiunii¹⁰.

De esența provocării, așa cum s-a subliniat în doctrină, este pe de o parte, existența unui raport de condiționare între activitatea ilicită a victimei și starea de emoție sau de tulburare psihică a infractorului, iar, pe de altă parte, infractorul să fi acționat sub imperiul acestei stări¹¹.

Starea de provocare nu se prezumă. Pentru reținerea ei este necesară o analiză concretă a stării psihice în care s-a aflat infractorul în momentul comiterii infracțiunii, pe baza tuturor probelor administrate și a împrejurărilor în care s-a săvârșit fapta. Într-o asemenea situație se exclude posibilitatea folosirii singulare a unor criterii obiective, pe baza cărora să se poată ajunge la concluzia că inculpatul s-a găsit sau nu sub influența unei stări de tulburare. Din contră, de fiecare dată se impune o verificare amplă, pentru a se putea stabili, în raport cu situația concretă, dacă inculpatul a acționat sau nu sub influența unei asemenea stări, de tulburare sau de emoție¹².

În literatura juridică de specialitate s-a arătat că starea pe care o declanșează un anumit act de provocare, nu are o intensitate constantă. Aceasta are, mai întâi o stare de creștere, atinge apoi maximum ei și scade pe măsură ce elementul provocator a încetat a mai exista și cel provocat se calmează.

⁷ C.S.J. secția penală, decizia nr. 288-1993, R.D. nr.3-1994, p. 116

⁸ Plen. Trib. Supr., decizia de îndrumare nr. 12-1996, C.D., p. 52

⁹ J. Grigoraș, *Individualizarea pedepsei*, p.136

¹⁰ Traian Dima, *Drept penal-parteă generală*, ediția a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.547

¹¹ J. Grigoraș, *Ibidem*, p. 141

¹² C.J.S. Secția penală, decizia nr. 305-1999, în *Dreptul*, nr. 2-2000, p. 186

De cele mai multe ori însă, cel provocat reacționează imediat, de unde putem deduce că momentul în care s-a săvârșit infracțiunea coincide sau este foarte apropiat de momentul în care starea de emoție sau de tulburare a ajuns la maximum ei de intensitate. Sunt și cazuri în care tulburarea psihică sau emoția pot apărea după o anumită perioadă de la declanșarea actului provocator. De aici putem înțelege că nu este obligatoriu ca activitatea infracțională să apară în toate cazurile imediat după ce s-a produs actul provocator.

O altă cerință pentru existența circumstanței atenuante a provocării este aceea ca infracțiunea săvârșită să fie îndreptată împotriva persoanei provocatorului, și nu a bunurilor sale.

În practica de specialitate s-a decis că provocarea nu se poate reține ca circumstanță atenuantă în favoarea infractorului atunci când în urma provocării el a comis o infracțiune de tâlhărie sau orice altă infracțiune împotriva patrimoniului.

Așa cum am arătat în cele expuse mai sus, avem provocare ca circumstanță atenuantă legală atunci când infracțiunea a fost săvârșită sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții determinată de o provocare din partea persoanei vătămate, produsă printr-o atingere gravă a demnității persoanei sau prin violență. Din această cauză trebuie să precizăm anumite delimitări între această circumstanță și excesul justificat și scuzabil în cazul legitimei apărări pentru a nu crea confuzie. Prin exces justificat înțelegem depășirea limitelor legitimei apărări prin săvârșirea unei fapte mai grave decât aceea care era necesară pentru a înlătura atacul, depășire care, la rândul ei a fost determinată de starea de tulburare sau de teamă în care se găsea cel atacat. De aceea, ținând seama de această stare de spirit, legiuitorul a considerat ca a fi legitimă și această apărare, așa cum vedem în art. 44, alin. 3 C. Pen., care ne arată că este în legitimă apărare și acea persoană care, din cauza tulburării sau temerii, a depășit limitele unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului și cu împrejurările în care s-a produs atacul. În acest caz, atacul trebuie să fie imediat, material, injust, direct, iar dacă nu îndeplinește aceste condiții, nu există stare de legitimă apărare și deci nu se poate vorbi nici de exces de apărare justificat. Depășirea limitelor legitimei apărări presupune existența tuturor condițiilor cerute, ea referindu-se doar la împrejurarea că riposta a depășit atacul din cauza tulburării sau temerii de care era stăpânită victima atacului.

În cazul excesului scuzabil în cazul legitimei apărări, spre deosebire de excesul justificat, desemnează acea ripostă exagerată care nu a fost determinată de starea de tulburare sau de temere provocată de atac, ci eventual de sentimentul de indignare, de mânie, de revoltă în fața violenței nejustificate. De aceea, legiuitorul nu asimilează excesul scuzabil în legitima apărare, dar prevede că acesta reprezintă o circumstanță atenuantă. Și în acest caz se cer întrunite toate condițiile legitimei apărări, fiindcă altfel nu s-ar putea vorbi de o depășire a acesteia.

În ceea ce privește starea de necesitate, vom spune doar că aceasta este acea stare în care se găsește o persoană care este nevoită să săvârșescă o faptă prevăzută de legea penală pentru a salva de la pericol iminent viața, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altuia sau un bun important al său sau al obștei. Deasemenea, pentru a exista stare de necesitate, trebuie să întrunite anumite condiții, pe care nu le vom enumera aici, deoarece dorim doar a arăta linia fină de demarcație între aceste cauze care înlătură caracterul penal al faptei sau care constituie circumstanțe atenuante. Facem acest lucru, așa cum am mai spus, pentru a încerca să scoatem în evidență caracteristicile provocării ca circumstanță atenuantă, în comparație cu alte circumstanțe sau cu cauzele care înlătură caracterul penal al faptei.

IV. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Având în vedere cele expuse mai sus, sunt de acord cu părerea majorității autorilor din literatura de specialitate, care susțin existența provocării ca circumstanță atenuantă, precum și cu condițiile pe care aceasta trebuie să le îndeplinească pentru a putea fi invocată, condiții pe care le-am expus mai sus cât mai clar cu putință.

Ca o completare a elementelor pe care le-am întâlnit de-a lungul studiului efectuat în vederea realizării acestei lucrări, țin să precizez următoarele:

-consider că este necesar a se stabili în legislație în mod neîndoielnic raportul care ar trebui să existe între provocare și măsura cu care s-a răspuns la aceasta, în acest fel putându-se îndepărta orice formă a arbitrarului din partea instanțelor de judecată, precum și o aplicare a legii în mod just, adică acel mod prevăzut de către legiuitor.

-de asemenea, în cazul unor infractori recidiviști care săvârșesc o infracțiune și invocă provocarea ca circumstanță atenuantă pentru fapta lor, cred că ar fi necesar a se stabili măsura în care aceștia s-ar putea bucura de această circumstanță, nepierzându-se din vedere pericolul social pe care aceștia îl prezintă.

În fine, așa cum am arătat în istoricul circumstanțelor, acestea au evoluat de-a lungul timpului în vederea unei mai bune satisfaceri a nevoilor societății. Modul în care aceste circumstanțe sunt concepute și aplicate în sistemul de drept contemporan, este o dovadă a maturizării legislative a acestui sistem, precum și a împletirii acestuia cu morala.

Referințe bibliografice:

- Dima Traian, *Drept penal, partea generală*, Bucuresti, Ed. Hamangiu, 2007,
- Constantin Mittrache, *Drept penal român, partea generală*, București, Ed. Universul Juridic, 2010, Boroii Alexandru, *Drept penal. Partea generală*, București, Ed. All Beck, 2008,
- J. Grigoraș, *Individualizarea pedepsei* Bucuresti, Editura Stiintifica si Enciclopedica, 1969.
- Bulai Costică, *Manual de drept penal. Partea generală*, București, Ed. Universul Juridic, 2007,
- Dongoroz Vintilă, *Explicații teoretice ale codului penal român. Partea Generală. Volumul II*, București, Ed. Academiei Române, 2003,
- Dongoroz Vintilă, *Manual de drept penal, partea generală*, București, Ed. All, 1997,
- Lefterache Lavinia, *Drept penal, partea generală-curs pentru studenții anului II*, București, Ed. Universul Juridic, 2009,
- Revista Dreptul, nr.6/2007,
- Revista de drept penal, nr. 2/1995,
- Revista Dreptul, nr. 3/1994,
- Revista Dreptul, nr. 2/2000.

AMNISTIA VS GRAȚIEREA

Gabriel IANCULESCU*

Abstract

Amnesty and pardon are acts of clemency universally accepted in modern states laws, based on socio-political changes and needs. Although controversial from a philosophical point of view, they play an important role in the criminal, economical and political fields. This paper intends to study in detail both legal institutions in terms of scope, impact and limitations, as well as their impact on society. Of great interest is their evolution in time, but especially their current legislation. The goal is to identify the similarities and differences between the two institutions subject to this study, and to understand their actuality and need in the contemporary period.

Cuvinte cheie: *amnistie, grațiere, clemență, antecondamnatorie, postcondamnatorie.*

1. Introducere

Amnistia și grațierea reprezintă două dintre cauzele care înlătură răspunderea penală sau consecințele condamnării. Deși Cesare Beccaria considera ineluctabilitatea pedepsei drept unul dintre cele mai eficiente mijloace de preîntâmpinare a infracțiunilor¹, există posibilitatea ca anumite situații, stări sau împrejurări ce intervin posterior săvârșirii infracțiunii, care în interesul societății, să determine inutilitatea sau inoportunitatea tragerii la răspundere penală a făptuitorului.

Condițiile care împiedică realizarea sau desăvârșirea reacției represive sunt reglementate în Titlul VII, Partea Generală a Codului Penal, denumit „Cauze care înlătură răspunderea penală sau consecințele condamnării”, amnistia și grațierea având o reglementare comună în Capitolul 1 al acestui Titlu.

Amnistia și grațierea sunt expresiile unor rațiuni de politică penală și a unor circumstanțe de fapt de natură social-politică. Cele două constituie instituții de drept datorită reglementării de către ramura dreptului penal, având o dublă natură, fiind prevăzute și de Constituția României, deoarece sunt determinate în principiu de interese generale ale societății. Cele două nu înlătură însă măsurile de siguranță și măsurile educative (art. 119 al.2 și art 120 al.4). Ambele au caracter general, deoarece privesc toate infracțiunile ori un număr nedefinit de fapte penale.

Dreptul de clemență este consacrat și exercitat în toate statele lumii, dovedindu-se practic, indispensabil în toate timpurile¹.

2. Amnistia în dreptul penal

I. Noțiunea amnistiei

Conform art.119 Cod Penal, amnistia înlătură răspunderea penală pentru fapta săvârșită. Dacă intervine după condamnare, ea înlătură și executarea pedepsei pronunțată precum și celelalte consecințe ale condamnării. Amendă încasată anterior amnistiei nu se restituie. Ea nu are efecte asupra măsurilor de siguranță, măsurilor educative și asupra drepturilor persoanei vătămate.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti, stoica.laurentiu@hotmail.com, Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Traian Dima si prep.univ.drd. Lamy Diana Al-KawadriC. Beccaria “Despre infracțiuni si pedepse” Editura Stiintifica, Bucuresti, 1965, p. 12.

¹ L. Sebba “ The Pardoning Power – A World Survey “ , The Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago 1977, p. 36-38.

Amnistia, nu suprimă infracțiunea în sine, ci doar abolește, anihilează, consecințele penale ale acesteia, prin înlăturarea pentru totdeauna a răspunderii penale. Statul renunță la acest drept al său, realizându-se, prin urmare, doar o restrângere a sferei de aplicare a legii penale. Amnistia, nu are ca efect repunerea în situația anterioară săvârșirii infracțiunii, nefind astfel o restitutio in integrum.

Amnistia reprezintă un act de clemență ce se acordă prin lege de către Parlament, prin care se înlătură răspunderea penală sau consecințele condamnării pentru infracțiunile ce se încadrează în dispozițiile sale săvârșite înaintea de apariția sa.

II. Clasificare

Amnistia, în funcție de întinderea efectelor este generală sau specială. Este generală atunci când este acordată pentru orice infracțiune, indiferent de gravitatea ei și de sediul materiei (cod penal, lege penală, lege extrapenală). Este specială când privește doar anumite infracțiuni (de regulă cele pedepsite cu amenda sau cu închisoare până la 3 ani inclusiv) ori o categorie de infracțiuni (de pildă cele împotriva integrității corporale). De reținut este faptul că toate amnistiiile acordate la noi au fost speciale.

În funcție de condițiile de acordare, amnistia este necondiționată (pură și simplă) atunci când actul normativ nu prevede nici un fel de condiții în afară de celor intrinseci privitoare la obiectul sau și la data săvârșirii infracțiunilor, sau poate fi condiționată atunci când sunt stabilite anumite condiții privitoare la persoană infractorului (vârstă, cetățenie, situația familială), timpul săvârșirii infracțiunii (război, calamități, conflicte interne), urmarea, antecedentă penală, conduita după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, în cazul amnistiei improprie (să nu fi survenit, bunăoară, sustragerea de la executarea pedepsei).

În funcție de momentul intervenirii diferențiem amnistia antecondamnatorie (proprie) care poate interveni oricând în timpul efectuării actelor premergătoare, urmării penale sau în timpul judecării, în prima instanță, în apel sau recurs. Amnistia postcondamnatorie (improprie) poate apare oricând în perioada cuprinsă între data rămânerei definitive a hotărârii și aceea a împlinirii termenului de reabilitare.

III. Obiectul amnistiei

Obiectul amnistiei este constituit din anumite fapte penale (infracțiuni) săvârșite până la apariția actului de clemență. Acesta trebuie să conțină precizări de natură să determine faptele penale (infracțiunile) la care se referă. În acest fel se conturează și întinderea actului de clemență.

Determinarea obiectului amnistiei se face, în majoritatea cazurilor, prin indicarea expresă a textelor de lege care incriminează faptele penale supuse amnistiei. Ipotetic, o lege de amnistie ar putea avea în vedere toate infracțiunile, indiferent de natură lor; în această ipoteză, este evident că legea n-ar avea nevoie de precizări deosebite în legătură cu obiectul amnistiei. În practică însă, legea de amnistie nu poartă asupra tuturor infracțiunilor, actul de clemență propunându-și de obicei ca din totalitatea faptelor prevăzute de legea penală, săvârșite într-un anumit interval de timp, să ierte -in raport de împrejurările politice și sociale existente- numai parte din ele.

Obiectul amnistiei poate fi determinat prin mai multe modalități, în funcție de raportarea la textul concret. Astfel, se poate determina prin indicarea maximului special al pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunile amnistiate, precizarea expresă a infracțiunilor amnistiate (catalog pozitiv), relevarea infracțiunilor exceptate de la amnistie (catalog negativ), arătarea obiectului juridic de grupă al infracțiunilor, indicarea legii speciale extrapenale care incriminează infracțiunile amnistiate, evidențierea elementului subiectiv al infracțiunii, delimitarea infracțiunilor pentru care s-au aplicat pedepse ce au fost executate sau grațiate până la data adoptării actului de clemență sau prin referirea la pedeapsa concretă sau pronunțată de instanță de judecată.

Constatarea că obiectul amnistiei-independent de procesul de identificare folosit de lege- este faptă prevăzută de legea penală (infracțiunea), atrage următoarele consecințe: amnistia privește toate

modalitățile de participare, beneficiul amnistiei referindu-se la toți participanții (autori, instigatori, complici) care au luat parte la săvârșirea infracțiunilor prevăzute în actul de clemență. Într-adevăr nu este decât firesc ca toți subiecții care au participat la săvârșirea uneia și aceleiași infracțiuni să beneficieze de clemența legii.

Amnistia nu se extinde însă asupra favorizatorilor și tănuitorilor, dacă legea de amnistie nu prevede aceasta în mod expres. De asemenea, amnistia privește toate formele infracțiunii. Amnistia profită nu numai persoanelor care au săvârșit infracțiunea sub forma faptului consumat, ci și sub forma tentativei sau chiar actelor de pregătire, dacă sunt pedepsibile.

Amnistia operează independent de cauzele de agravare sau atenuare a pedepsei. Cauzele generale de atenuare sau agravare a pedepsei nu modifică natura infracțiunii (tipul particular de infracțiune) la care se referă. Cum obiectul amnistiei este în toate cazurile faptă prevăzută de legea penală (un anumit tip particular de infracțiune), rezultă că existența unor cauze generale de agravare sau atenuare a pedepsei privind aceea faptă nu poate influența cu nimic incidența actului de clemență. Această afirmație este valabilă, indiferent de modul în care obiectul amnistiei este identificat.

IV. Efectele amnistiei

Principalul efect al amnistiei este înlăturarea răspunderii penale a făptuitorului pentru infracțiunea săvârșită. Acest efect este comun ambelor modalități ale amnistiei; deci el se produce atunci când actul de clemență a intervenit înaintea de judecarea definitivă a cauzei (amnistie antecondamnatorie) cât și atunci când a intervenit după condamnarea definitivă a făptuitorului (amnistie postcondamnatorie).

Amnistia antecondamnatorie produce o gamă de consecințe juridice specifice în funcție de diferitele momente, cuprinse între data săvârșirii infracțiunii și aceea a rămânerii definitive a hotărârii.

Amnistia nu stinge dreptul persoanei vătămate de a introduce plângere prealabilă, pentru că atunci ea ar trebui considerată ca fiind lovită de nulitate absolută sau chiar inexistentă, iar procesul penal încetat în temeiul art.11 pct.2 lit.b raportat la art.10 lit.f Codul de procedură penală și nu în bază art.11 pct.2 lit.b raportat la art.10 lit.g Codul de procedură penală, deci ca urmare a lipsei plângerii prealabile, și nu a amnistiei. A susține că amnistia înlătură însăși posibilitatea persoanei vătămate de a formula plângere prealabilă, echivalează cu dezavuarea categoriei juridice de drept subiectiv și înseamnă transferul obligației de încadrare juridică a faptei, de la organele judiciare, asupra persoanei vătămate. Această poate pierde numai într-o singură modalitate posibilitatea de a obține concursul autorității în recunoașterea, valorificarea dreptului sau, respectiv prin decădere, ca urmare a neintroducerii plângerii prealabile înăuntrul termenului de două luni de la data cunoașterii făptuitorului, prevăzut de art.284 alin.1 Codul de procedură penală. Amnistia se dovedește irelevantă nu numai cu privire la dreptul de a introduce plângere prealabilă, ci și relativ la posibilitatea de a formula plângere sau denunț, în condițiile art.222 și 223 Codul de procedură penală. Potrivit art.21(1) din Constituție, orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, libertăților și a intereselor sale legitime, nici o lege neputând îngrădi, conform art.21(2), exercitarea acestui drept.

Dacă actul de amnistie a fost adoptat în timpul efectuării actelor premergătoare, distingem soluții diferite, în funcție de stadiul acestor acte. Dacă din cuprinsul actelor premergătoare, rezultă fapta penală săvârșită și nu este necesară identificarea infractorului ori acesta este cunoscut, organele de cercetare penală înaintează dosarul procurorului, cu propuneri de neincepere a procesului penal, iar acesta o va confirma în temeiul art.228 alin.6 raportat la art.10 lit.g Codul de procedură penală. Dacă însă, din conținutul actelor premergătoare, nu reies suficiente date și elemente pentru încadrarea juridică a faptei sau pentru stabilirea zilei în care această a fost săvârșită ori este necesară identificarea infractorului, efectuarea acestora va continua. Dacă se impune, se va dispune începerea urmăririi penale în condițiile art.200 Codul de procedură penală. Din principiu, amnistia împiedică începerea urmăririi penale, aceasta ne reprezentând un fapt juridic procesual impeditiv.

Amnistia acordată în timpul urmăririi penale, în cazul în care nu există nici unul din cazurile prevăzute de art.10 lit.a-e Cod de Procedură Penală (situație în care actul de clemență este lipsit de obiect), se dispune încetarea urmăririi penale, potrivit art.10 lit.g Codul de procedură penală în baza actului de amnistie. Având caracter de ordine publică, actul de amnistie este obligatoriu, organele judiciare având îndatorirea de a-l aplica necondiționat.

Apariția actului legislativ de amnistie în timp ce cauza se află pendinte la instanța de fond, în apel sau recurs, determină încetarea procesului penal în temeiul art.11 pct.2 lit.b raportat la art.10 lit.g Codul de procedură penală. Nu se va putea dispune în schimb, încetarea procesului penal în cazul în care urmează a se lua o măsură educativă sau una de siguranță cu privire la care în temeiul art.119 alin final Codul de procedură penală, amnistia nu produce efecte.

Efectele amnistiei postcondamnatorii (impropriei) constau în înlăturarea pedepsei principale, în măsura în care nu a fost executată, și în afară efectului asupra pedepsei principale, amnistia improprie atrage, în temeiul art.119 alin.1 Codul penal, înlăturarea celorlalte consecințe ale condamnării .

V. Limitele amnistiei

Atât în cazul amnistiei, cât și în cazul grațierii, distingem între limitele expres prevăzute de lege și limitele implicite ale efectelor.

În ceea ce privește amnistia, conform art.119 alin.1 Cod penal amenda încasată anterior amnistiei nu se restituie. Suportul acestor dispoziții îl reprezintă principiul potrivit căruia amnistia nu constituia o repunere în situația anterioară săvârșirii infracțiunii.

Potrivit art.119 alin.2 Cod penal, amnistia nu are asupra măsurilor de siguranță sau asupra măsurilor educative nici un efect. Rațiunea acestei reglementări este legată de însuși scopul măsurilor de siguranță, sau de finalitățile măsurilor educative, prin care se urmărește socializarea sau resocializarea infractorilor minori. Se poate adăuga și lipsa efectelor amnistiei asupra drepturilor persoanei vătămate.

Limitele implicite ale efectelor amnistiei sunt multiple. Amnistia este irelevantă în privința modalității de recuperare a pagubei cauzate agentului economic de către angajatul său printr-o faptă penală în legătură cu munca, în sensul că este înlăturată răspunderea penală, dar instanța are obligația, în temeiul art.346 alin.1 Codul de procedură penală, să soluționeze acțiunea civilă. Amnistia nu atrage înlăturarea măsurii contractului de muncă al celui condamnat la pedeapsa închisorii cu executare la locul de muncă. Nu are efecte asupra răspunderii disciplinare. De asemenea, amnistierea unor infracțiuni care constituie motive de divorț nu împiedică desfacerea căsătoriei. În cazul unor infracțiunilor de natură a atrage decăderea din drepturile părintești, ori cele care atrag nedemnitățile succesorală, amnistierea acestora nu are efect și asupra acestor sancțiuni, neavând efectul de redobândire a dreptului pierdut.

3. Grațierea în dreptul penal

I. Noțiunea grațierii

Potrivit Legii nr. 546/ 2002, grațierea reprezintă un act de clemență ce are ca efect înlăturarea în tot sau în parte a executării pedepsei ori comutarea acesteia în altă mai ușoară.

Grațierea poate fi acordată individual, prin decret al Președintelui României potrivit art.94 lit. d din Constituție, sau colectiv de către Parlament, prin lege organică, conform art. 73 al. 3 lit. i din Constituție.

Sediul materiei se găsește în art. 120 din Codul Penal, ce face referire la efectele grațierii, dar dispoziții cu privire la această instituție se găsesc și în alte prevederi ale acestuia, respectiv: art. 136

alin. (3) referitor la calculul termenului de reabilitare, art. 37 cu privire la recidivă, art. 62 referitor la executarea pedepsei într-o închisoare militară și art. 66 privind executarea interzicerii unor drepturi.

În doctrină, grațierea a fost definită drept un act al puterii executive care iartă, total sau parțial, un condamnat de o pedeapsă definitivă pronunțată împotriva lui sau prin care i se acordă comutarea într-o pedeapsă mai puțin severă². Ea reprezintă astfel o manifestare de clemență a statului cu privire la pedepsele aplicate, care sunt astfel, în totalitate sau în parte, iertate ori comutate.

Traian Pop consideră grațierea drept o măsură de clemență nu atât de radicală ca amnistia, deoarece produce efecte mai mici³.

II. Clasificare

Grațierea se clasifică în funcție de întinderea efectelor în grațiere totală, care constă în înlăturarea în întregime a executării pedepsei, și grațiere parțială, ce rezidă în înlăturarea parțială a executării pedepsei, determinate de obicei prin indicarea unei fracții (1/2, 1/3 etc). Dacă la data adoptării unei grațieri parțiale, condamnatul executase deja partea negrațiata din pedeapsă, el va fi pus în libertate de îndată. Tot la întinderea efectelor se poate vorbi și de comutarea pedepsei, adică înlocuirea naturii pedepsei pronunțate de instanță cu o altă mai ușoară.

Grațierea este necondiționată (pură și simplă) sau condiționată în funcție de condițiile impuse beneficiarului. Necondiționată atunci când actul nu stabilește nici un fel de condiții aparte de cele referitoare la obiectul său, și condiționată atunci când sunt prevăzute anumite cerințe (persoana condamnatului, antecedentă penală, urmarea infracțiunii s.a) Concluzia este că majoritatea actelor normative adoptate în perioada postbelică au acordat amnistii speciale și condiționate.

În funcție de momentul intervenirii deosebim grațierea postcondamnatorie, acordată privitor la pedepsele aplicate prin hotărâri rămase definitive⁴, și grațierea antecondamnatorie, impusă din rațiuni de echitate, care nu poate fi acordată decât prin lege organică, nu și prin decret prezidențial.

III. Obiectul grațierii

Obiectul grațierii, independent de modalitatea în care a fost acordată, îl constituie întotdeauna pedeapsa aflată în curs de executare sau, cel puțin, executabilă. Grațierea, prin însăși esența ei, nu poate privi decât pedepse neexecutate.

Determinarea obiectului grațierii poate avea loc fie prin referirea la cuantumul pedepsei aplicate, întinderea actului de grațiere fiind influențată de natura și intensitatea considerațiilor de politică penală. De regulă, sunt grațiate integral pedepsele mai reduse - în mod obișnuit cele până la 5 ani închisoare - și doar parțial cele mai consistente, reducerea fiind cu atât mai mică, cu cât pedeapsă este mai mare.

Determinarea obiectului grațierii poate avea loc și prin indicarea naturii infracțiunilor săvârșite, precizarea atât a cuantumului pedepsei aplicate de instanță, cât și a naturii infracțiunii care a atras această pedeapsă, sublinierea elementului subiectiv al infracțiunii (ex. Grațierea celor condamnați pentru infracțiuni neintenționate) sau recurgerea la criteriul mixt al relevării laturii subiective a infracțiunilor și a pagubei pricinuite prin acestea.

IV. Efectele grațierii

Efectele grațierii se produc atât in personam, dar și in rem, în cazul în care este acordată condamnaților pentru anumite infracțiuni sau pentru pedepse de o anumită gravitate. Legea nr. 546/2002 prevede în art. 19 că efectele grațierii sunt cele prevăzute de Codul penal. Efectele grațierii

² I. Oancea, "Explicatii teoretice ale codului penal roman. Parte generala." p. 337.

³ Tr. Pop, op. cit. p 509.

⁴ Tr. Pop, op. Cit. p. 510, Dongoroz, op. Cit. p. 727.

sunt prevăzute de art. 120 C. pen., textul având în vedere atât pedepsele principale, cât și pedepsele complementare și măsurile de siguranță.

Conform art. 120 alin. (1) C. pen., grațierea are ca efect înlăturarea, în totul sau în parte, a executării pedepsei ori comutarea acesteia în altă mai ușoară. Prin dispozițiile art. 120 C. pen. sunt prevăzute efectele grațierii necondiționate. Prin actul de acordare a grațierii mai pot fi prevăzute și alte efecte ale acesteia, că în cazul grațierii condiționate.

În cazul pedepselor principale, ca efect al grațierii, executarea acestora este înlăturată în totul, în parte sau comutată. Așa cum este prevăzut în art. 136 alin. (3) C pen., grațierea înlătură executarea pedepsei principale, ea nu înlătura condamnarea și consecințele condamnării, astfel că o pedeapsă grațiată produce aceleași efecte că și o pedeapsă executată - este antecedent penal, produce interdicții, incapacități, decăderi, poate forma primul termen al recidivei.

Când grațierea are ca obiect pedeapsa ce urmează a se aplica pentru o infracțiune săvârșită înainte de adoptarea actului de grațiere, ea produce efecte de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare. Dacă pedeapsa a fost deja pronunțată și este definitivă, grațierea produce efecte de la data intervenirii actului de grațiere⁵.

Articolul 9 alin. (3) din Legea nr. 546/2002 stabilește că grațierea nu are efecte asupra pedepselor deja executate.

În caz de concurs de infracțiuni, dintre care pentru unele s-au stabilit pedepse ce intră sub incidența grațierii, dispozițiile referitoare la contopire se aplică numai cu privire la pedepsele executabile ce nu au făcut obiectul grațierii sau care au fost grațiate parțial. Grațierea individuală, în cazul concursului de infracțiuni vizează numai pedeapsa rezultantă.

În cazul grațierii integrale, pedeapsa va fi considerată ca executată fie la data aplicării actului de clemență, în ipoteza grațierii postcondamnatorii, fie la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești, în situația grațierii antecondamnatorii. Dacă persoana grațiată va săvârși o nouă infracțiune, se va găsi în stare de recidivă postexecutorie, în măsura în care sunt întrunite condițiile privitoare la cei doi termeni ai recidivei.

În cazul grațierii parțiale trebuie făcută distincția în funcție de împrejurarea dacă, în concret, inculpatul sau condamnatul mai are de executat ori nu un rest de pedeapsă. Executarea pedepsei va fi înlăturată dacă, în situația grațierii după condamnare fusese deja executată o fracțiune din pedeapsă, egală sau mai mare decât partea negrațiată, iar în măsura în care, după aplicarea grațierii, va mai rămâne de executat un rest de pedeapsă, inculpatul va începe, iar condamnatul va continua executarea.

Grațierea totală parțială produce efecte identice celor ale grațierii necondiționate, dar cu caracter provizoriu, fostul condamnat fiind supus unui termen de încercare. În cazul grațierii antecondamnatorii, termenul de încercare începe să curgă de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare, iar în cazul grațierii intervenite după condamnare, termenul de încercare va începe să curgă de la data adoptării actului de clemență. În același mod va fi socotit termenul-condiție, chiar dacă grațierea se aplică pe calea contestației la executare.

Grațierea parțială condiționată produce efecte distincte în raport cu stadiul executării pedepsei. Astfel va avea loc înlăturarea executării pedepsei, în condițiile relevate în cazul grațierii parțiale necondiționate, iar dacă, după reducerea pedepsei, rămâne un rest de executat, executarea pedepsei va începe sau va continua. Termenul de încercare al grațierii condiționate va începe să curgă, după caz, de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare, sau de la aceea a adoptării actului de clemență, și nu de la data liberării condiționate sau a împlinirii duratei pedepsei. În consecință, condamnatul se va afla, concomitent, în executarea pedepsei și în termen de încercare.

⁵ C. Bulai, “Manual de drept penal – Partea generală”, ed. Universul Juridic, 2007, p. 303.

V. Limitele grațierii

Grațierea nu are efecte asupra măsurilor de siguranță și a măsurilor educative. Prevederile articolului 120 sunt în mare, subînțelese, deoarece grațierea nu poate interesa măsurile de siguranță, acestea nefiind pedepse⁶, și deci neîncadrate în obiectul actelor de grațiere. În cazul măsurilor educative, considerentele principale pentru care acestea nu constituie obiect al grațierii în majoritatea legislațiilor sunt faptul că ele nu reprezintă pedepse, scopul acestora rezidă în educare și îndreptare, iar responsabilitatea socială a minorului este mai restrânsă.

Începând cu Decretul nr. 189/1991, actele de clemență au prevăzut că sunt grațiate și măsurile educative de internare într-o școală specială de muncă și reeducare, dar niciodată nu a fost grațiată o măsură educativă a internării într-un institut medico-educativ sau a încredințării minorului colectivului școlii în care învață sau unității în care muncește.

În cazul grațierii, art. 120 al.3 Cod penal, prevede că aceasta nu are efecte asupra pedepselor complinitoare, afară de cazul când se dispune altfel prin actul de grațiere. Dacă în actul de clemență nu se fac nici un fel de referiri cu privire la pedepsele complinitoare, ele vor fi executate.

Limitele implicite ale efectelor grațierii constau în subzistența, în mod necesar, a obligării la despăgubiri către partea civilă, obiectul grațierii vizând pedeapsa, obligația de dezdăunare având o cu totul altă natură juridică, și în limitele efectelor grațierii asupra cheltuielilor judiciare avansate de stat și a cheltuielilor judiciare făcute de părți. Grațierea nu stinge obligația de a plăti cheltuielile de procedură, și nu înlătură dreptul părții vătămate la recuperarea cheltuielilor de judecată, prevăzut de art. 193 Cod de procedură penală.

4. Delimitarea instituției amnistiei de grațiere, în planul dreptului penal

I. Natura juridică a amnistiei

Din perspectiva dreptului penal material, amnistia se înfățișează ca o cauză legală de înlăturare a răspunderii penale și a unor consecințe ale condamnării.

Constituie atât un act politic, cât și unul juridic.

Din punct de vedere al dreptului procesual penal, ea reprezintă unul din cazurile prevăzute de lege care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale.

Concepțiile privitoare la natura juridică a amnistiei au cunoscut în acest secol evoluții rapide, în acord cu dezvoltarea instituției înseși. Caracterul penal pe care îl poartă și îl exprimă fapta amnistiată, nu poate fi înlăturat pe calea unei ficțiuni. Amnistia nu suprimă infracțiunea în sine, ci doar abolește consecințele penale ale acesteia, prin înlăturarea pentru totdeauna a răspunderii penale. Statul renunță la acest drept al său, realizându-se doar o restrângere a sferei de aplicare a legii penale.

II. Natura juridică a grațierii

Legea nu stabilește explicit caracterul și natura juridică a grațierii, ci indică doar efectele acesteia, pe baza cărora se poate conchide asupra naturii instituției. S-au exprimat mai multe puncte de vedere:

a) Grațierea constituie un mijloc de adaptare administrativă a pedepselor privative de libertate și pecuniară⁷. Oricât de amplă ar fi latitudinea acordată instanței de judecată, de a adapta sancțiunile cazurilor pe care le judecă, ea se dovedește totuși insuficientă pentru desăvârșirea operei de individualizare a represiunii și prevenției.

b) Grațierea colectivă nu constituie un mijloc administrativ de individualizare a sancțiunilor penale, ci o modalitate de adaptare legală a lor, deoarece are o dubla natură, constituțională și penală,

⁶ C. Bulai, op. cit. p.305.

⁷ V. Dongoroz, op. cit., p. 698.

aplicarea ei se face de către instanța de judecată, nu de către organele administrative, și se adoptă prin lege.

c) Grațierea reprezintă o cauză de înlăturare a consecințelor condamnării și un mijloc de individualizare a constrângerii juridice penale, concluzie care se desprinde din evaluarea efectelor juridice și din așezarea textului privind grațierea în cadrul Titlului VII din Partea generală a Codului penal.

III. Deosebiri între amnistie și grațiere (individuală)

Amnistie	Grațiere
1) Se acordă prin lege organică	1) Se acordă prin decret al Președintelui Republicii
2) Are dublă natură juridică – constituțională și penală	2) Are natura juridică mai complexă deoarece, prin acordarea sa pe baza unui act administrativ individual de autoritate, ea devine și instituție a dreptului administrativ
3) Se bazează în general, pe prezumția că funcția reeducativă poate fi preluată de societate. Suportul prezumției îl constituie resursele societății, de natură a garanta recuperarea.	3) Se întemeiază, de regulă, pe prezumția că beneficiarul său este reeducat și că poate fi reintegrat socialmente fără executarea pedepsei. Suportul prezumției îl constituie conduita deosebită a condamnatului.
4) Autoritatea legii de amnistie se întemeiază nemijlocit pe ideea de suveranitate	4) Autoritatea actului de grațiere individuală se bazează pe legea fundamentală
5) Privește orice fel de pedeapsă, chiar neaplicată	5) Poate fi acordată, în principiu, numai în cazurile pedepselor care se execută ori sunt executorii
6) Interesul general este evident	6) Interesul general este relativ estompat de cel personal
7) Efectele sunt precumpănitor sociale	7) Efectele sunt – prioritar – personale.
8) Aparține funcției legislative a puterii	8) Interesează funcția executivă a puterii.
9) Acordarea sa presupune dinamizarea întregului angrenaj parlamentar	9) Se acordă în cadrul unei proceduri simple și rapide, instituția devenind mai flexibilă și de utilitate imediată
10) Este larg receptată de opinia publică	10) Este puțin receptată de opinia publică, sau poate trece chiar neobservată

5. Concluzii

Deși cele două instituții sunt apropiate prin existența unei multitudini de puncte comune, cu siguranță din expunerea comparativă a lor rezultă și câteva diferențieri.

Dublă natură a celor două, constituțională și penală, reglementarea comună în unele legislații, chiar și considerentele de politică penală comune, sunt argumente ce sprijină situarea celor două în aceeași zonă, a actelor de clemență.

La nivel tehnic însă, cele două se diferențiază, obiectul putând fi considerat comun doar până la un punct. Este just ca ambele depind de existența săvârșirii unei infracțiuni, însă în cazul amnistiei, obiect este însuși infracțiunea, pe când în cazul grațierii, stricto sensu ne vom referi la pedeapsă executabilă sau în curs de executare ca fiind obiect.

Efectele sunt de asemenea diferite, în vreme ce amnistia are drept efect înlăturarea răspunderii penale a făptuitorului pentru infracțiunea săvârșită, în cazul grațierii, este înlăturată executarea în tot sau în parte a pedepsei.

Considerăm că necesitatea și valabilitatea acestor instituții au fost de mult confirmate de practică, doctrină, și într-o oarecare măsură, și de opinia publică. Dreptul de clemență este consacrat și exercitat în toate statele lumii, mai mult sau mai puțin dezvoltate.

Curentele potrivnice actelor de clemență au avut mereu la bază încrederea în perfecțiunea sistemului legal, a corectitudinii sancțiunilor, considerând clemența drept o derogare de la principiile fundamentale, ori, să crezi în perfecta aplicare a legii, atâta timp cât există și componenta umană, înseamnă însăși încrederea în perfecțiunea omului.

În perioada modernă, oriunde în lume, presiunea socială predispune magistratul și nu numai, la posibile erori, erori ce necesită mecanisme de rectificare, unul dintre acestea fiind grațierea. Amnistia de asemenea este o soluție viabilă în momente de criză, sau alte situații complexe ce pot apărea dea lungul vremii.

Ca propunere de lege ferenda, așa cum s-a mai expus în doctrina de specialitate⁸, consider necesar și oportun ca în definiție să se regăsească date și elemente cu privire la competența de acordare a grațierii, temeiurile sale, natura juridică, obiect, modalități și efecte, iar în vederea evitării eventualelor implicații pe care le poate genera revocarea grațierii individuale prin decret prezidențial, ar fi benefic ca legea privind grațierea și procedura acordării grațierii să prevadă dispoziții care să reglementeze această situație.

Referințe bibliografice:

- V. Dongoroz, “Drept penal”, Asociația Română de Științe Penale, București, 2000
- I. Tanoviceanu, “Tratat de drept și procedură penală” vol II și III, București 1924
- C. Mitrache, “Drept penal român. Partea generală”, ed. A VIIa, revizuită, 2009
- I. Oancea, “Explicații teoretice ale codului penal roman. Parte generală.” vol II, 2003
- Tr. Pop, „Drept procesual penal”, reeditată ediția din 1946, ed. Universul Juridic, 2010
- I. Mândru, “Amnistia și grațierea”, ed. ALL, București, 1998
- C. Bulai, “Manual de drept penal – Partea generală”, ed. Universul Juridic, 2007
- I. Poenaru, “Soluții ale practicii judiciare în materia amnistiei și grațierii”, R.R.D, Nr. 5/1979
- G. Kovacs, “Probleme de practică judiciară în legătură cu aplicarea dispozițiilor de amnistie și de grațiere în unele situații speciale”, RRD, Nr. 10/1985
- L. Biro, “Stabilirea momentului în care condamnatul beneficiază de grațiere”, RRD. nr. 4/1972
- Cesare Beccaria, “Despre infracțiuni și pedepse”, ed. Humanitas, București, 2007

- Codul penal
- Noul Cod penal, aprobat prin Legea nr. 286/17 iulie 2009
- Legea Nr. 546 / 14 octombrie 2002
- Constituția României 2003

⁸ Mândru, „Amnistia și grațierea”, ed. ALL, 1998.

ASPECTE DE NOUȚATE ȘI EFICIENTIZARE A COOPERĂRII JURIDICE ÎN MATERIE PENALĂ

Laura IFRIMACHE*

Daniel STOICA**

Abstract

The present study aims to present the differential aspects between the institution of extradition and the institution of European arrest warrant, based on their specific features and the role of all normative acts issued at European level (Treaties, Conventions, Framework Decisions, International Agreements) in an efficient International judicial cooperation in criminal matters

Cuvinte cheie: *extrădare, mandatul european de arestare, decizie- cadru, Uniunea Europeană, cooperare internațională.*

Prin prezenta lucrare, ne propunem să prezentăm instituția extrădării, a mandatului european de arestare, aspectele diferențiale dintre acestea și modificările pe care le-au suferit de-a lungul vremii și până în prezent, atât la nivel național cât și la nivel internațional.

Studiul de față are ca punct de plecare primele reglementări în materia instituției extrădării și necesitatea aducerii unor elemente inovatoare în aceasta materie datorită globalizării fenomenului de combatere a criminalității. Acest lucru a fost posibil prin constituirea Uniunii Europene și aderarea a cât mai multor state la această Uniune din necesitatea accelerării și eficientizării cooperării internaționale judiciare.

Alinierea Statelor Membre în lupta contra fenomenului infracțional a impus o colaborare mai strânsă între acestea, fiecare în parte având obligația de a implementa în propria legislație reglementări europene comune în domeniu. Astfel, s-a făcut trecerea de la instituția extrădării la cea a mandatului european de arestare.

În continuare, vom vorbi despre efectele juridice în plan național și internațional ale acestui element inovator sub aspect de drept comparat și practică judiciară.

Tot studiul de față este făcut având la bază respectarea drepturilor fundamentale ale omului, fapt concretizat în scopul comun al Statelor Membre de a proteja “persoana” și bunurile acesteia.

Mandatul european de arestare a înlocuit procedurile de extrădare între Statele Membre, accelerând și simplificând condițiile de multe ori greoaie în cazul acesteia.

Încheiem studiul făcut prin sublinierea unor concluzii și aduceri unor propuneri de lege ferenda.

I Extrădarea. Noțiune și natura juridică.

Extrădarea este actul prin care un stat predă, la cererea altui stat, o persoană aflată pe teritoriul său, presupusă a fi autorul unei infracțiuni, pentru a fi judecată sau pentru a executa o pedeapsă la care a fost condamnată anterior. Ca regulă, cetățenii proprii nu se extrădează. Această măsură de siguranță a căpătat, de-a lungul timpului, numeroase definiții atât în literatura de

* Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (laura.ifrimache@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Traian Dima și Prep.univ.drd. Lamy Diana Al-Kawadri;

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (d.stoica@ymail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Traian Dima și Prep.univ.drd. Lamy Diana Al-Kawadri;

specialitate interna, dar și internațională. Într-o concepție internă se stabilește că extrădarea „este actul prin care un stat, solicitat, predă unui alt stat, solicitant, un infractor care a săvârșit o infracțiune de o anumită gravitate, pe teritoriul acestui stat sau îndreptată împotriva intereselor acestuia ori când infractorul este cetățean al statului solicitant”. Extrădarea este un act bilateral de asistență juridică internațională, prin care un stat solicitat predă, la cererea altui stat solicitant, un infractor care s-a refugiat pe teritoriul celui dintâi. Extrădarea se poate cere fie în vederea urmăririi penale sau judecării, fie în vederea executării unei pedepse pronunțate de instanțele judecătorești ale statului solicitant. Instituția extrădării completează în cel mai fericit mod normele penale privind aplicarea legii penale în spațiu, fiind cea mai veche formă de colaborare a statelor în combaterea infracționalității și cea mai elaborată din punct de vedere normativ.

Scopul extrădării este, așadar, acela de a aduce persoana condamnată sau doar bănuită de a fi comis o infracțiune în țara în care s-a comis acea infracțiune, sub puterea statului solicitant, pentru executarea pedepsei privative de libertate ori în vederea urmăririi penale sau pentru aplicarea de măsuri preventive.

Principiul director al dreptului tradițional privitor la extrădare este: nu există obligație de extrădare fără existența unui tratat¹. Acesta este un principiu de bază în dreptul internațional și rezultă din suveranitatea unui stat, în sensul că acesta deține „dreptul de suveranitate” asupra tuturor persoanelor care se află pe teritoriul său. Nici dreptul internațional comun nu prevede o obligație de extrădare. Acesta prevede numai modul în care statul cărui i se solicită extrădarea trebuie să reacționeze la această solicitare. După exercițiul interstatal, statul cărui i se adresează solicitarea încearcă să explice refuzul sau respingerea solicitării chiar și în lipsa unui tratat, din motive diplomatice. Acest lucru se întâmplă mai ales când se stabilește un raport de reciprocitate pe care statele implicate înțeleg să-l respecte.

II Izvoarele extrădării

Extrădarea constituie una dintre cele mai vechi forme de cooperare internațională.

Încă din secolul al XII-lea, între Regele Angliei și Regele Scoției s-a încheiat un tratat pentru predarea reciprocă a trădătorilor.

Hugo Grotius (1583-1645) este considerat fondatorul teoriei dreptului de extrădare²; el a fost cel care a prezentat în opera „De iure belli ac pacis” teza că toate statele sunt obligate să predea sau să urmărească o persoană care încalcă legea („aut dedere aut unire”). La început pretenția sa a ramas fara ecou. Instituția extrădării a ajuns la o transpunere generală abia după ce două principii fundamentale au găsit recunoaștere universală pe continentul European; azilul politic și ne-extrădarea propriilor cetățeni. Extrădarea a fost, la începuturi, mai mult un gest de curtoazie pe care un suveran îl făcea față de alt suveran, care permitea monarhilor să-și pedepsească inamicii personali refugiați pe teritoriul altui stat. Puținele convenții care reglementau extrădarea erau negociate și încheiate aproape exclusiv în interesul suveranilor. Monarhul statului solicitat hotăra în mod discreționar dacă acordă sau nu extrădarea. Decizia depindea în mare măsură de natura relațiilor cu statul solicitant, de dorința suveranului de a determina o eventuală decizie pozitivă asupra unei cereri de extrădare formulate de acesta, persoana extrădabilă nefiind luată în calcul decât într-o mică măsură. Chiar și în aceste condiții, extrădarea era folosită foarte rar în Evul Mediu, având în vedere izolarea pregnantă a statelor și tradiția existentă în legătură cu dreptul de azil. Și în perioada următoare, extrădarea a rămas la discreția Suveranului, cărui fiecare individ îi era supus. După căderea dinastiei Stuart în Anglia și instaurarea monarhiei constituționale și parlamentare, au început

¹ Manual de cooperare judiciară în materie penală, http://www.just.ro/Portals/0/CooperareJudiciara/Doc%202_Manual_Criminal.pdf, pag.10.

² Manual de cooperare judiciară în materie penală, http://www.just.ro/Portals/0/CooperareJudiciara/Doc%202_Manual_Criminal.pdf, pag.9

să apară conceptele de „Stat” și de „individ”. Statul începe să se detașeze de Suveran, iar individul devine subiect al Statului, iar nu obiect³. Declarația de la Philadelphia din 1776, precum și Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului de la 26 august 1789, adoptată în Franța, au consacrat noi principii, pornind de la acela că oamenii se nasc liberi și egali, până la principiul potrivit căruia nimeni nu poate fi acuzat, arestat sau deținut, în afara cazurilor determinate prin lege și după formele prescrise de aceasta. La sfârșitul Secolului Luminilor, s-a extins din ce în ce mai mult practica încheierii unor convenții de extrădare bazate pe anumite principii cadru. În secolul al XIX-lea, s-au încheiat din ce în ce mai multe asemenea acorduri. Unul dintre acestea este și Convenția de extrădare dintre România și Marea Britanie, încheiată în anul 1893. Cele două războaie mondiale au arătat că este absolut necesar ca Statele suverane să coopereze între ele, astfel încât au fost create organizațiile internaționale: Organizația Națiunilor Unite, Consiliul Europei, Comunitatea Economică Europeană etc. În acest context, în domeniul extrădării, tratatele bilaterale au fost din ce în ce mai mult înlocuite de cele multilaterale. La 13 decembrie 1957, în cadrul Consiliului Europei, a fost adoptată Convenția europeană de extrădare, convenție care, împreună cu cele două Protocoale adiționale ale sale, încheiate la Strasbourg, la 15 octombrie 1975 și la 17 martie 1978, s-a dovedit a fi un instrument juridic internațional multilateral viabil, în baza căruia statele membre au cooperat și cooperează încă fructuos.

Astfel, întregul izvor de drept în aceasta materie îl constituie paragrafele 1 lit. c și 3 ale art. 5 din Convenția Europeană:

(1) Orice persoană are dreptul la libertate și la siguranță. Nimeni nu poate fi privat de libertate decât în cazurile următoare și potrivit căilor legale.

c) dacă a fost arestat sau reținut pentru a fi adus în fața unei autorități judiciare competente, când există motive temeinice de a crede că a comis o infracțiune sau există motive temeinice de a crede că este necesar să fie împiedicat să comită o infracțiune sau să fugă după comiterea acesteia;

(3) Orice persoană arestată sau reținută în condițiile paragrafului 1c din prezentul articol (arestarea preventivă pentru săvârșirea unei infracțiuni - n.n.) trebuie să fie adusă de îndată în fața unui judecător sau altui magistrat impartial însărcinat cu exercitarea de funcții judiciare și are dreptul să fie judecată și eliberată în timpul procedurii.

Extrădarea și drepturile fundamentale ale omului

Instituția extrădării este reglementată de legislația internă a statelor și prin tratate internaționale. Uneori, însă, apar raporturi conflictuale între aceste tratate și instrumentele de drepturi ale omului. Tratele privind extrădarea constituie un domeniu al răspunderii penale internaționale, al cooperării statelor în domeniul combaterii criminalității, iar tratatele privind recunoașterea și protejarea drepturilor omului formează o parte a dreptului internațional public ce se ocupă cu protecția persoanelor și grupurilor împotriva încălcărilor de către guverne a drepturilor garantate internațional⁴.

Integrarea europeană reprezintă un proces istoric necesar, de care depinde prosperitatea tuturor popoarelor continentului, depășirea oricăror focare de tensiune și conflict, promovarea fără bariere a schimburilor economice, științifice și culturale. Aceasta este rezultatul întrunirii în prezent, a unor condiții dintre cele mai bune pentru depășirea divizării continentului, toate țările aderând la generoasele idei ale statului de drept și colaborării internaționale. Conceptul de integrare ‘rupe’ coexistența tradițională a statelor. Concepția tradițională potrivit căreia suveranitatea statelor este inviolabilă și indivizibilă, se “retrage” în fața convingerii că “imperfecțiunile conviețuirii umane și politice”, “insuficiențele sistemului statului – națiune” și “abuzurile de putere ale unor state asupra altora” – atât de numeroase în istoria Europeană - ar putea fi depășite doar dacă “suveranitățile naționale ar fuziona într-o suveranitate comună și dacă aceasta s-ar grupa la un nivel superior,

³ Florin Razvan Radu-, „De la extrădare la mandatul european de arestare. O privire istorică și juridică”, Revista Dreptul, nr.2/2006.

⁴ T.Buergenthal, R.Weber-Dreptul internațional al drepturilor omului, Ed. ALL, 1996.

formând o comunitate supranațională”. Rezultatul unei asemenea operațiuni ar fi existența “unui stat European “ în care autoritățile comunitare ar fi cele care, respectând identitatea și particularitățile naționale ale popoarelor astfel grupate în acesta, ar dirija destinul persoanelor și ar asigura viitorul acestora. Uniunea Europeană este rezultatul unui asemenea concept de integrare, necesitând însă o “adaptare” determinată de “inerția” statelor membre în ceea ce privește fetișul “suveranității naționale”⁵. Uniunea Europeană, fiind fondată pe valorile indivizibile și universale de demnitate umană, libertate, egalitate, și solidaritate și sprijinindu-se pe principiile democrației și pe principiul statului de drept, plasează persoana în centrul acțiunii sale, instituind cetățenia uniunii și creând un spațiu de liberate, securitate și justiție.

Crearea spațiului Schengen extins, începând cu data de 21 decembrie 2007, la 24 de state membre, reprezintă un pas înainte pentru libertate, securitate și justiție în Europa. Eliminarea controalelor la frontierele interne ale Uniunii Europene este una dintre cele mai mari realizări ale procesului de integrare europeană. Cu toate acestea, un spațiu fără frontiere interne, care s-a extins de la 7 țări în anul 1995 la 24 de țări la sfârșitul anului 2007, fapt ce reprezintă o realizare istorică unică, nu poate funcționa fără o partajare a responsabilităților și fără solidaritate în gestionarea frontierelor sale externe.

Cooperarea Schengen- SIRENE – Sistemul de Informații Schengen

Acest sistem de informații prezintă un aspect al liberei circulații a persoanelor (controlul la frontieră) și al cooperării în domeniul aplicării legii (poliție, vamă, autorități judiciare într-o “Europă fără frontiere interne” axată pe birourile Sirene. În cadrul spațiului Schengen, persoanele se bucură de dreptul la liberă circulație. Cooperarea Schengen are drept scop protejarea persoanelor și a bunurilor acestora prin reducerea ocaziilor de încălcare a acestui drept. Aceasta presupune o cooperare consolidată și eficientă între autoritățile polițienești, vamale, judiciare, precum și cele responsabile de controlul la frontierele externe din toate statele membre, impusă de desființarea frontierelor interne.

La sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea se observă o tendință de uniformizare și generalizare a regimului extrădării între statele lumii prin încheierea unui număr mare de convenții ce cuprindeau dispoziții comune și cu privire la extrădare .

61 de state au stabilit relații de colaborare cu România în ceea ce privește extrădarea, dintre care 46 sunt state părți la Convenția europeană de extrădare.⁶ Cu celelalte 15 state România are încheiate convenții bilaterale de extrădare cu țări cum sunt: Algeria, Armenia, R.P. Chineză, Cuba, Egipt, Maroc, S.U.A., Canada, Tunisia etc.

Și în alte convenții internaționale ratificate de România regăsim dispoziții asemănătoare în ceea ce privește alte domenii de cooperare internațională, ca de exemplu Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală adoptată la Strasbourg la 20 aprilie 1959, ratificată de România prin Legea nr. 286/1995.

Pentru prima oară, în România, institutia extradării apare la sfârșitul secolului al XIX-lea.

În continuare vom prezenta evoluția reglementărilor legislative ale acestei instituții.

În Constituția Regatului României din 1923, Titlul II, art. 32 prevedea că : „, Extrădarea refugiaților politici este oprită”;

La 20 aprilie 1929 se semnează un Protocol privind considerarea infracțiunilor de falsificare de monedă ca infracțiuni de drept comun, în ceea ce privește extrădarea, iar la 3 mai 1930 Regele semnează Decretul 1460 privind promulgarea legii privind ratificarea Protocolului;

Codul Penal din 1936, denumit și Codul Penal Carol al II-lea, stipulează, în capitolul IX, articolul 634, alineatele 1-6 condițiile de fond, condițiile privitoare la infracțiune, pedeapsă și cu privire la urmări.

⁵ I.Gh.Barbulescu-Uniunea Europeană – aprofundare și extindere, Ed. Trei, București, 2001.

⁶ Convenția Europeană de extrădare încheiată la Paris la 15 decembrie 1957 și Protocoalele sale adiționale de la Strasbourg din 15-X-1975 și 17-03.1978.

De asemenea și Codul penal român din 1968, în articolele 6 și 9 are reglementări privitoare la extrădare.

Astfel, potrivit art. 6 alin. 2, „ Pentru infracțiunile îndreptate împotriva intereselor statului român sau contra unui cetățean român, infractorul poate fi judecat și în cazul în care s-a obținut extrădarea lui”. În art. 9 denumit „ Extrădarea” se prevede că aceasta se acordă sau poate fi solicitată pe bază de convenție internațională, pe bază de reciprocitate și, în lipsa acestora, în temeiul legii.

Totodată trebuie menționat că prima lege, privind institutia extradării a fost legea 4/1971; Constituția României din anul 1991, în articolul 19, aliniatele 1 și 2 stipulează: „ cetățeanul român nu poate fi extrădat sau expulzat din România” și „ cetățenii străini și apatrizii pot fi extrădați numai în baza unor convenții internaționale sau în condiții de reciprocitate”; Art 2 stabilește această excepție, ea fiind justificată de adaptarea legislației noastre la cea a Uniunii Europene. Tot în Constituție, în art 3, este stabilită regula conform căreia, cetățenii străini și apatrizii pot fi extrădați numai în baza unei convenții internaționale sau în condiții de reciprocitate.

Parlamentul României a ratificat (a fost publicată în Monitorul Oficial, partea I, la data de 14.05.1997) Convenția europeană de extrădare, din 13 decembrie 1957, precum și cele două protocoale adiționale la aceasta, din 1975 și 1978; (Romania a ratificat această convenție prin Legea nr. 80 din 1997)

Cel de-al VIII-lea Congres al Națiunilor Unite pentru prevenirea crimei și tratamentul delincvențelor a aprobat tratatul tip extrădare. Adunarea Generală a O.N.U. a adoptat acest Tratat prin Rezoluția nr. 45/116 din 14 septembrie 1990, invitând statele membre să colaboreze, în cadrul unor aranjamente bilaterale și multilaterale, în vederea întăririi măsurilor de prevenire a criminalității și de întărire a procesului de justiție penală⁷;

Legea 296/2001, a fost cea care a reprezentat primul pas făcut de România în alinierea legislației române cu cea europeană.

Ultima lege în România, în această privință, a fost Legea nr. 302/2004, cu trimitere la ultimele modificări aduse deciziei-cadru 2002/584/JAI prin Decizia-cadru 2009/299/JAI.

În prezent, în România, extrădarea este reglementată în Constituție, Codul penal și Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională, astfel cum a fost modificată și completată.⁸ Materia extrădării în dreptul nostru penal este reglementată de o serie de dispozitii exprimate în tratatele și convențiile internaționale încheiate de România cu alte state precum și în Decizia Cadru 2002/584, privind mandatul de arestare european și procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene.

III Extrădarea, în relația cu statele ce nu sunt membre ale Uniunii Europene

Condițiile extrădării sunt prevăzute în această situație de Constituție, Codul Penal și Legea 302/2004.

Articolul 19 din Constituția României trimite, în ceea ce privește condițiile extrădării cetățeanului străin și apatrizului, doar la convențiile internaționale și la reciprocitate, nu și la legea internă ; această situație nu reprezintă o scăpare a legiuitorului, ci acceptarea voită a întâietății reglementărilor internaționale asupra reglementărilor naționale în această materie. Pentru a fi acordată extrădarea, trebuie îndeplinite o serie de condiții de fond și de formă⁹. Cele de fond vizează persoanele și infracțiunile supuse extrădării, iar cele de formă se referă la acele aspecte legate de etapele procedurii de extrădare, care constau în verificarea legitimității și regularității cererii de extrădare, procedura în fața organelor de urmărire și a instanței judecătorești. Dintre condițiile de formă mai fac parte și regulile referitoare la ordinea de preferință a statelor la extrădare, atunci când sunt în același timp formulate cereri din partea mai multora.

⁷ Alexandru Boroi-„Drept penal.Parte Generală”, Ed. All Beck, București, 2002, pag.59

⁸ Art.19 Constituția României revizuită;art.9, C.pen.

⁹ Titlul II, Cap.I, Secțiunea I, art.22-37 din Legea 302/2004, așa cum a fost modificată și completată.

Principalele condiții de fond ale extrădării sunt: fapta pentru care se cere extrădarea să fi fost prevăzută ca infracțiune în legislația ambelor țări, în conformitate cu principiul dublei incriminări; persoana extrădată să nu fie judecată pentru altă infracțiune decât cea pentru care a fost solicitată extrădarea (principiul specialității); fapta să prezinte o anumită gravitate, concretizată printr-un minim de pedeapsă privativă de libertate prevăzută în legislația ambelor țări ; să nu fi intervenit prescripția incriminării sau executării pedepsei respective sau o altă cauză care înlătură răspunderea penală ; făptuitorul să nu mai fi fost condamnat pentru fapta pentru care se cere extrădarea; neextrădarea propriilor cetățeni, precum și a persoanelor care au comis infracțiuni politice.

Condiții privitoare la faptă, pedeapsă și persoană. Pentru admiterea extrădării se cer întrunite anumite condiții care se referă la faptă, pedeapsă și la persoană .

A. Condiții referitoare la infracțiune:

1. Legea dispune că fapta pentru care se cere extrădarea să fie incriminată ca infracțiune atât în legea străină, cât și în legea penală română (dubla incriminare). Această cerință privește atât fapta consumată, cât și tentativa (art.3 alin.1). O prevedere asemănătoare este cuprinsă și în tratatele de asistență juridică încheiate de statul nostru cu alte state. Din această condiție rezultă consecința că în cazul dezincriminării faptei, potrivit legii penale române, extrădarea nu mai poate fi admisă prin nerealizarea cerințelor legii.

2. Infracțiunea se cere a fi săvârșită în străinătate, pe teritoriul statului solicitant sau împotriva intereselor acestuia. Dacă infracțiunea a fost comisă pe teritoriul țării noastre sau în condițiile art.5 pen., extrădarea nu poate fi admisă ; în aceste cazuri, de acțiune a principiului teritorialității și realității, statul nostru are o competență exclusivă.

B. Condiții privitoare la pedeapsă:

Infracțiunea pentru care se cere extrădarea trebuie să prezinte o anumită gravitate reflectată în pedeapsă, potrivit legilor celor două state. Astfel, legea impune că extrădarea, în vederea urmăririi și judecării, poate fi acordată dacă fapta săvârșită este prevăzută de lege cu o pedeapsă privativă de libertate mai mare de 2 ani sau cu o pedeapsă mai grea. În tratatele de existență juridică, condiția privitoare la pedeapsă diferă, prevăzându-se, în general, o pedeapsă privativă de libertate mai mare de 1 an sau o pedeapsă mai grea. Când între state există o convenție, se va rezolva cererea de extrădare în conformitate cu clauzele înscrise în convenție sau tratat, regimul special derogând de la cel cu caracter general prevăzut în legea de extrădare. În cazul extrădării solicitată în vederea executării pedepsei, se cere ca pedeapsa pronunțată de instanța să fie mai mare de 1 an sau o pedeapsă mai grea. Remarcăm că pedeapsa cerută pentru extrădarea în vederea urmăririi este o pedeapsă superioară ca gravitate, întrucât ea reprezintă pedeapsa abstractă, stabilită de legiuitor, ce oglindește gradul de pericol social abstract al faptei, ceea ce justifică limita mai ridicată a acesteia. Pedeapsa impusă pentru extrădarea condamnatului este inferioară sub aspectul cuantumului, întrucât ea constituie o pedeapsă concretă, individualizată de către instanță, prin evaluarea tuturor împrejurărilor care caracterizează fapta și făptuitorul, cuantumul stabilit reprezentând gradul minim de pericol social al faptei.

C. Condiții privitoare la persoană:

Legea stabilește regula că orice persoană care a săvârșit o infracțiune sau a fost condamnată în străinătate poate fi extrădată, cu unele excepții:

O primă excepție o constituie aceea potrivit căreia cetățenii români sau persoanele fără cetățenie care domiciliază în România nu pot fi extrădate. Această excepție constituie o inserare legislativă a principiului denumit în doctrină principiul neextrădării naționalităților sau al extrădării cetățenilor străini. Dacă persoana, la data săvârșirii infracțiunii era cetățean străin, iar în momentul în care se pune problema extrădării a devenit cetățean român, conform regulii de mai sus, extrădarea nu se va putea admite. Refuzul de a acorda extrădarea cetățenilor români este impus de principiul

suprem al suveranității statului. Neextrădarea cetățenilor români nu înseamnă exonerarea lor de răspundere penală, ci, pentru faptele săvârșite în străinătate, vor fi supuși răspunderii penale, în conformitate cu principiile care reglementează aplicarea legii penale în spațiu. Același regim se aplică și persoanelor fără cetățenie care domiciliază în România.

O altă dispoziție de excepție o constituie aceea, potrivit căreia, persoanele care au obținut drept de azil în România nu pot fi extrădate. În Constituția României, în Titlul 2, Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale, cap.1 art.18, se prevede că “dreptul de azil se acordă și se retrage în condițiile legii, cu respectarea tratelor și convențiilor internaționale la care România este parte. Acordându-se prin Constituție drept de azil, legea de extrădare a întărit ocrotirea persoanelor ce se bucură de acest drept, prin dispoziția specială care exceptează această categorie de extrădare. Exceptând categoriile de persoane menționate rezultă, prin eliminarea lor că pot fi extrădați toți ceilalți cetățeni străini sau persoane fără cetățenie care nu domiciliază în România. Se cere ca aceste persoane să se afle pe teritoriul țării noastre astfel cererea nu poate fi satisfăcută, cu ocazia unei șederi mai îndelungate sau numai în trecere, legea nefăcând distincție sub acest aspect. Uneori există impedimente de remitere a făptuitorului, chiar în cazurile în care sunt realizate condițiile cerute de lege. Astfel, dacă o persoană, față de care se poate admite extrădarea, se află în curs de urmărire sau judecată în fața organelor noastre judiciare, sau a fost condamnată de aceste organe pentru o infracțiune săvârșită pe teritoriul țării noastre, extrădarea nu se poate acorda decât după executarea pedepsei. Într-o atare situație, are loc amânarea extrădării. Deoarece prin amânarea extrădării se poate ajunge la împlinirea termenului de prescripție și deci la înlăturarea răspunderii penale, sau la crearea unor dificultăți în ce privește stabilirea faptelor (dispariția probelor etc...), legea a admis posibilitatea extrădării temporare, cu condiția ca persoana extrădată să fie remisă statului nostru după efectuarea acelor procesuale necesare (art. 6 alin. 2). Aspectele examinate mai sus reprezintă condițiile de fond ale extrădării. Instituția de care ne ocupăm implică și anumite condiții de formă, care se referă la regularitatea cererii de extrădare, la actele prevăzute în dispozițiile legale care trebuie ca să însoțească și să sprijine crearea statului solicitant. Avem în vedere, în acest sens, copia certificată a mandatului de arestare, copie a dispozițiilor legale ce au aplicabilitate în cauza care formează obiectul cererii, pentru a aprecia gradul de pericol social al faptei în comparație cu legea română, datele necesare identificării persoanei a carei extrădare se cere și orice alte date indispensabile soluționării în fond a cererii. Dacă extrădarea are în vedere executarea pedepsei, trebuie să se anexeze o copie certificată a hotărârii definitive de condamnare, pentru a putea verifica de către organele noastre judiciare, condițiile referitoare la faptă și pedeapsă.

D. Legea de extrădare prevede că aceasta nu se poate admite în următoarele :

a) fapta a fost săvârșită pe teritoriul României sau legea penală se aplică potrivit art.5 din Codul Penal;

b) potrivit legii statului solicitant cât și a legii penale române acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare decât la plângerea prealabilă a persoanei vătămate;

c) fapta pentru care se cere extrădarea este, potrivit legii statului solicitant ori a legii penale române, prescrisă sau amnistiată, ori există o altă cauză legală care înlătură răspunderea penală sau consecințele condamnării ;

d) față de persoana a carei extrădare se cere s-a pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare, de achitare sau încetare a procesului penal ori s-a dat o ordonanță de scoatere de sub urmărire sau de încetare a urmăririi pentru acea faptă, de organele de judecată ori de organele de urmărire penală a României, după caz.

Operațiunea extradării cunoaște două momente: primul moment poartă denumirea de extrădare activă, și constă în întocmirea cererii prin care se solicită extrădarea, iar cel de-al doilea moment, se numește extrădare pasivă și constă în predarea infractorului .

IV Extrădarea între statele membre ale Uniunii Europene

1. Evoluție istorică

Mandatul de arestare European este definit ca fiind o cerere judiciară emisă de către o autoritate judiciară a unui stat membru în scopul întrajutorării, urmării, arestării, deținerii și predării unei persoane care a făcut obiectul unei hotărâri penale¹⁰. Mandatul de arestare european este o decizie judiciară emisă de autoritatea 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 urmării penale, a judecății sau în scopul executării unei pedepse sau a unei măsuri de siguranță privativă de libertate. La ora actuală, mandatul de arestare european este un instrument al cooperării judiciare internaționale reglementată de titlul III din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală. Prin reglementarea acestui gen de mandate s-a urmărit înlocuirea procedurii formale de extrădare cu o procedură simplificată, care se desfășoară între autoritatea judiciară emitentă și autoritatea judiciară de executare, ce pot fi asistate de autoritatea centrală desemnată în acest scop în statele membre aflate în relație sau respectivele puncte de contact ale Rețelei Judiciare Internaționale. Mandatul de arestare european constituie prima măsură concretă care completează principiul reunoașterii reciproce, principiu pe care Consiliul Europei îl apreciază că fiind „cheia de boltă”¹¹ a cooperării judiciare.

Domeniul de aplicare al mandatului european de arestare

Mandatul european de arestare este aplicabil în toate Statele Membre ale Uniunii Europene. Acesta înlocuiește sistemul extrădării folosit până acum.

Decizia Cadru a Consiliului din 13.06.2002 (2002/584/JAI) cu privire la mandatul european de arestare și procedurile de predare între Statele Membre ale Uniunii Europene, Legea 190 din 18.07.2003 nu constituie, conform art 34, paragraf 2, lit b.TUE (Tratatul Uniunii Europene) drept aplicabil direct ci necesită transpunerea sa în dreptul național.

Mandatul european de arestare se aplică tuturor cetățenilor Uniunii Europene, fara deosebire de naționalitate, elementul esențial pentru incidența acestui mecanism fiind statutul său de cetățean al Uniunii.

Hotărârea de condamnare se execută, indiferent de țara în care a fost pronunțată, în locul în care s-ar putea realiza cel mai bine integrarea infractorului în societate.

Pentru simplificarea și accelerarea procedurii, cazurile în care se refuză executarea mandatului european sunt expres determinate și limitate. Principiul specialității și al dublei incriminări sunt abolite, dar Statele Membre au posibilitatea, dacă vor, să stabilească fiecare câte o listă cu infracțiunile exceptate de la obligația executării mandatului european de arestare pe teritoriul lor, sau care să rămână încă sub incidența celor două principii.

Mandatul european de arestare se ghidează după o serie de principii. Astfel, acesta constituie o procedură pur judiciară, nemaexistând o etapă administrativă ca și în procedura „clasică”;

În temeiul hotărârii judiciare pronunțată de autoritatea judiciară națională competentă, mandatul european de arestare va permite predarea persoanelor solicitate în statul membru.

Potrivit dispozițiilor art.81 alin.1 lit.a și b din Legea nr.224/2006 mandatul european de arestare se emite pentru extrădarea persoanelor care au săvârșit fapte pedepsite cu o pedeapsă sau cu o măsură de siguranță privativă de libertate egală sau mai mare de 1 an închisoare, sau pentru executarea unor condamnări la o pedeapsă sau la o măsură de siguranță mai mare de 4 luni închisoare;

¹⁰ Art.77 din legea 302/2004, așa cum a fost ea modificată și completată.

¹¹ Narcisa Mudava-judecător Tribunalul Mehedinți și Mirela Daniela Nicolae-judecător același Tribunal- Discuții referitoare la mandatul european de arestare și la mandatul de arestare preventiv din perspectiva Legii 302/2004, Revista Dreptul nr.11/2008, București, pag.226.

Procedura de transmitere a mandatului european de arestare impune că termenele scurte să fie respectate. Astfel, hotărârea definitivă care autorizează sau refuză predarea persoanei solicitate trebuie, cu excepția împrejurărilor deosebite, să fie luată într-un termen de maxim 60 zile de la arestarea sa;

Dacă sancțiunea ce se poate aplica în statul emitent este închisoarea sau măsura de siguranță privată de libertate pe o durată de minim 3 ani și s-a comis una din cele 32 infracțiuni prevăzute de art.2 alin.2 din Decizia-Cadru, nu se mai verifică dubla incriminare a faptelor;¹²

Cetățenia persoanei solicitate nu constituie un motiv obligatoriu de refuz al predării;

Prescripția răspunderii penale sau a executării pedepsei constituie un motiv opțional de refuz al predării și poate fi pusă în discuție în situația în care faptele care fac obiectul mandatului european de arestare ar fi fost de competența autorităților judiciare române.

Conform definiției din Decizia Cadru 2002/584/JAI, mandatul european de arestare este o hotărâre judecătorească dată într-un Stat Membru și se materializează prin reținerea și predarea unei persoane solicitate prin intermediul unui alt Stat Membru în vederea :urmaririi penale,executării unei pedepse privative de libertate,executării unei masuri de siguranță privative de libertate.

Principiul “non bis in idem” vizează faptul că atunci cand persoana care face obiectul mandatului european de arestare este sub urmărire penală în statul membru de executare pentru acea faptă pentru care a fost emis mandatul.

Toate autoritățile judiciare naționale (autoritățile de executare) se obligă să recunoască cererea unei autorități judiciare a unui alt stat (autoritatea emitentă) privind predarea ipso facto și cu un control minim al persoanei solicitate.

Obiectivul mandatului european de arestare constă în reorganizarea dreptului de extrădare (predare) în interiorul Uniunii Europene în virtutea principiilor recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a încrederii reciproce între statele membre.

Deciza Cadru a mandatului european de arestare nu prevede o “predare automată”, ci lasă loc Statelor Membre să prevadă transpunerea mandatului European de arestare în cadrul premiselor materiale și de formă.

¹² Conform art. 85 din legea 302/2004, așa cum a fost ea modificată și completată. În cazul în care mandatul european de arestare a fost emis pentru una din infracțiunile enumerate mai jos, indiferent de denumirea lor în statul emitent, și care este sancționată în statul emitent cu închisoarea sau cu o măsură de siguranță privată de libertate pe o perioadă de minimum 3 ani, predarea se va acorda chiar dacă nu este îndeplinită condiția dublei incriminări:apartenența la un grup infracțional organizat; terorismul; infracțiunile privind traficul de persoane și infracțiuni în legatură cu traficul de persoane; traficul de migranți; exploatarea sexuală a copiilor și pornografia infantilă; infracțiunile privind traficul de droguri sau precursori; infracțiunile privitoare la nerespectarea regimului armelor și munițiilor, materiilor explozive, materialelor nucleare și al altor materii radioactive; infracțiunile de corupție, infracțiunile asimilate infracțiunilor de corupție, infracțiunile în legatură directă cu infracțiunile de corupție și infracțiunile împotriva intereselor financiare ale Comunităților Europene; spălarea banilor;falsificarea de monedă și alte valori, falsificarea de valori străine, inclusiv falsificarea monedei euro; infracțiunile săvârșite prin intermediul rețelelor și sistemelor informatice sau de comunicații; infracțiunile împotriva mediului înconjurător, inclusiv traficul ilegal al speciilor animale protejate și al speciilor și varietăților vegetale protejate; ajutorul la intrarea și șederea în situații ilegale; omuciderea voluntară, vătămarea corporală gravă; traficul de țesuturi sau organe umane; lipsirea de libertate în mod ilegal, arestarea nelegală și cercetarea abuzivă; rasismul și xenofobia; tâlharia și pirateria; traficul ilegal de bunuri culturale, inclusiv antichitățile și operele de artă; înșelăciunea; deturnarea de fonduri; infracțiunile contra proprietății intelectuale; înșelăciunea cu privire la calitatea mărfurilor; falsul material în înscrisuri oficiale, falsul. intelectual și uzul de fals; traficul ilegal de substanțe hormonale și alți factori de creștere; traficul de vehicule furate; violul; sclavia; distrugerea și distrugerea calificată, săvârșită prin incendiere, explozie sau prin orice alt asemenea mijloc și dacă rezultă pericol public; infracțiunile pentru care competența de judecată aparține Curții Penale Internaționale; sechestrarea de aeronave și vapoare; sabotajul.

(2) Pentru alte fapte decât cele prevăzute la alin. (1), predarea poate fi subordonată condiției că faptele care motivează emiterea mandatului european să constituie infracțiune potrivit legii române, independent de elementele constitutive sau de încadrarea juridică a acesteia.

Începând cu 1 ianuarie 2004, între Statele Membre ale Uniunii Europene nu se mai aplică dispozițiile instrumentelor juridice internaționale, multilaterale și bilaterale privind extrădarea, acestea fiind înlocuite cu dispozițiile deciziei cadru privind mandatul European de arestare.

Opinia politică comună în ceea ce privește condițiile unui mandat de arestare aplicabil în întreaga Europă a apărut abia la 14-15 decembrie 2001, sub impresia creată de atacurile teroriste din SUA de la 11 septembrie 2001. Mandatul european de arestare prevăzut în Decizia-cadru a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre constituie prima concretizare, în domeniul dreptului penal, a principiului recunoașterii reciproce pe care Consiliul European l-a calificat drept „piatra de temelie” a cooperării judiciare și reprezintă rezultatul preliminar al mai multor evoluții în acest domeniu. Astfel, pe de o parte, începând cu Tratatul de la Amsterdam din 2 octombrie 1997, care a intrat în vigoare la 1 mai 1999, Uniunea Europeană și-a intensificat considerabil activitatea legislativă în materie penală în domeniul celui de-al treilea pilon, mai ales prin armonizarea legislațiilor statelor membre pe calea deciziilor-cadru, iar, pe de altă parte, s-a procedat la o simplificare și o accelerare a procedurii extrădării, urmărită de mai mult timp. În conformitate cu concluziile Consiliului European de la Tampere din 15 și 16 octombrie 1999, trebuia eliminată, între statele membre, procedura formală de extrădare pentru persoanele care încearcă să se sustragă justiției după ce au făcut obiectul unei condamnări definitive și să fie accelerate procedurile de extrădare privind persoanele bănuite că ar fi săvârșit o infracțiune. Programul de măsuri pentru punerea în aplicare a principiului recunoașterii reciproce a deciziilor penale, prevăzut în concluziile Consiliului de la Tampere și adoptat de Consiliu la 30 noiembrie 2001, menționa aspectul executării reciproce a mandatelor de arestare.

De asemenea, următoarele trei convenții privind, în totalitate sau parțial, extrădarea au fost aprobate de statele membre și fac parte din *acquis*-ul Uniunii: Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune, din 19 iunie 1990, Convenția privind procedura simplificată de extrădare între statele membre ale Uniunii Europene, din 10 martie 1953, și Convenția privind extrădarea între statele membre ale Uniunii Europene, din 27 septembrie 1964.

Obiectivul stabilit pentru Uniune, și anume de a deveni un spațiu de libertate, securitate și justiție, duce la eliminarea extrădării între statele membre și la înlocuirea acesteia cu un sistem de predare între autoritățile judiciare. Pe de altă parte, introducerea unui nou sistem simplificat de predare a persoanelor condamnate sau bănuite, cu scopul executării sentințelor de condamnare sau a urmăririlor, în materie penală, permite eliminarea complexității și a riscurilor de întârziere inerente procedurilor actuale de extrădare. Relațiile de cooperare clasice care au dominat până în prezent între statele membre ar trebui să fie înlocuite cu un sistem de liberă circulație a deciziilor judiciare în materie penală, atât a celor anterioare sentinței de condamnare, cât și a celor definitive, într-un spațiu de libertate, securitate și justiție. Fără a aduce atingere aplicării acestora în relațiile dintre statele membre și statele terțe, prin Decizia-cadru a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre s-au înlocuit următoarele instrumente reglementând extrădarea:

– Convenția europeană privind extrădarea din 13 decembrie 1957, împreună cu cele două protocoale adiționale (din 15 octombrie 1975, respectiv din 17 martie 1978), precum și dispozițiile referitoare la extrădare din Convenția europeană privind combaterea terorismului din 27 ianuarie 1977;

– Acordul între cele douăsprezece state membre ale Comunităților Europene privind simplificarea și modernizarea modalităților de transmitere a cererilor de extrădare, din 26 mai 1989;

– titlul III, capitolul 4 din Convenția de punere în aplicare din 19 iunie 1990 a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune;

– Convenția privind procedura simplificată de extrădare între statele membre ale Uniunii Europene, din 10 martie 1995;

– Convenția privind extrădarea între statele membre ale Uniunii Europene, din 27 septembrie 1996.

Decizia-cadru a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre nu prevede o predare „automată”, ci lasă statele membre să reglementeze executarea mandatului european de arestare în cadrul premiselor materiale și de formă. De asemenea, menționăm că Decizia-cadru a Consiliului a suferit modificări prin Decizia-cadru 2009/299/JAI a Consiliului din 26 februarie 2009.

În România, textul privitor la mandatul european de arestare a fost transpus în legislația internă prin dispozițiile art.77 din Legea nr.302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, modificată și completată prin Legea nr.224/2006.

Cu privire la mandatul european de arestare, acesta constituie (reprezintă) o hotărâre judecătorească luată într-un Stat Membru, materializată prin reținerea și predarea unei persoane solicitate de către un alt Stat Membru în vederea urmăririi penale sau executării pedepsei privative de libertate sau aplicării unei măsuri de arest preventiv.

Paragraful 2 stipulează că Statele Membre execută orice mandate europene de arestare după principiul recunoașterii reciproce conform prevederilor prezentei Decizii Cadru.

Paragraful al 3-lea reglementează, în final, faptul că Decizia Cadru nu se referă la obligația Statelor Membre de respectare a drepturilor fundamentale și principiilor generale de drept așa cum sunt ele stabilite în art. 6 al Tratatului Uniunii Europene.

Având în vedere că Decizia Cadru a intrat în funcțiune, timpul mediu necesar pentru executarea unui mandat a scăzut de la mai mult de nouă luni pentru 43 de zile .Aceasta nu include aceste cazuri frecvente în care persoana consimte la predare, pentru care timpul mediu necesar este de 13 zile.

Mandatul european de arestare trebuie să conțină următoarele informații :

1. identitatea persoanei;
2. autoritatea judiciară de emitere;
3. dacă există sau nu o sentință definitivă sau orice alta decizie judiciară executorie care intră în câmpul de aplicare al mandatului;
4. dacă mandatul rezultă sau nu dintr-o hotărâre dată în lipsă și dacă e cazul, o declarație privind dreptul de opoziție și procedura aplicabilă;
5. natura și calificarea juridică a faptei ;
6. descrierea circumstanțelor în care infracțiunea a fost comisă, inclusiv momentul și locul comiterii sale și gradul de participare la infracțiune a persoanei urmărite;
7. pedeapsa, dacă este vorba despre o hotărâre definitivă sau limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă;
8. în măsura posibilului, celelalte consecințe ale infracțiunii;
9. dacă persoana urmărită a fost deja arestată pentru aceeași infracțiune și a fost lăsată în libertate după o perioadă de detenție provizorie cu condiția de a se prezenta de bună voie în fața autorității judiciare sau dacă persoana a evadat din închisoare.

Mandatul european de arestare este un instrument al cooperării judiciare internaționale, reglementat de titlul III din Legea nr.302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală. Dispozițiile titlului III care reglementează mandatul european de arestare, au intrat în vigoare de la 1 ianuarie 2007, data aderării României la UE și înlocuiesc în relația cu Statele Membre ale UE dispozițiile în materia extradării.

3. Înlocuirea procedurii extrădării cu mandatul european de arestare.

Conform evaluării Comisiei, se pleacă de la premisa că MEA funcționează de regula bine în toate Statele Membre ale U.E. Acesta a fost acceptat de către autoritățile judiciare naționale ca mijloc de cooperare și a dus la scurtarea considerabilă a termenelor de predare în comparație cu termenul procedurii tradiționale de extrădare.

O particularitate specifică doar dreptul american este arestarea martorilor, instituție asemănătoare cu mandatul de aducere din dreptul roman. Astfel, orice persoana a cărei mărturie este esențială pentru proces, poate fi arestată și eliberată în aceleași condiții ca și acuzatul, doar până la momentul în care audierea sa este posibilă.

Văzând și experiența vechilor state membre ale Uniunii Europene, învederăm faptul că, în noile condiții, în practică, ținând seama și de dispozițiile pertinente ale Titlurilor II, respectiv III din Legea 302/2004, atunci când o persoană se sustrage de la urmărirea penală, judecată sau executarea pedepsei, părăsind țara, este necesar să se procedeze simultan la:

- pentru statele nemembre ale Uniunii Europene, aplicarea procedurii prevăzute de art. 66 raportat la art.68 din Legea 302/2004- emiterea mandatului de urmărire internațională.

- pentru statele membre ale Uniunii Europene, aplicarea dispozițiilor art.81 rap.la art.83 alin.2 din Legea 302/2004, respectiv emiterea în limba română a unui mandat european de arestare. Având în vedere că în acest caz nu este cunoscut locul în care se află persoana urmărită, transmiterea se va realiza prin Biroul Național Interpol, Centrul de Cooperare Polițienească Internațională (tel.021/2140025, 021/3140540, fax: 0213141266) în condițiile art. 83 alin.2 din Legea 302/2004, urmând ca în momentul localizării/arestării

- într-un stat membru UE, să se traducă mandatul european de arestare în limba acceptată de statul membru în cauză și să fie transmis pe una din căile permise de lege și acceptate de statul membru de executare și în termenele acceptate de acel stat membru, potrivit declarațiilor notificate de acesta Secretariatului General al Consiliului Uniunii Europene.

România a transpus Decizia-Cadru nr.584/JAI din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene prin Titlul III al Legii nr.302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.594 din 1 iulie 2004, modificată și completată prin Legea nr.224/2006 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.534 din 21 iunie 2006.

Practica judiciară a instanței de la Strasbourg a constituit încă de la începutul creării sale un mijloc eficace de protecție a drepturilor persoanei arestate și de uniformizare a legislațiilor statelor europene prin aducerea la un numitor comun.

V. Practica judiciară

Legea nr. 302/2004, art. 90 alin. (9) și (10), art. 95

În dispozițiile art. 90 alin. (9) și (10) din Legea nr. 302/2004 se prevede că, în cursul procedurii de executare a unui mandat european de arestare, instanța dispune, la fiecare 30 de zile, prin încheiere, asupra menținerii măsurii arestării sau punerii în libertate a persoanei solicitate, ținând seama de toate împrejurările cauzei și de necesitatea asigurării executării mandatului european de arestare, fără a se stabili termenul maxim până la care poate fi menținută măsura arestării.

Termenul de 60 de zile de la arestare, prevăzut în art. 95 alin. (3) din Legea nr. 302/2004, nu privește măsura arestării persoanei solicitate, ci pronunțarea hotărârii asupra fondului cauzei privind executarea mandatului european de arestare, în cazul în care persoana urmărită nu consimte la predare. Dacă termenul de 60 de zile nu poate fi respectat, instanța română are obligația de a informa Eurojust cu privire la imposibilitatea respectării termenului, precizând motivele întârzierii, iar nu obligația de a pune în libertate persoana solicitată.

I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 1946 din 11 aprilie 2007

Prin încheierea nr. 6 din 4 aprilie 2007, Curtea de Apel Craiova, Secția penală, în baza art. 90 alin. (9) din Legea nr. 302/2004, a revocat măsura arestării luată față de persoana solicitată T.C. și a dispus punerea în libertate a acesteia de sub puterea încheierii din 22 februarie 2007 a aceleiași instanțe.

În baza art.90 alin. (9) și art. 95 din Legea nr. 302/2004, a luat față de persoana solicitată măsura preventivă a obligării de a nu părăsi țara, prevăzută în art. 1451 C. proc. pen., impunându-i respectarea unora dintre obligațiile prevăzute în textul de lege menționat.

Pentru a pronunța această hotărâre, instanța a reținut că, la informarea Biroului Național Interpol și cu îndeplinirea procedurii prealabile prevăzute în art. 881 din Legea nr. 302/2004, Curtea de Apel Craiova a fost sesizată cu mandatul european de arestare pe numele persoanei solicitate T.C., emis de Tribunalul de Mare Instanță din Rouen, din conținutul căruia rezultă că în perioada martie-iulie 2002, aceasta a comis 35 de furturi și tentative la furt prin efracție în regiunea Sena Maritimă. În urma supravegherii cu mijloace tehnice, s-a stabilit că delictele erau comise de aceeași rețea de criminalitate organizată, formată din cetățeni români, al cărei principal ordonator era T.C.

În timpul implicării sale în aceste delictе, T.C. executa o pedeapsă de 9 ani închisoare în Belgia. Acesta a evadat prima dată la 6 ianuarie 2002 și, fiind prins și reîncarcerat, a evadat din nou la 7 august 2003.

În executarea mandatului european de arestare, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Craiova a dispus reținerea persoanei solicitate la 22 februarie 2007, iar prin încheierea din 22 februarie 2007 Curtea de Apel Craiova a dispus arestarea acesteia, în baza art. 89 alin. (3) din Legea nr. 302/2004.

Hotărârea instanței a rămas definitivă prin respingerea recursului persoanei solicitate, prin decizia penală nr. 1124 din 28 februarie 2007 a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Prin încheierea din 13 martie 2007, Curtea de Apel Craiova, în îndeplinirea cerințelor art. 90 alin. (9) din Legea nr. 302/2004, a menținut măsura arestării persoanei solicitate și, având în vedere excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 108 alin. (1) din Legea nr. 302/2004, invocată de apărător, a dispus, prin aceeași încheiere, în baza art. 303 alin. (6) C. proc. pen. și art. 29 alin. (5) din Legea nr. 47/1992, suspendarea judecării cauzei până la soluționarea excepției de către Curtea Constituțională. Această încheiere a rămas definitivă prin respingerea recursului persoanei solicitate, prin decizia penală nr. 1541 din 20 martie 2007 a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Din oficiu, Curtea de Apel Craiova a repus cauza pe rol la termenul din 4 aprilie 2007 pentru discutarea stării de arest a persoanei solicitate, conform dispozițiilor art. 90 alin. (9) din Legea nr. 302/2004, și a revocat măsura privativă de libertate, dispunând punerea acesteia în libertate și luând măsura preventivă prevăzută în art. 1451 C. proc. pen.

În motivarea hotărârii s-a arătat că, potrivit art. 95 alin. (3) din Legea nr. 302/2004, în cazul în care persoana urmărită nu consimte la predare, hotărârea se pronunță în termen de 60 zile de la arestare. În cauză, s-a constatat că acest termen se împlinește la 22 aprilie 2007 și, în condițiile în care judecata este suspendată ca urmare a invocării excepției de neconstituționalitate, există incertitudine asupra momentului la care se va soluționa această excepție și se va dispune repunerea pe rol a cauzei.

Recursul declarat de procuror, prin care acesta a criticat încheierea pentru netemeinicie și nelegalitate, întrucât nu s-a ținut seama de condițiile și finalitatea prevăzute în art. 90 alin. (10) din Legea nr. 302/2004, și a solicitat menținerea măsurii arestării, este fondat.

Așa cum rezultă din conținutul mandatului european de arestare, persoana solicitată este suspectă de săvârșirea a 35 de furturi și tentative la astfel de infracțiuni și face parte dintr-o rețea de criminalitate organizată. Pentru fapte de aceeași natură, T.C. a fost condamnat la 9 ani închisoare în Belgia, evadând de două ori din locul de detenție.

Potrivit art. 90 alin. (10) din Legea nr. 302/2004, în scopul luării unor decizii asupra menținerii măsurii arestării sau punerii în libertate a persoanei solicitate, instanța ține seama de toate împrejurările cauzei și de necesitatea asigurării executării mandatului european de arestare.

Instanța, revocând măsura arestării persoanei solicitate, nu a ținut seama de condițiile și finalitatea cerute prin norma de lege menționată și a dat o interpretare proprie naturii juridice a termenelor prevăzute în art. 95 din aceeași lege, fără să remarce efectele nerespectării acestora.

Potrivit art. 77 alin. (2) din Legea nr. 302/2004, mandatul european de arestare se execută pe baza principiului recunoașterii și încrederii reciproce. În acest context, opoziția persoanei solicitate la

predare se poate baza numai pe existența unei erori cu privire la identitatea acesteia sau a unui motiv de refuz al executării mandatului european de arestare, dintre cele prevăzute în art. 88 din Legea nr. 302/2004.

Împrejurările cauzei, analizate în condițiile cerute de lege, impun menținerea măsurii arestării, faptele imputate fiind dintre cele care dau loc la predare.

Aprecierea instanței privind imposibilitatea respectării termenelor prevăzute în art. 95 din Legea nr. 302/2004 este greșită. Aceste termene nu privesc durata măsurii arestării pentru a avea efectul prevăzut în art. 140 C. proc. pen., ci durata judecării. Consecința imposibilității respectării termenelor este prevăzută în art. 95 alin. (5) din Legea nr. 302/2004, și anume obligația autorității judiciare de executare române de a informa Eurojust, precizând motivele întâzierii.

Această obligație pentru autoritatea judiciară română de a informa Eurojust decurge din necesitatea explicării motivelor pentru care mandatul european de arestare nu a fost soluționat și executat în regim de urgență, așa cum impun dispozițiile art. 95 alin. (1) din Legea nr. 302/2004.

Suspendarea judecării cauzei în vederea soluționării excepției de neconstituționalitate de către Curtea Constituțională reprezintă un motiv excepțional pentru imposibilitatea respectării termenelor prevăzute în Legea nr. 302/2004.

Față de considerentele ce preced, recursul a fost admis, încheierea atacată a fost casată, măsura arestării persoanei solicitate a fost menținută și s-au înlăturat dispozițiile de revocare a măsurii arestării, de punere în libertate și de înlocuire a acestei măsuri cu obligarea de a nu părăsi țara.

VI. Concluzii

În concluzie, se constata că mandatul european de arestare, implementat de legiuitorul român în cuprinsul Legii nr. 302/2004, reprezintă un instrument juridic menit să asigure o cooperare mult mai rapidă și eficientă între statele membre ale U.E., iar executarea mandatului se face în baza principiului recunoașterii și încrederii reciproce, conform dispozițiilor Deciziei-Cadru a Consiliului Uniunii Europene nr 2002/584/JAI din 13 iunie 2002.

Rezumând, se observă că, în cadrul U.E., DC MEA constituie o ameliorare considerabilă a condițiilor cadru în domeniul extrădării. Scurtarea evidentă a procedurii, cu termene stricte și faptul că centrul de greutate al unei extrădări poate fi cu siguranță evaluat pozitiv, de la cooperarea interstatală, până la garantarea unei proceduri judiciare care tine cont de poziția subiectului, cu garantarea drepturilor procedurale care stau la baza CEDO, sunt argumentate pentru acest instrument. Toate celelalte efecte produse de aplicarea noului instrument, mai ales lipsa de standarde unitare privind drepturile procedurale și problematica ce rezulta de aici trebuie analizate pentru a se putea face recomandări în direcția unei dezvoltări ulterioare.

Referințe bibliografice

- Dongoroz Vintila – Explicații teoretice ale Codului Penal Român, Parte generală, vol I Editura „Academiei”, 1970, București.
- Aurel Teodor Moldovean și colaboratorii: Florina Dachin și Georgeta – Adriana Cioaca, „Expulzarea, extradarea și readmisia în dreptul internațional”, Editura All Beck, an 2004
- Manual de cooperare judiciară în materie penală.
- Decizia-Cadru 2002/584/JAI;
- Ion Rusu, Alexandru Boroi-Coperarea judiciară în material penală, Ed. CH Beck, 2008;
- Alexandru M. Guranescu-Extradarea, Tipografia Gutenberg, București, 1903;
- Nicolae Lupulescu-Extradare, Ed. Luceafărul, București, 2004.
- T. Buergenthal, R. Weber-Dreptul internațional al drepturilor omului, Ed. ALL, 1996.
- I.Gh. Barbulescu-Uniunea Europeană: aprofundare și extindere, Ed. Trei, București, 2001.

- Alexandru Boroi-„Drept penal.Parte Generală”, Ed. All Beck, București, 2002, pag.59.
- Ion Neagu-„Unele considerații privind autoritatea de lucru judecată în material extrădării, Revista Dreptul,, anul XIV, seria a III-a, nr.5/2003;
- Revista de drept penal, anul IX, nr.2, aprilie-iunie, București, 2002;
- Florin Razvan Radu-„De la extrădare la mandatul european de arestare. O privire istorică și juridică ”, Revista Dreptul, nr.2/2006.
- Narcisa Mudava-judecător Tribunalul Mehedinți și Mirela Daniela Nicolae-judecător același Tribunal-Discuții referitoare la mandatul european de arestare și la mandatul de arestare preventivă din perspectiva legii 302/2004, Revista Dreptul nr.11/2008, Bucuresti.
- Constituția României din 1923.
- Constituția României, revizuită, art.19;

PROCEDURA REVIZUIRII ÎN CAZUL ART. 408¹ DIN CODUL DE PROCEDURĂ PENALĂ

Iulia Elena IONESCU*

Abstract

Pursuant to Art. 41 of the European Convention on Human Rights, ECHR decisions do not count as writs of execution in the sentenced states. The convention also provides that the member states are bound to make effective the decisions ruled by ECHR by submitting these causes to trial again. Thus, Article 408¹ was introduced in the Criminal Procedure Code and under paragraph 1 it provides as follows: "Final decisions ruled in the causes in which the European Court on Human Rights observed a breach of a right provided by the European Convention for human rights protection and fundamental freedoms may be submitted to review, if the serious consequences of this breach continue and may not be remedied other than by reviewing the ruled decision".

Cuvinte-cheie: art. 408¹, CEDO, revizuirea, căi extraordinare de atac.

I. Considerații cu caracter introductiv privind căile extraordinare de atac

Pentru a da caracter de stabilitate activității de înfăptuire a justiției legea reglementează că hotărârile judecătorești definitive au autoritate de lucru judecat și sunt executorii. În practică au existat cazuri de hotărâri definitive prin care s-a soluționat cauza penală cu erori grave de drept și de fapt. Mijloacele prin intermediul cărora pot fi atacate hotărârile penale definitive sunt căile extraordinare de atac.

Prin intermediul căilor extraordinare de atac procesul penal este reluat, aceasta poate duce, în cazul în care motivele invocate sunt temeinice, la desființarea hotărârilor atacate, astfel fiind înlăturate toate efectele pe care o asemenea hotărâre le-a produs sau le-ar putea produce. Fiecare cale extraordinară de atac se situează în afara ciclului ordinar, prin exercitarea ei se readuce cauza în faza de urmarire penală, a judecării în prima instanță, a apelului sau chiar a recursului ordinar.

Căile extraordinare de atac nu se exclud și nici nu se suprapun în aceeași cauză, putând fi incidente contestația în anulare și apoi revizuirea, în funcție de nelegalitățile din hotărâre.

În actuala reglementare procesul penală română căile extraordinare de atac sunt: contestația în anulare, revizuirea și recursul în interesul legii.

1. Contestația în anulare

În dreptul român, judecata în cadrul procesului penal se înfăptuiește, în principiu, în trei grade de jurisdicție, toate cauzele penale judecându-se în primă instanță, cu posibilitatea judecării în recurs. Calea de atac a recursului contribuie la repararea greșelilor dintr-o hotărâre judecătorească și ajută la realizarea uniformității în aplicarea și interpretarea legilor. Dar și instanța de recurs, în activitatea sa, poate greși prin nerezolvarea cauzei în deplină concordanță cu materialele aflate în dosar sau prin nerespectarea unor dispoziții legale după care se desfășoară procesul penal. Pentru a evita ca aceste hotărâri judecătorești să își producă efectele juridice, legiuitorul pune la dispoziția celor interesați contestația în anulare.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Bogdan Micu.

Contestația în anulare este o cale de atac prin care cei ce au pierdut anumite drepturi sau prerogative din cauza unui act procedural nul sunt repuși în aceste drepturi.¹

Natura juridică a contestației în anulare are un caracter mixt, fiind atât o cale de anulare, cât și de retractare. Caracterul de anulare al acesteia reiese din faptul că se urmărește desființarea hotărârii definitive contestate. Caracterul de cale de atac de retractare rezultă din faptul că instanța care a dat hotărârea este pusă în situația de a controla condițiile în care a dat hotărârea și eventual de a o infirma.

Cazurile în care poate fi folosită contestația în anulare sunt prevăzute expres de lege. Astfel, potrivit art. 386 Cod de Procedură Penală, împotriva hotărârilor penale definitive se poate face contestație în anulare în următoarele cazuri: a) când procedura de citare a părții pentru termenul la care s-a judecat cauza de către instanța de recurs nu a fost îndeplinită conform legii; b) când partea dovedește că, la termenul la care s-a judecat cauza de către instanța de recurs, a fost în imposibilitatea de a se prezenta și de a încunoștița instanța despre această împiedicare; c) când instanța de recurs nu s-a pronunțat asupra unei cauze de încetare a procesului penal din cele prevăzute în art. 10 lit. f)-i), cu privire la care existau probe la dosar; d) când împotriva unei persoane s-au pronunțat două hotărâri definitive pentru aceeași faptă; e) când la judecarea recursului sau la rejudecarea cauzei de către instanța de recurs, inculpatul prezent nu a fost ascultat, iar ascultarea acestuia este obligatorie potrivit art. 385¹⁴ alin 1¹ ori art. 385¹⁶ alin. 1¹ Cod de Procedură Penală.

Actul procesual prin intermediul căruia se declanșează contestația în anulare este o cerere, acesta se consemnează într-un act procedural scris în care trebuie să se arate cazurile de contestație pe care le invocă contestatarul și toate motivele aduse în sprijinul acestora.²

Titularii contestației în anulare, potrivit art. 387 alin.1 Cod de Procedură Penală, sunt părțile, iar numai pentru motivele prevăzute de art. 386 lit. c) și d), și procurorul.

Termenul de exercitare a contestației în anulare este reglementat diferit în raport de cazul invocat și de persoana care folosește calea de atac. Astfel, potrivit art. 388 Cod de Procedură Penală, pentru cazurile arătate în art. 386 lit. a)-c) și e) Cpp contestația în anulare poate fi introdusă de către persoana împotriva căreia se face executarea, cel mai târziu în 10 zile de la începerea executării, iar de către celelalte părți în termen de 30 de zile de la data pronunțării hotărârii a cărei anulare se cere. Pentru cazul prevăzut de art. 386 lit. d) Cpp contestația în anulare poate fi introdusă oricând.

Competență să judece contestația în anulare pentru cazurile prevăzute în art. 386 lit. a)-c) și e) din Cpp este instanța de recurs care a pronunțat hotărârea a cărei anulare se cere. În ce privește cazul de la art. 386 lit.d), competență să judece contestația este instanța la care a rămas definitivă ultima hotărâre.

Procedura de judecată în cazurile prevăzute în art. 386 lit. a)-c) și e) Cpp are două etape: admiterea în principiu și judecata propriu-zisă. În cazul prevăzut în art. 386 lit. d) lipsește etapa admiterii în principiu, judecarea contestației se face cu citarea părților interesate în cauza în care s-a pronunțat ultima hotărâre.

2. Revizuirea

Spre deosebire de contestația în anulare, prin care se pot înlătura erorile de procedură în desfășurarea judecății în recurs, revizuirea este calea extraordinară de atac prin care se îndreaptă gravele erori de fapt, datorate necunoașterii de către instanțele care au pronunțat hotărârea definitivă a adevăratei situații de fapt, folosirii unor probe denaturate, corupției organelor care au rezolvat cauza, existenței unor hotărâri contradictorii. Prin intermediul revizuirii se pot critica și hotărârile definitive pronunțate prin încălcarea unor drepturi prevăzute de Convenția europeană a drepturilor omului și a libertăților fundamentale, încălcare constatată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO).

¹ Ion Neagu – Tratat de procedură penală. Partea specială, Universul Juridic, București 2010, p. 413.

² I. Neagu, *op. cit.*, p 424.

Hotărârile judecătorești definitive pot fi supuse revizuirii, atât cu privire la latura penală cât și cu privire la latura civilă.³

Potrivit art. 394, art. 408^{1 4} și art. 408^{2 5} Cpp, revizuirea poate fi cerută când: a) s-au descoperit fapte sau împrejurări ce nu au fost cunoscute de instanță la soluționarea cauzei; b) un martor, un expert sau un interpret a săvârșit infracțiunea de mărturie mincinoasă în cauza a cărei revizuire se cere; c) un înscris care a servit ca temei al hotărârii a cărei revizuire se cere a fost declarat fals; d) un membru al completului de judecată, procurorul ori persoana care a efectuat acte de cercetare penală a comis o infracțiune în legătură cu cauza a cărei revizuire se cere; e) două sau mai multe hotărâri judecătorești definitive nu se pot concilia; f) Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat încălcarea unui drept prevăzut în Convenția europeană a drepturilor omului și a libertăților fundamentale; g) Curtea Constituțională a admis o excepție de neconstituționalitate.

Revizuirea, fiind o cale extraordinară de atac, poate fi îndreptată numai împotriva unor hotărâri judecătorești penale definitive.

Titulari ai căii de atac a revizuirii, potrivit art. 396 Cpp, sunt: i) oricare parte din proces în limitele calității sale procesuale; ii) soțul și rudele apropiate ale condamnatului, chiar și după moartea acestuia; iii) procurorul, din oficiu sau la sesizarea unor organe competente.

Când revizuirea este cerută de una din părțile în proces sau de substituitul său procesual, este necesar să se introducă la organul competent o cerere scrisă în care trebuie să se prevadă mențiuni care îl identifică pe autor, indicarea hotărârii penale a cărei revizuire se cere și dosarul corespunzător, cazul de revizuire pe care se întemeiază, probele care-l confirmă și mijloacele de probă prin care pot fi administrate.⁶ Când revizuirea este inițiată de procuror sesizarea se face din oficiu, nefiind necesară o asemenea cerere.

Potrivit art. 397 alin. 1 Cpp, cererea de revizuire se adresează procurorului de la parchetul de pe lângă instanța care a judecat cauza în primă instanță. Potrivit alin. 4, în cazul în care cererea de revizuire a fost adresată direct instanței, acesta se trimite pe cale administrativă procurorului competent.⁷

În ceea ce privește termenul în care poate fi introdusă cererea de revizuire, legea distinge două reglementări distincte, după cum cererea este în favoarea condamnatului sau în defavoarea condamnatului, a celui față de care s-a încetat procesul penal sau a celui achitat.

Potrivit art. 398 alin. 1 Cpp, cererea de revizuire în favoarea condamnatului se poate face oricând, chiar după executarea pedepsei sau după moartea condamnatului.

Potrivit art. 398 alin. 2 Cpp, cererea de revizuire în defavoarea condamnatului, a celui achitat sau a celui față de care s-a încetat procesul penal, se face în termen de un an, care curge: în cazul prevăzut în art. 394 lit. a), precum și în cazurile prevăzute la lit. b), c) și d) când nu sunt constatate prin hotărâre definitivă, de la data când faptele sau împrejurările au fost cunoscute de persoana care face cererea; în cazurile prevăzute în art. 394 lit. b), c) și d), dacă sunt constatate prin hotărâre definitivă, de la data când hotărârea a fost cunoscută de persoana care face cererea.

Procedura revizuirii se desfășoară într-o procedură prealabilă în fața procurorului și într-o procedură în fața instanței de judecată, în două etape, admiterea în principiu și judecarea fondului după admiterea în principiu.

La primirea lucrărilor trimise de procuror, președintele instanței fixează un termen de judecată pentru examinarea cererii de revizuire, în vederea admiterii în principiu. Potrivit art. 403 alin. 1 Cpp,

³ Art. 393 alin. 1 din Codul de Procedură Penală.

⁴ Art. 408¹ a fost introdus în Codul de Procedură Penală prin art. I pct. 3 din Legea nr. 576/2004 și este reprodus astfel cum a fost modificat prin art. I pct. 199 din Legea nr. 356/2006.

⁵ Art. 408² a fost introdus în Codul de Procedură Penală prin art. III pct. 2 din Legea nr. 177/2010.

⁶ Grigore Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, 2008, p. 869.

⁷ Alin. 4 al art. 397 a fost introdus în Codul de Procedură Penală prin art. XVIII pct. 5 din Legea nr. 202/2010.

admisibilitatea în principiu se examinează de către instanță, în camera de consiliu, fără citarea părților și fără participarea procurorului.⁸ Examinarea în principiu a cererii de revizuire are ca obiect verificarea îndeplinirii condițiilor cerute de lege și dacă din probele strânse în cursul cercetării efectuate de către procuror rezultă date suficiente pentru admiterea în principiu. În cazul în care aceste condiții sunt îndeplinite se poate deschide procedura de rejudecare a cauzei în fond.

Rejudecarea cauzei după admiterea în principiu a cererii de revizuire se realizează potrivit regulilor de procedură privind judecata în primă instanță.

Procedura de rejudecare a cauzei poate avea o formă restânsă și o formă mai dezvoltată.⁹ Forma restrânsă a rejudecării cauzei în fond are loc în situația în care eroarea judiciară este evidentă și este dovedită încă de la examinarea în principiu a cererii de revizuire. În acest caz, după concluziile revizuentului, ale intimaților și ale procurorului, instanța, în aceeași ședință de judecată, procedează mai întâi la admiterea în principiu și apoi la soluționarea cauzei în fond, printr-o nouă hotărâre, hotărârea definitivă atacată cu revizuire fiind anulată. Când la rejudecarea cauzei în fond este necesară administrarea unor probe noi sau verificarea unor probe administrate anterior, după ce s-a admis în principiu cererea de revizuire printr-o încheiere, se fixează un nou termen de judecată la care se va dezbate cauza în fond și vor fi administrate probele necesare. În acest caz, procedura de revizuire trece prin cercetarea judecătorească, prin dezbaterile judiciare, prin deliberarea completului de judecată și soluționarea cauzei, fiind urmate regulile de la judecata în primă instanță.

3. Recursul în interesul legii

Potrivit art. 414² Cpp, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție, colegii de conducere ale Curților de Apel și Avocatul Poporului au îndatorirea să ceară Înalte Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra problemelor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești.¹⁰ Pentru a fi admisibil, recursul în interesul legii trebuie să se facă dovada că problemele de drept care formează obiectul judecății au fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești definitive.

Judecarea recursului în interesul legii se realizează de către un complet format din președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție sau, în lipsa acestuia, din vicepreședintele Înaltei Curți de Casație și Justiție, președinții de secții din cadrul acesteia, 14 judecători din secția în a cărei competență intră problema de drept care a fost soluționată diferit de instanțele judecătorești și câte 2 judecători din cadrul celorlate secții. Președintele completului este președintele sau, în lipsa acestuia, vicepreședintele Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Președintele completului va fi numai un judecător din cadrul secției în a cărei competență intră problema de drept care a fost soluționată diferit de instanțele judecătorești în vederea întocmirii unui raport asupra recursului în interesul legii. Raportul va cuprinde soluțiile diferite date problemei de drept și argumentele pe care se fundamentează, jurisprudența relevantă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Curții Constituționale, a Curții de Justiție a Uniunii Europene, a Curții Europene a Drepturilor Omului, opinia specialiștilor consultați și doctrina în materie.

Ședința completului este convocată de președintele acestuia cu cel puțin 20 de zile înainte de desfășurarea acesteia, fiecare judecător va primi, odata cu convocarea, o copie a raportului și a soluției propuse. Recursul în interesul legii se judecă în cel mult 3 luni de la data sesizării instanței, iar soluția este adoptată cu cel puțin două treimi din numărul judecătorilor completului. Judecătorii nu se pot abține de la vot.

⁸ Alin.1 al art. 403 Cpp a fost modificat prin art. XVIII pct. 53 din Legea nr. 202/2010.

⁹ G. Theodoru, *op. cit.*, p. 876.

¹⁰ Art.414² Cpp a fost modificat prin art. XVIII pct. 57 din Legea nr. 202/2010.

4. Revizuirea în Noul Cod de Procedură Penală

Potrivit Noului Cod de procedură penală¹¹, sunt căi extraordinare de atac:

- a) recursul în casație;
- b) revizuirea;
- c) redeschiderea procesului penal în cazul judecării în lipsa persoanei condamnate.

Revizuirii, potrivit Noului Cod de procedură penală, i-au fost aduse unele modificări.

Astfel, potrivit art. 453, alin. 1, cazurile de revizuire sunt: a) s-au descoperit fapte sau împrejurări ce nu au fost cunoscute la soluționarea cauzei și care dovedesc netemeinicia hotărârii pronunțate în cauză; b) hotărârea a cărei revizuire se cere s-a întemeiat pe declarația unui martor, opinia unui expert sau pe situațiile învederate de un interpret, care a săvârșit infracțiunea de mărturie mincinoasă în cauza a cărei revizuire se cere, influențând astfel soluția pronunțată; c) un înscris care a servit ca temei al hotărârii a cărei revizuire se cere a fost declarat fals în cursul judecării sau după pronunțarea hotărârii, împrejurare care a influențat soluția pronunțată în cauză; d) un membru al completului de judecată, procurorul ori persoana care a efectuat acte de urmărire penală a comis o infracțiune în legătură cu cauza a cărei revizuire se cere, împrejurare care a influențat soluția pronunțată în cauză; e) când două sau mai multe hotărâri judecătorești definitive nu se pot concilia; f) hotărârea s-a întemeiat pe o prevedere legală ce a fost declarată neconstituțională după ce hotărârea a devenit definitivă, în situația în care consecințele încălcării dispoziției constituționale continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin revizuirea hotărârii pronunțate.

Titularii cererii de revizuire sunt: i) părțile din proces, în limitele calității lor procesuale; ii) un membru de familie al condamnatului, chiar și după moartea acestuia, numai dacă cererea este formulată în favoarea condamnatului; iii) procurorul, care poate cere din oficiu revizuirea laturii penale a hotărârii.

Potrivit art. 456 din Noul Cod de procedură penală, cererea de revizuire se adresează instanței care a judecat cauza în primă instanță, și nu procurorului de pe lângă parchetul acestei instanțe, cum prevede actuala reglementare.

În ceea ce privește termenul de introducere a cererii de revizuire, cererea în favoarea condamnatului poate fi făcută oricând, chiar după ce pedeapsa a fost executată sau considerată executată ori după moartea condamnatului, cu excepția cazului prevăzut de art. 453 alin. 1, lit f, situație în care cererea de revizuire poate fi formulată în termen de un an de la data publicării deciziei Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României, Partea I. Cererea de revizuire în defavoarea condamnatului, a celui achitat sau a celui față de care s-a încetat procesul penal se poate face în termen de 3 luni.

Cererea de revizuire va fi examinată de către instanță în vederea admiterii în principiu, aceasta se face în camera de consiliu fără citarea părților. Instanța verifică dacă: cererea a fost formulată în termen și de o persoană dintre cele prevăzute la art. 455; cererea a fost întocmită cu respectarea prevederilor art. 456 alin. (2) și (3); au fost invocate temeiuri legale pentru redeschiderea procedurilor penale; faptele și mijloacele de probă în baza cărora este formulată cererea nu au fost prezentate într-o cerere anterioară de revizuire care a fost judecată definitiv; faptele și mijloacele de probă în baza cărora este formulată cererea conduc, în mod evident, la stabilirea existenței unor temeiuri legale ce permit revizuirea; persoana care a formulat cererea s-a conformat cerințelor instanței. Încheierea prin care este admisă în principiu cererea de revizuire este definitivă. Sentința prin care este respinsă cererea de revizuire, după analiza admisibilității în principiu, este supusă aceluiași căi de atac ca și hotărârea la care se referă revizuirea.

În cazul în care sunt îndeplinite condițiile pentru admiterea în principiu se va deschide procedura de rejudecare a cauzei în fond. Rejudecarea cauzei după admiterea în principiu se face cu

¹¹ Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010.

respectarea regulilor privind judecata în primă instanță. În situația în care instanța constată că situația de fapt nu poate fi stabilită în mod nemijlocit sau aceasta nu s-ar putea face decât cu mare întârziere, dispune efectuarea cercetărilor necesare de către procurorul de la parchetul de pe lângă această instanță, într-un interval ce nu poate depăși 3 luni.

II. Revizuirea hotărârilor judecătorești în cazurile prevăzute de art. 408¹ și art. 408² Cpp

Revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului

Prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 207/2000 a fost introdus în Codul de procedură penală un caz de reexaminare a hotărârilor definitive, prin care s-a încălcat un drept prevăzut de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a libertăților fundamentale, în temeiul unui recurs în anulare, care avea următorul cuprins: “De asemenea, pot fi atacate cu recurs în anulare hotărârile pronunțate în cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a prevederilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale”. După desființarea recursului în anulare, prin Legea nr. 576/2004, acest caz de reexaminare a unei hotărâri definitive a fost introdus ca un caz de revizuire în Codul de procedură penală.

Prin Legea nr. 576/2004, pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, a fost introdus art. 408¹ în care este reglementată revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului. Reglementarea acestui caz de revizuire a fost perfecționată prin Legea nr. 356/2006.

Necesitatea acestui caz de revizuire decurge din obligația statului român, prevăzută în Convenția Europeană a Drepturilor Omului la care România a aderat, de a da eficiență hotărârilor pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în cauzele în care statul român a fost parte, prin rejudecarea acestor cauze.

Hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului nu au valoare de *titlu executoriu* pe teritoriul statelor condamnate. Acesta rezultă din art. 41 din Convenție: „Dacă Curtea declară că a fost încălcată Convenția și protocoalele sale, și dacă dreptul intern al Înaltei Părți contractante permite doar în mod imperfect lichidarea consecințelor acestei încălcări, Curtea acordă părții lezate, dacă este cazul, o satisfacție echitabilă”. Satisfacția echitabilă este singura măsură pe care Curtea Europeană a Drepturilor Omului o poate ordona statului pârât.

Cu toate acestea, în reglementarea națională există o serie de dispoziții legale care conduc la concluzia obligativității hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului:

- dispozițiile art.11 din Constituția României care prevăd: „statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce îi revin din tratatele la care este parte”.

- dispozițiile art. 20 din Constituția României care prevăd: „dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte. Dacă există neconcordanță între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile”.

-dispozițiile art. 408¹ Cpp prevăd că hotărârile definitive pronunțate în cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a unui drept prevăzut de Convenție pot fi revizuite la cererea persoanei al cărei drept a fost încălcat, a soțului sau a rudelor apropiate ale condamnatului sau a procurorului.

-dispozițiile art. 322 pct. 9 Cod de procedură civilă care prevăd: „Dacă Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a drepturilor sau libertăților fundamentale datorată unei hotărâri judecătorești, iar consecințele acestei încălcări continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin revizuirea hotărârii pronunțate”.

Potrivit art. 408¹ alin.1, hotărârile definitive pronunțate în cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a unui drept prevăzut de Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale pot fi supuse revizuirii, dacă consecințele grave ale acestei încălcări continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin revizuirea hotărârii pronunțate.

Rezultă că revizuirea în temeiul art. 408¹ presupune îndeplinirea a două *condiții cumulative*:

- să se constate de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului încălcarea, de către statul român, un drept prevăzut în Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale într-o cauză penală în care hotărârea instanței a rămas definitivă. Nu se poate cere revizuirea invocându-se hotărâri pronunțate de Curte împotriva altor state în cauze similare. Sub aspectul aplicării legii în timp se consideră că pot fi supuse revizuirii hotărârile rămase definitive atât înainte, cât și după intrarea în vigoare a Legii nr. 356/2006, având caracterul unei legi penale mai favorabile care poate retroactiva.¹²

- să se constate că efectele negative ale încălcării respectivului drept continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin revizuirea hotărârii pronunțate.

În ceea ce privește *titularii cererii* de revizuire, aceasta poate fi formulată de: persoana al cărei drept a fost încălcat, poate fi parte în proces sau orice persoană interesată; soțul sau rudele apropiate ale condamnatului, chiar și după moartea acestuia și procurorul. Potrivit art. 149 Cod penal, rude apropiate sunt ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel rude.

Cererea de revizuire trebuie să cuprindă următoarele mențiuni: numele și domiciliul revizuietului, hotărârea care se atacă, hotărârea Curții prin care s-a constatat încălcarea drepturilor revizuietului, motivarea în fapt și în drept și semnătura.

Termenul de revizuire este de 1 an calculat de la data rămânerii definitive a hotărârii Curții Europene a Drepturilor Omului.

În ceea ce privește *instanța competentă*, legea stabilește competența materială exclusivă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, care va judeca cererea de revizuire în complet de 5 judecători¹³.

Sedința de judecată se va desfășura cu citarea părților. Similar procedurii de revizuire pentru cazurile de la art. 394 alin.1, inculpatul arestat va fi adus în fața instanței iar participarea procurorului este obligatorie. În situația în care cel condamnat este în executarea hotărârii pronunțate cu încălcarea unui drept prevăzut de Convenția Europeană, la propunerea procurorului, la cererea părții sau din oficiu se poate dispune de către completul de 5 judecători suspendarea executării pedepsei. Legiuitorul a înțeles să facă la alin. 8 al art. 408¹ Cpp o mențiune deosebit de importantă și anume că în situația în care părțile sunt prezente la judecarea cererii de revizuire vor fi ascultate și concluziile acestora¹⁴. Prin aceasta se dorește, pe lângă celelalte drepturi care le sunt oferite părților, respectarea principiului contradictorialității, iar instanța este cea chemată să vegheze la respectarea lui.

Soluțiile pe care le poate pronunța Înalta Curte de Casație și Justiție prin decizie sunt de admitere ori de respingere a cererii.

Respingerea cererii va fi pronunțată când se constată tandivitatea, inadmisibilitatea sau caracterul nefondat al cererii.

¹² Revista Dreptul, nr. 6/2005, Considerații în legătură cu revizuirea hotărârilor judecătorești române în cazul pronunțării de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a unor hotărâri de condamnare a statului roman, p.94.

¹³ Legea 304/2004 privind organizarea judiciară a fost modificată și completată de Legea 202/2010, art. 19 alin. 2 având următorul cuprins: „Înalta Curte de Casație și Justiție este organizată în 4 secții- Secția civilă și de proprietate intelectuală, Secția penală, Secția de contencios administrativ și fiscal-, 4 complete de câte 5 judecători și Secțiile Unite, cu competență proprie.” Se desființează astfel vechiul complet de 9 judecători care soluționa cererile de revizuire.

¹⁴ Bogdan Florian Micu – Teză de doctorat. Aspecte teoretice legislative de practică judiciară și drept comparat privind competența teritorială în materie penală, Universitatea din București, Facultatea de drept, 2008.

Respingerea cererii ca inadmisibilă

Jurisprudența penală a ÎCCJ¹⁵ a stabilit cu privire la art. 408¹ Cpp ca și condiție principală de valabilitate a cererii de revizuire constatarea încălcării unui drept al persoanei titulare (subiect activ) al cererii.

Astfel, titularul a fost condamnat în fond pentru comiterea infracțiunii prevăzute la art. 181 alin 1 C.pen. de către Judecătoria Sectorului 1 București. Ulterior, pe rolul ÎCCJ condamnatul a introdus o cerere de revizuire a hotărârii instanței de fond, cerând instanței supreme să constate că în cazul lui au fost încălcate dispozițiile art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, invocând în acest sens constatările CEDO în speța *Spânu contra României*.

În motivarea făcută, ÎCCJ constată că din analiza corobortă a art. 408¹ Cpp hotărârile prin care CEDO a constatat o încălcare a Convenției Europene pot fi supuse revizuirii, dacă consecințele grave ale acestei încălcări continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin revizuirea hotărârii pronunțate. Însă, prima dintre condițiile care trebuie îndeplinite pentru a trage incidența art. 408¹ Cpp se referă la identitatea de calitate procesuală activă între titularul cererii adresate CEDO și titularul cererii de revizuire ulterioară. Astfel, admisibilitatea cererii de revizuire presupune îndeplinirea cumulativă a acestei condiții precum și a celorlate condiții prevăzute de alin. 1 al aceluiași articol de lege.

Ori, în speță titularul revizuirii își întemeiază cerere pe o altă cauză, pronunțată într-un alt caz dedus CEDO, care a avut un alt titular, nefăcând dovada că acea hotărâre, sau alta, a fost pronunțată și cu privire la el, ori că CEDO a constatat încălcarea unui drept prevăzut de Convenția Europeană cu privire la persoana sa.

Pentru aceste argumente, în temeiul art. 408¹ alin. 10 Cpp, cererea de revizuire a fost respinsă ca inadmisibilă.

Respingerea cererii de revizuire ca nefondată

Într-o altă speță, ÎCCJ stabilește situația în care sunt îndeplinite condițiile art. 408¹ Cpp, concret cazul în care consecințele încălcării unui drept prevăzut de Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, constatată printr-o hotărâre definitivă a CEDO, nu continuă să se mai producă, situație în care procedura revizuirii nu mai poate constitui un remediu.

Astfel, în primă instanță Judecătoria Suceava a dispus condamnarea celor trei inculpați la pedeapsa cu închisoarea pe perioadă de un an pentru săvârșirea mai multor infracțiuni de ultraj, prevăzută de art. 239 alin. 2 teza I și alin. 3 C.pen cu aplicarea art. 75 alin. 1 lit. a) C.pen și în urma contopirii pedepselor conform art. 33 lit. a) și art. 34 alin. 1, lit. b) C.pen¹⁶.

Instanța de control, Tribunalul Suceava, a admis numai apelul uneia dintre inculpate, reducând din pedeapsă perioada arestării preventive a acesteia, respingând și păstrând completă sentința celorlalți condamnați.

Curtea de Apel Suceava a admis recursurile tuturor inculpaților, casând decizia dată în apel, înlăturând aplicarea art. 71 C.pen iar în baza art. 81 și 82 C.pen s-a dispus suspendarea executării pedepselor pe durata termenului de încarcerare de 3 ani, sub rezerva art. 83 C.pen.

Inculpații au sesizat CEDO cerând acesteia constatarea încălcării art. 5 și art. 8 din Convenția Europeană pentru: arestare abuzivă; menținerea nelegală a stării de arest; atingerea dreptului la domiciliu prin efectuarea percheziției.

¹⁵ Decizia nr. 421 din 18 mai 2009, completul de 9 judecători.

¹⁶ Prima dintre inculpați avea calitatea de învinuită și era cercetată sub aspectul săvârșirii infracțiunii de trafic de influență într-un dosar aflat pe rolul Parchetului Cluj. În urma aflării că la domiciliul învinuitei s-ar putea descoperii probe care s-o incrimineze, procurorul împreună cu organele de poliție competente au procedat la percheziția domiciliului acesteia, ocazie cu care toți inculpații, care se aflau în acel moment acolo, au agresat fizic organele de urmărire penală încercând să recupereze probe confiscate.

Prin hotărârea sa¹⁷, CEDO, a stabilit numai o încălcare parțială a textelor invocate, stabilind că măsura arestării preventive s-a făcut conform legii, existând motive de bănuială în ceea ce privește săvârșirea infracțiunii de ultraj, respectiv că legalitatea arestării deși supusă mai târziu instanței competente aceasta a fost desființată deoarece normele legale care o justificau au fost ulterior modificate, așadar nu există o încălcare a art. 5 paragraful 3 din Convenția Europeană.

Totuși, CEDO stabilește că privarea de libertate pe perioada indicată de reclamanți a fost realizată fără temei legal și fără a avea la bază o decizie valabilă, aspect incompatibil cu principiile securității juridice și protecției contra arbitrariului.

De asemenea, s-a stabilit că față de doi dintre inculpați a existat și o încălcare a art. 8 din Convenția Europeană, în ceea ce privește percheziția la domiciliu, care a fost desfășurată conform normelor în vigoare și cu scop legitim, dar în dreptul național nu sunt cuprinse suficiente garanții pentru a se evita luarea unor măsuri arbitrare cum ar fi cele din cazul dedus Curții, unde au lipsit atât mandatul de percheziție cât și martorii asistenți.

În temeiul deciziei CEDO, reclamanții au depus pe rolul ÎCCJ o cerere de revizuire a sentinței pronunțate de instanța națională. În urma verificării, ÎCCJ stabilește că o parte dintre condițiile de admisibilitate ale revizuirii sunt îndeplinite. Astfel, există identitate de calitate procesuală activă între persoana care a cerut și obținut la CEDO o hotărâre care constată o încălcare a drepturilor prevăzute de Convenția Europeană și persoana titulară a cererii de revizuire. Apoi, hotărârea CEDO este definitivă. În final, cererea de revizuire a fost introdusă în termenul prevăzut de lege.

Dar, în motivare, ÎCCJ arată că ultima condiție, cu privire la consecințele grave care încă trebuie a se producă, nu este îndeplinită. Astfel, deși CEDO a constatat încălcarea art. 5 și art. 8 din Convenția Europeană, consecințele încălcării normelor nu mai subzistă și în prezent.

În concluzie, în cazul în care CEDO a constatat încălcarea drepturilor garantate de art. 5 și art. 8 din Convenția Europeană, însă hotărârea de condamnare a inculpaților s-a pronunțat în urma unei proceduri necontestate sub aspectul caracterului său echitabil, iar consecințele condamnării au încetat prin reabilitarea de drept, respectiv consecința sub aspect moral al atingerii persoanei a fost înlăturată prin despăgubirile morale date de către CEDO, reiterarea unei astfel de solicitări la instanța națională este lipsită de obiect iar cererea de revizuire este nefondată.

Pentru aceste considerente, ÎCCJ nu consideră îndeplinite condițiile admisibilității cererii de revizuire prevăzute de art. 408¹ Cpp și în temeiul alin. 10 respinge ca nefondate cererea.

În situația în care instanța supremă găsește cererea întemeiată, are următoarele posibilități: desființează în parte hotărârea atacată sub aspectul dreptului încălcat și rejudecând cauza înlătură consecințele încălcării dreptului sau desființează hotărârea și, când este necesară administrarea de probe, dispune rejudecarea de către instanța în fața căreia s-a produs încălcarea dreptului.

Admiterea cererii, desființarea hotărârilor pronunțate și trimiterea cauzei spre rejudecare la prima instanță

ÎCCJ¹⁸ sesizată cu o cerere de revizuire în temeiul art. 408¹ Cpp constată că efectele grave ale condamnării titularilor cererii continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin desființarea hotărârilor pronunțate în fond și apel, cu trimiterea cauzei spre rejudecare la prima instanță.

Astfel, în primă instanță, Tribunalul Bihor, și în calea de atac ulterioară, Curtea de Apel Oradea, au condamnat pe inculpați (viitorii titulari ai cererii de revizuire), ca urmare a contopirii pedepselor date în baza art. 254 alin. 1 și 2 C.pen cu referire la Legea nr. 78/2000, respectiv în baza art. 248 alin 1 C.pen cu referire la art. 17 lit. d) din Legea nr. 78/2000, la pedeapsa principală de 6 ani închisoare și pedeapsă complementară 2 ani de interdicere a unor drepturilor prevăzute de art. 64 alin. 1 lit. a)-c) C.pen. Ambii inculpați au mai fost condamnați și la alte pedepse care însă au fost grațiate în întregime în condițiile art. 7 din Legea nr. 543/2002.

¹⁷ Cererea a fost înregistrată la CEDO sub nr. 73957/01. Sentința a rămas definitivă la data de 1 iulie 2008, conform art. 44 paragraful 2.

¹⁸ Decizia nr. 780 din 19 octombrie 2009, completul de 9 judecători.

Atât fiecare inculpat în parte cât și Parchetul Național Anticorupție au declarat recurs împotriva sentinței, urmând ca ICCJ să se pronunțe în sensul respingerii acestora ca nefondate.

În urma epuizării căilor de atac interne, în temeiul art. 34 in Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, condamnații au sesizat CEDO, unde au invocat fiecare:

În primul rând, încălcarea garanțiilor prevăzute de art. 5 paragrafele 3 și 4 din Convenția Europeană, și anume arestarea lor preventivă și neprezentarea de îndată în fața instanței de judecată, respectiv imposibilitatea contestării legalității menținerii stării de arest și a neprezentării lor în instanță de îndată.

În al doilea rând, încălcarea art. 6 paragraf 2 din Convenția Europeană, care se referă la prezumția de nevinovăție, invocând faptul de a fi obligați să poarte hainele specifice unui condamnat, respectiv denaturarea imaginii lor publice prin influențarea opiniei publice cu privire la vinovăția lor, ambele înainte de pronunțarea sentinței definitive.

CEDO¹⁹, prin decizia din data de 4 martie 2008, constată încălcarea următoarelor prevederi ale Convenției Europene:

a) S-a încălcat art. 5 paragraf 3 din Convenție, deoarece inculpații, în urma arestării lor preventive, au fost prezentați în fața instanței de apel după 9 zile de la dispunerea măsurii, aceștia nefiind aduși de îndată în fața unui judecător/magistrat împuternicit de lege cu exercitarea de atribuții judiciare.

b) S-a încălcat art. 5 paragraf 4 din Convenție, deoarece, în timpul procesului, ÎCCJ a refuzat judecarea recursului reclamanților împotriva hotărârii de menținere a măsurii arestării preventive.

c) S-a încălcat tot art. 5 paragraf 4 din Convenție, deoarece nu s-a oferit inculpaților posibilitatea prezentării la toate termenele de judecată²⁰.

d) S-a încălcat art. 6 paragraf 4 din Convenție, deoarece reprezentanții autorităților publice (procurorul cât și comandantul poliției) au folosit în mod public, înainte de pronunțarea unei sentințe definitive, termeni care indicau clar vinovăția inculpaților, respectiv termeni care încurajau formarea opiniei publice dar și a opiniei magistraților în sensul vinovăției acestora. De asemenea, inculpații au fost obligați, fără temei legal, să poarte în fața magistraților costumul locului de detenție, specific numai calității de persoană condamnată penal²¹, fapt ce a întărit opinia publică a vinovăției.

e) În final, potrivit art. 41 din Convenție, li s-au acordat titularilor cererii sumele de 2000 € cu titlu de daune morale, fiind respinsă cererea de acordare a daunelor materiale și 650 euro.

În temeiul acestei Decizii a CEDO, reclamanții au introdus pe rolul ÎCCJ o cerere de revizuire în temeiul art. 408¹ Cpp cerând desființarea sentinței de condamnare dată de către Curtea de Apel Oradea, motivând încălcarea prezumției de nevinovăție prevăzută de art. 6 paragraf 2 din Convenția Europeană.

Analizând cauza, ÎCCJ verifică condițiile prevăzute de 408¹ alin. 1 Cpp și stabilește că acestea sunt îndeplinite.

Astfel, cererea a fost formulată de aceleași persoane care au obținut hotărârea CEDO, existând așadar identitate de calitate procesuală activă între persoanele titulare ale sesizării CEDO și persoanele revizuite. De asemenea, părțile au legitimitate procesuală iar acțiunea a fost introdusă în termenul legal.

¹⁹ Decizia a fost considerată definitivă la data de 4 iunie 2008, conform art. 44 paragraf 2 din Convenția Europeană.

²⁰ S-a dovedit de asemenea că în cadrul acelor ședințe de judecată au fost discutate aspect determinate pentru menținerea sau revocarea stării de arest preventiv a inculpaților, aceștia neputând a combate corespunzător argumentele parchetului de menținere a măsurii arestării acestora.

²¹ Această fapt contravenea Legii nr. 23/1969 și Deciziei Curții Constituționale nr. 348/1994, neexistând la dosarul cauzei nici o probă în sensul că inculpații nu dețineau haine adecvate ori că procurarea acestor haine nu era posibilă. Mai mult, sesizat cu această situație președintele Curții de Apel Oradea a refuzat să permită purtarea hainelor adecvate de către inculpați.

Tot astfel, se arată în motivare că CEDO a constatat, prin hotărâre definitivă, o încălcare a prevederilor art. 6 paragraf 2 din Convenția Europeană, referitor la prezumția de nevinovăție, constând în inocularea opiniei publice prin declarațiile reprezentanților autorităților publice în sensul vinovăției inculpaților din acea vreme, anterior pronunțării unei hotărâri definitive de condamnare a acestora, precum și influențarea opiniei magistraților, prin prezentarea acelorași inculpați în costumul locului de detenție.

În sfârșit, s-a mai menționat că în mod continuu de atunci și în prezent, se produc efectele încălcării prezumției de nevinovăție, la judecata în fond fiind ignorate probele propuse în apărare, martorii apărării fiind cercetați pentru mărturie mincinoasă, iar întreg procesul penal fiind desfășurat într-o manieră viciată și defectuoasă. Așadar, se întrunește condiția ultimă, deoarece consecințele încălcării art. 6 paragraf 2 din Convenția Europeană se răsfrâng asupra întreg ansamblului procesului penal, ceea ce impune, conform art. 408¹ Cpp desființarea hotărârii judecătorești pronunțate de instanțele de fond și apel, și rejudecarea cauzei cu respectarea dreptului procesual al oricărei persoane de a beneficia de prezumția de nevinovăție.

Pentru aceste considerente, ÎCCJ admite cererea de revizuire împotriva sentinței definitive a instanțelor de fond, apel și recurs, și dispune trimiterea cauzei spre rejudecare Curții de Apel Oradea.

Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nu este supusă nici unei căi de atac, indiferent de soluția adoptată, de admitere sau de respingere.

Revizuirea în cazul deciziilor Curții Constituționale

Prin art. III pct. 2 din Legea 177/2010 a fost introdus în Codul de procedură penală art.408² privind revizuirea în cazul deciziilor Curții Constituționale. Prin aceeași lege a fost introdusă și în Codul de procedură civilă o reglementare similară la art. 322 pct. 10. Necesitatea acestor texte de lege rezultă din faptul că nu de puține ori, în diferite cauze, era invocată, atât în procesul penal, cât și în procesul civil, excepția de neconstituționalitate pentru întârzierea judecării.

Potrivit art. 322 pct. 10 Cod de procedură civilă, dacă după ce hotărârea a devenit definitivă, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra excepției invocate în acea cauză, declarând neconstituțională legea, ordonanța ori o dispoziție dintr-o lege sau dintr-o ordonanță care a făcut obiectul acelei excepții ori alte dispoziții din actul atacat, care, în mod necesar și evident, nu pot fi dissociate de prevederile menționate în sesizare.

Potrivit art. 408² Cpp, hotărârile definitive pronunțate în cauzele în care Curtea Constituțională a admis o excepție de neconstituționalitate pot fi supuse revizuirii, dacă soluția pronunțată în cauză s-a întemeiat pe dispoziția legală declarată neconstituțională sau pe alte dispoziții din actul atacat care, în mod necesar și evident, nu pot fi dissociate de prevederile menționate în sesizare.

În ceea ce privește titularii cererii de revizuire, aceasta poate fi formulată de orice parte în proces, în limitele clității sale procesuale; soțul și rudele apropiate ale condamnatului, chiar și după moartea acestuia și procurorul.

Cererea de revizuire se introduce la instanța care a pronunțat hotărârea rămasă definitivă a cărei revizuire se cere.²² Instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de neconstituționalitate sesizează Curtea Constituțională printr-o încheiere care va cuprinde punctele de vedere ale părților, opinia instanței asupra excepției și dovezile depuse de părți. Cererea poate fi făcută în termen de 3 luni de la publicarea în Monitorul Oficial al României, Partea I, a deciziei Curții Constituționale.

Hotărârea dată de instanța de revizuire este supusă acelorași căi de atac ca și hotărârea supusă revizuirii.

²² Art. 408² alin. 3.

Referințe bibliografice

- Neagu Ion, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat*, Editura Universul Juridic, București, 2010;
- Theodoru, Grigore, *Tratat de Drept procesual penal*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2008 ;
- Vasile Păvăleanu, *Drept procesual penal. Partea specială. Vol.II*, Editura Lumina Lex, București, 2007 ;
- Alexandru, Boroi, Ștefania Georgeta Ungureanu, Micu Jidovu, Ilie Măgureanu, *Curs de drept procesual penal*, Editura CH Beck, București, 2001;
- Bogdan Florian Micu, *Aspecte teoretice legislative de practică judiciară și drept comparat privind competența teritorială în materie penală. Teză de doctorat*, Universitatea din București, Facultatea de drept, 2008;
- Ioan Cîrlan, *Revizuirea – cale extraordinară de atac în procesul penal. Teză de doctorat*, Universitatea din București, Facultatea de drept, 2007;
- Mihail Udroi, *Considerații în legătură cu revizuirea hotărârilor judecătorești române în cazul pronunțării de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a unor hotărâri de condamnare a statului roman*, Revista Dreptul nr. 6/2005;
- Buletinul casației, nr. 4/2010, p.44-46, *Revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului. Condiții. Soluții. Respingerea cererii ca nefondată; Revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului. Condiții. Soluții. Respingerea cererii ca inadmisibilă;*
- Buletinul casației, nr. 5/2010, p. 44-46, *Revizuirea în cazul hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului. Condiții. Soluții. Desființarea hotărârilor pronunțate în primă instanță și în căile de atac,cu trimiterea cauzei spre rejudecare la prima instanță.*

ARESTAREA PREVENTIVĂ A INFRACTORULUI MINOR

Marius Laurentiu DURBAC*

Eugen RĂDOI*

Abstract

Preventive arrest is the most serious of preventive measures may be ordered only under strict conditions of law. Arrest is without prejudice to fundamental human freedoms and personal liberty that is guaranteed by the Constitution and the conventions on the rights and fundamental freedoms man. The Act was introduced nr.281/2003 a new selection in the criminal procedure code, which contains special provisions for minors on preventive measures involving deprivation of liberty. The article. 160 e) of para. (1) arrest and detention of the minor is made under the ordinary provisions of the exemption and certain that we will complete the establishment analyzed. With sanctions to the extent of preventive detention and arrest of this category of people refers to the defendant or the defendant's age at the time she is given the extension or continuing to take preventive measures. A minor between 14 and 16 may be retained on the prosecutor or the criminal investigation bodies, exceptionally suitable conditions for carrying out the following letter g Art.160) para. (1) Crimina law introduced by law 281/2003: minor be held criminally responsible, of this provision shows that the measure prior arrangement must determine whether the minor in question has ability, this can be revealed only by performing a forensic psychiatric reliable data exist that the minor has committed a crime punishable by law with imprisonment for life or 10 years prison times, notifying the prosecutor who supervises the criminal investigation.

Cuvinte cheie: arestarea preventivă, infractorul minor între 14 și 16 ani, regim special de detenție, asistență juridică obligatorie, durata arestării, locuri anume destinate minorilor arestați preventiv

1. Introducere

Măsurile procesuale sunt mijloace prevăzute de Codul de procedură penală pentru a asigura normala desfășurare a procesului penal în vederea realizării scopului acestuia, putând fi luate atât în faza de urmărire penală cât și în faza de judecată. Ca instituții de drept procesual, ele sunt puse la dispoziția organelor judiciare și constau în anumite privațiuni sau constrângeri, personale sau reale, determinate de condițiile și împrejurările în care se desfășoară procesul penal. Funcționalitatea lor este de a preveni sau înlătura împrejurările care împiedică realizarea în bune condiții a procesului penal.

Potrivit art.136 C.pr.pen. scopul măsurilor preventive este de a asigura buna desfășurare a procesului penal ori de a se împiedica sustragerea învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei. Intervenția reală și efectivă a măsurilor preventive se manifestă numai dacă în cursul desfășurării procesului penal apar dificultăți sau situații a căror evitare impune luarea lor.

Arestarea preventivă este cea mai gravă dintre măsurile preventive și constă în deținerea persoanei în spații special amenajate și destinate. Prin aceasta măsura învinutul este împiedicat să înteprindă anumite activități care s-ar răsfrânge negativ asupra desfășurării procesului penal sau asupra atingerii scopului acestuia.

Arestarea preventivă face parte din măsurile preventive privative de libertate, alături de reținere, și poate fi dispusă în tot cursul procesului penal.

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti (laur_napoleon@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Damaschin Mîrcea.

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (radoi_eugen2001@yahoo.com).

Potrivit dispozițiilor art. 23 din Constituția României și a art. 5 din Codul de procedură penală, în tot cursul procesului penal libertatea persoanei este garantată. Libertatea persoanei, învinuit sau inculpat, reprezintă starea firească în timpul procesului penal, măsurile preventive, printre care și arestarea preventivă, fiind luate numai în caz de excepție și fiind permise numai în cazurile și condițiile strict prevăzute de lege.

Astfel, arestarea preventivă poate fi dispusă numai dacă sunt îndeplinite cumulativ mai multe condiții generale:

-să existe probe sau indicii temeinice că învinuitul sau inculpatul a savârșit o faptă prevăzută de legea penală. Dacă prin proba se înțelege orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a savârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei (art. 63 alin.1 C.pr.pen), și a fost reglementată în textul de lege pentru interpretarea sa unitară, sintagmă „indicii temeinice” era lasată la libera interpretare a organului judiciar. Recent, legiuitorul, prin introducerea art.68¹ în Codul de procedura penală, pentru o mai bună desfășurare a procesului penal, a înțeles să definească indiciile temeinice drept presupunerea rezonabilă, rezultată din datele existente în cauză, ca persoana față de care se efectuează acte premergătoare sau acte de urmarire penala a savârșit fapta.

În ceea ce privește noțiunea de faptă prevăzută de legea penală, trebuie remarcat că există o diferență clară între aceasta și noțiunea de infracțiune, infracțiunea fiind fapta prevăzută de legea penală care trebuie să aibă anumite trăsături esențiale pentru a fi infracțiune (prezintă pericol social și este săvârșită cu vinovăție). Având în vedere faptul că infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale (art.17 alin.2 C.pen), ar fi fost poate de dorit ca legiuitorul să prevadă ca și condiție a arestării preventive ca învinuitul sau inculpatul să fi comis o infracțiune și nu o faptă prevăzută de legea penală, făcând astfel o diferențiere între condițiile arestării preventive și condițiile reținerii.

Pentru a răspunde cerințelor psihico-fizice ale minorilor și a spori garanțiile procesuale ce eficientizează îmbinarea laturii represive cu latura educativă a procesului penal, prin Legea nr.281/2003 a fost introdusă o nouă secțiune în Codul de procedură penală, ce conține dispoziții speciale pentru minori cu privire la măsurile de prevenție privative de libertate.

Astfel potrivit art.160^e alin.1, reținerea și arestarea preventivă a minorului se fac potrivit dispozițiilor obișnuite, cu anumite derogări și completări pe care le vom analiza în continuare.

La stabilirea dispozițiilor aplicabile cu privire la măsura reținerii și arestării preventive aceste categorii de persoane se are în vedere vârsta învinuitului sau inculpatului de la data la care se dispune asupra luării, prelungirii sau menținerii măsurii preventive.

2. Sediul legal

Arestarea preventivă a infractorului minor este prevăzută de articolul 160^e alin 1.

Astfel, potrivit art 160^e alin 1 reținerea și arestarea preventivă a minorului se fac potrivit dispozițiilor obișnuite cu anumite derogări și completări pe care le vom analiza. Cu privire la stabilirea sancțiunilor aplicabile cu privire la măsura reținerii și arestării preventive a acestei categorii de persoane se are în vedere vârsta învinuitului sau a inculpatului de la data la care se dispune asupra luării prelungirii sau menținerii măsurii preventive.

Reținerea și arestarea preventivă a minorului se fac potrivit dispozițiilor prevăzute în secțiunile I, II și IV, cu derogările și completările din prezenta secțiune.

3. Drepturile proprii și regimul special pentru minori

Minorilor reținuți sau arestați preventiv li se asigură, pe lângă drepturile prevăzute de lege pentru deținuții preventivi ce au depășit 18 ani, drepturi proprii și un regim special de detenție preventivă, în raport cu particularitățile vârstei lor, astfel încât măsurile privative de libertate, luate

față de minori în scopul buneii desfășurări a procesului penal ori al împiedicării sustragerii lor de la urmărirea penală, judecată ori de la executarea pedepsei, să nu prejudicieze dezvoltarea fizică, psihică sau morală a minorului.

Învinuitorilor sau inculpaților minori, reținuți ori arestați preventiv, li se asigură în toate cazurile asistență juridică obligatorie, organele judiciare fiind obligate să ia măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu dacă minorul nu și-a ales unul și pentru ca acesta să poată lua contact direct cu minorul arestat și să comunice cu el.

Atunci când se dispune reținerea sau arestarea preventivă a unui învinuit ori inculpat minor se încunoștințează despre aceasta imediat, în cazul reținerii, și în termen de 24 de ore, în cazul arestării, părinții, tutorele, persoana în îngrijirea sau supravegherea căreia se află minorul, alte persoane pe care le desemnează acesta, iar în caz de arestare, și serviciul de reintegrare socială a infractorilor și de supraveghere a executării sancțiunilor neprivative de libertate de pe lângă instanța căreia i-ar reveni să judece în primă instanță cauza, consemnându-se aceasta într-un proces-verbal.

În timpul reținerii sau arestării preventive, minorii se țin separat de majori, în locuri anume destinate minorilor arestați preventiv.

Respectarea drepturilor și a regimului special prevăzute de lege pentru minorii reținuți sau arestați preventiv este asigurată prin controlul unui judecător anume desemnat de președintele instanței, prin vizitarea locurilor de deținere preventivă de către procuror, precum și prin controlul altor organisme abilitate de lege să viziteze deținuții preventiv.

Reținerea minorului la dispoziția organului de cercetare penală sau a procurorului. În mod cu totul excepțional, minorul între 14 și 16 ani, care răspunde penal, poate fi reținut la dispoziția procurorului sau a organului de cercetare penală, cu înștiințarea și sub controlul procurorului, pentru o durată ce nu poate depăși 10 ore, dacă există date certe că minorul a comis o infracțiune pedepsită de lege cu detențiunea pe viață sau închisoare de 10 ani ori mai mare.

Reținerea poate fi prelungită numai dacă se impune, prin ordonanță motivată, de procuror, pentru o durată de cel mult 10 ore.

Arestarea preventivă a minorului. Minorul între 14 și 16 ani nu poate fi arestat preventiv decât dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta de care este învinuit este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare și o altă măsură preventivă nu este suficientă.

Durata arestării inculpatului minor între 14 și 16 ani este, în cursul urmăririi penale, de cel mult 15 zile, iar verificarea legalității și temeiniciei arestării preventive se efectuează în cursul judecății periodice, dar nu mai târziu de 30 de zile. Prolungirea acestei măsuri în cursul urmăririi penale sau menținerea ei în cursul judecății nu poate fi dispusă decât în mod excepțional. Arestarea preventivă a minorului în cursul urmăririi penale nu poate să depășească, în total, un termen rezonabil și nu mai mult de 60 de zile, fiecare prelungire neputând depăși 15 zile. În mod excepțional, când pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață sau închisoarea de 20 de ani sau mai mare, arestarea preventivă a inculpatului minor între 14 și 16 ani în cursul urmăririi penale poate fi prelungită până la 180 de zile.

Inculpatul minor mai mare de 16 ani poate fi arestat preventiv în cursul urmăririi penale pe o durată de cel mult 20 de zile. Durata măsurii preventive poate fi prelungită în cursul urmăririi penale, de fiecare dată cu 20 de zile. Arestarea preventivă a inculpatului minor în cursul urmăririi penale nu poate să depășească, în total, un termen rezonabil și nu mai mult de 90 de zile. În mod excepțional, când pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare, arestarea preventivă a inculpatului minor în cursul urmăririi penale poate fi prelungită până la 180 de zile. Verificarea legalității și temeiniciei arestării preventive a inculpatului minor mai mare de 16 ani în cursul judecății se efectuează periodic, dar nu mai târziu de 40 de zile.

Durata arestării învinuitului minor este de cel mult 3 zile.

Retinerea minorului. Minorul între 14 și 16 ani poate fi reținut la dispoziția procurorului sau a organelor de cercetare penală, în mod excepțional cu îndeplinirea următoarelor condiții potrivit art 160g alin 1 CPP introdus prin legea 281/2003¹:

1. minorul să răspundă penal; din această prevedere rezultă că înaintea dispunerii măsurii trebuie să își stabilească dacă minorul în cauză are discernământ, acest lucru poate fi evidențiat doar prin efectuarea unei expertize medico-legale psihiatrice.

2. să existe date certe că minorul a comis o infracțiune pedepsită de lege cu pedeapsa detenției pe viață sau închisoare de 10 ani ori mai mare.

3. instiintarea procurorului care exercită supravegherea urmăririi penale.

Minorul între 14 și 16 ani nu poate fi reținut pe o durată mai mare de 10 ore. Retinerea poate fi prelungită numai dacă se impune prin ordonanță motivată de procuror, pentru o durată de cel mult 10 ore. Ordonanța de prelungire a reținerii trebuie să cuprindă nu numai motivarea necesității prelungirii, dar și dovedirea caracterului insuficient al altor măsuri privative de drepturi față de circumstanțele cauzei.

Din aceste prevederi legale reiese faptul că pentru minorii între 16 și 18 ani se aplică procedura comună a luării măsurii reținerii. Cu toate acestea, există dispoziții derogatorii și în această situație, constând în obligația pe care o are organul judiciar de a încunostința, imediat, părinții, tutorele, persoana în îngrijirea căreia se află minorul ori alte persoane pe care le desemnează acesta despre măsura luată. Observăm că această dispoziție este derogatorie de la art 137¹ alin 3 potrivit căreia cererea persoanei reținute de încunștințare a unor anumite persoane poate fi respinsă de procuror la propunerea organului de cercetare penală, ori din oficiu, dacă se constată posibilitatea de a se prejudicia ancheta penală.

Inculpatul minor între 14 și 16 ani va putea fi arestat preventiv cu îndeplinirea următoarelor condiții (art 160^b):

1. minorul să răspundă penal

2. pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta de care este învinuit este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare

3. altă măsură preventivă nu este suficientă

Pentru inculpatul minor între 16 și 18 ani arestarea preventivă se va dispune cu îndeplinirea condițiilor impuse de procedura comună în materie.

Durata arestării inculpatului minor între 14 și 16 ani este, în cursul urmăririi penale, de cel mult 15 zile, iar verificarea legalității temeiniciei arestării preventive se efectuează în cursul judecății periodice, dar nu mai târziu de cel mult 30 zile.

Prelungirea acestei măsuri în cursul urmăririi penale sau menținerea ei în cursul judecății în primă instanță, nu poate fi dispusă decât în mod excepțional, de fiecare dată cu cel mult 15 zile.

Arestarea preventivă a minorului nu poate să depășească, în total, în cursul urmăririi penale, 60 de zile.

Inculpatul minor mai mare de 16 ani poate fi arestat preventiv în cursul urmăririi penale pe o durată de cel mult 20 zile. Durata măsurii preventive poate fi prelungită în cursul urmăririi penale de fiecare dată cu 20 de zile. Arestarea preventivă a inculpatului minor în cursul urmăririi penale nu poate să depășească în total 90 de zile.

În mod excepțional, când pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare, arestarea preventivă a inculpatului minor în cursul urmăririi penale poate fi prelungită până la 180 de zile.

Verificarea legalității și temeiniciei arestării preventive a inculpatului minor mai mare de 16 ani în cursul judecății se efectuează periodic, dar nu mai târziu de 40 de zile.

Durata arestării învinuitului minor, indiferent de vârsta sa (și anume între 14-18 ani) este de cel mult 3 zile.

¹ Ion Neagu, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Ed. a II-a, Universul Juridic, 2010, pag. 597

Minorilor reținuți sau arestați preventiv li se asigură, pe lângă drepturile prevăzute de lege pentru deținuți preventiv ce au peste 18 ani, drepturi proprii și un regim special de detenție preventivă, în raport cu particularitățile vârstei lor, astfel încât măsurile privative de libertate, luate față de minori în scopul bunei desfășurări a procesului penal ori al împiedicării sustragerii lor de la urmărirea penală, judecată ori de la executarea pedepsei, să nu prejudicieze dezvoltarea fizică sau psihică sau morală a minorului.

Regimul special de detenție preventivă. Minorilor reținuți sau arestați preventiv li se asigură, pe lângă drepturile prevăzute de lege pentru deținuții preventiv ce au depășit 18 ani, drepturi proprii și un regim special de detenție preventivă, în raport cu particularitățile vârstei lor, astfel încât măsurile privative de libertate, luate față de minori în scopul bunei desfășurări a procesului penal ori al împiedicării sustragerii lor de la urmărirea penală, judecată ori de la executarea pedepsei, să nu prejudicieze dezvoltarea fizică, psihică sau morală a minorului.

Asistența juridică obligatorie. Învinuiților sau inculpaților minori, reținuți ori arestați preventiv, li se asigură în toate cazurile asistență juridică obligatorie, organelle judiciare fiind obligate să ia măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu dacă minorul nu și-a ales unul, pentru ca acesta să poată lua contact direct cu minorul arestat și să comunice cu el².

Atunci când se dispune reținerea sau arestarea preventivă a unui învinuit ori inculpat minor se încunoștințează despre acesta imediat, în cazul reținerii, și în termen de 24 de ore, în cazul arestării, părinții, tutorele, persoana în îngrijirea sau supravegherea căreia se află minorul, alte persoane pe care le desemnează acesta, iar în caz de arestare, și serviciul de reintegrare socială a minorilor și de supraveghere a executării sancțiunilor neprivative de libertate de pe lângă instanța careia iar reveni să judece în primă instanță cauza, consemnându-se aceasta într-un proces-verbal.

În timpul reținerii sau arestării preventive, minorii se țin separate de majori, în locuri anume destinate minorilor arestați preventiv.

Respectarea drepturilor și a regimului special prevăzute de lege pentru minorii reținuți sau arestați preventiv este asigurată prin controlul unui judecător anume desemnat de președintele instanței, prin vizitarea locurilor de detenție preventivă de către procuror, precum și prin controlul altor organisme abilitate de lege să viziteze deținuții preventiv.

Computarea măsurii de preventive. Timpul reținerii și al arestării preventive se scade din durata pedepsei închisorii pronunțate.³ Computarea se face și când condamnatul a fost urmărit sau judecat în același timp sau în mod separat pentru mai multe infracțiuni concurente, chiar dacă a fost scos de sub urmărire, a încetat urmărirea penală sau a fost achitat, ori s-a încetat procesul penal pentru fapta care a determinat reținerea sau arestarea preventivă (art. 88 C.pr.pen.)

Scăderea reținerii și arestării preventive se face și în caz de condamnare la amendă prin înlăturarea în totul sau în parte a executării amenzii. (art. 88 alin. 2 C.pen.)⁴

În cazul condamnaților minori arestarea preventivă a acestora se compută din măsura educativă a trimiterii făptuitorului într-o școală specială de muncă și de reeducare.⁵ Practica judiciară a fost, în acest sens, constantă, dând și explicația unei asemenea interpretări a normelor legale. Astfel, s-a argumentat că atât în timpul internării într-o școală specială de muncă și reeducare, cât și în cursul arestării preventive se desfășoară o activitate cu conținut educativ; în ambele situații minorul este privat de libertate; dacă nu s-ar computa arestarea preventivă, s-ar crea o situație inechitabilă, deoarece unii minori față de care procesul penal se desfășoară operativ, vor fi privați de libertate pe o perioadă mai scurtă, pe când alții, față de care procesul penal durează mai mult, ar fi privați de libertate vreme mai îndelungată.

² Leontin Coras, *Arestarea preventivă*, Ed. CH Beck, 2006, pag. 170

³ Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală*, pag. 425

⁴ Trib. Mun. București, sect. I pen. dec nr. 274/1978, *Repert. pract. II*, pag. 66-67

⁵ Trib. Suprem, sect. pen. dec nr. 695/1979, R.R.D., nr. 12/1979, pag. 63

Timpul în care inculpatul fiind în stare de libertate a fost internat pentru efectuarea unei expertize psihiatrice nu se poate computa neincluzându-se în perioada de deținere preventivă dispusă ulterior efectuării acelei expertize.

Se poate întâmpla ca în cadrul procesului penal, inculpatul să fie privat de libertate fiind în cursul executării unei închisori contravenționale.

4. Jurisprudența obligatorie a Înaltei Curți de Casație și Justiție

4.1. Arestarea preventivă în cursul judecării. Încetarea de drept. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secțiile Unite a statuat, în aplicarea dispozițiilor art. 140 alin. 1 lit. a) C.pr.pen. că neverificarea de către instanță, în cursul judecării, a legalității și temeiniciei arestării preventive a inculpatului major înainte de împlinirea duratei de 60 de zile, la care se referă art. 160 alin. (1) C.pr.pen, a inculpatului minor cu vârsta între 14 și 16 ani înainte de expirarea duratei de 30 de zile prevăzute în art. 160^h alin. (2) C.pr.pen. „iar a inculpatului minor mai mare de 16 ani înainte de expirarea duratei de 40 de zile prevăzute în art. 160^h alin. (3) C.pr.pen. atrage încetarea de drept a măsurii arestării preventive luate față de inculpați și punerea lor de îndată în libertate⁶.

4.2. Arestare preventivă minori. Pedepsa prevăzută de lege. Concept. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secțiile Unite a statuat, în aplicarea dispozițiilor art. 160^h alin. (1) C.pr.pen., că în cazul învinuțiilor sau inculpațiilor minori între 14-16 ani, prin pedeapsa prevăzută de lege în accepțiunea reglementării din art. menționat se înțelege pedeapsa prevăzută în textul care încriminează fapta săvârșită în forme consumate, fără luarea în considerare a cauzei de reducere a pedepsei prevăzute de dispozițiile art. 109 C.pen.

Motivarea deciziei s-a arătat că prin art. 109 alin. (1) C.pen., se prevede că pedepsele ce se pot aplica minorului sunt închisoarea sau amenda prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită, limitele acestor pedepse reducându-se la jumătate, fără însă ca minimul pedepsei să poată depăși 5 ani. Prin alin. (2) al aceluiași art. se mai prevede că, atunci când legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață, minorului i se aplică închisoarea de la 5 la 20 ani. Pe de altă parte, în conformitate cu dispozițiile art. 160^h alin. (1) C.pr.pen., arestarea preventivă a minorului între 14 și 16 ani poate fi dispusă numai dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta de care este învinuit este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani, ori mai mare.

Rezultă deci că în cuprinsul textelor de lege menționate este dată aceeași accepțiune înțelesului expresiei „pedeapsa prevăzută de lege”, dar, în raport cu specificul instituțiilor la care se referă, prin art. 109 C.pen. este reglementat modul de aplicarea a pedepsei în cazul minorului, iar prin art. 160^h alin. (1) C.pr.pen. sunt stabilite condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a putea fi dispusă măsura arestării preventive față de minorul între 14 și 16 ani. În această privință este de observat că prin art. 160^h alin. (1) C.pr.pen. se precizează că „minorul între 14 și 16 ani nu poate fi arestat preventiv decât dacă pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta de care este învinuit este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare și o altă măsură preventivă nu este suficientă”. Or, prin art. 109 C.pen., reglementându-se pedepsele pentru minori, nu este prevăzută posibilitatea de a se aplica minorului pedeapsa detențiunii pe viață la care se face referire în cuprinsul art. 160^h alin. (1) C.pr.pen., ci se menționează doar că, atunci „când legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață, se aplică minorului închisoarea de la 5 la 20 de ani”.

Dacă s-ar considera că prin expresia „pedeapsă prevăzută de lege, în accepțiunea art. 160^h alin. (1) C.pr.pen. s-ar înțelege pedeapsa ce se poate stabili minorului în raport cu criteriile înscrise în art. 109 alin. (1) și (2) C.pen., ar însemna că aplicarea dispozițiilor referitoare la luarea măsurii arestării preventive față de minorul între 14 și 16 ani să fie restrânsă în mod artificial. De altfel în art. 141¹ C.pen. se precizează că prin „pedeapsă prevăzută de lege se înțelege pedeapsa prevăzută de

⁶ Î.C.C.J., s.u., dec nr. 7/2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 475/1.06.2006.

textul de lege care încriminează fapta săvârșită în formă consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepselor.

În consecință, s-a stabilit că, în accepțiunea reglementării date în art.160^b alin.(1) C.pr.pen., prin „pedeapsă prevăzută de lege în cazul învinuiților sau inculpaților minori între 14 și 16 ani se înțelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care încriminează fapta săvârșită în forme consumate, fără luarea în considerare a cauzei de reducere a pedepsei la care se referă art.109 C.pen.

5. Modalitățile de reținere a infractorului minor conform noului cod de procedura penală

Conform noului Cod de procedura penală privind dispozițiile speciale ale arestării preventive aplicate minorilor pot fi dispuse reținerea și arestarea preventivă față de un inculpat minor, în mod excepțional numai dacă efectele pe care privarea de libertate le-ar avea asupra personalității și dezvoltării acestuia nu sunt disproporționate față de scopul urmărit prin luarea măsurii.

La stabilirea duratei pentru care se ia măsura arestării preventive se are în vedere vârsta inculpatului de la data când se dispune asupra luării, prelungirii, sau menținerii acestei măsuri.

Când s-a dispus reținerea sau arestarea preventivă a unui minor încunoștințarea prevăzută la art 210 și 228 se face în mod obligatoriu, și către reprezentantul legal al acestuia sau, după caz către persoana în îngrijirea ori supravegherea căreia se află minorul. În cazul luării măsurii arestării preventive, despre acesta și despre locul de detenție a minorului este încunoștințat și serviciul de probațiune de pe lângă instanța careia i-ar reveni competența să judece cauza în prima instanță.

Regimul special de detenție a minorilor, în raport cu particularitățile vârstei, astfel încât măsurile preventive luate față de aceștia să nu prejudicieze dezvoltarea lor fizică, psihică sau morală, va fi stabilit prin lege privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de către organele judiciare în cursul procesului penal.

6. Concluzii

Arestarea preventivă este cea mai gravă dintre măsurile preventive și se poate dispune numai în condiții stricte prevăzute de lege. Prin arestarea preventivă se aduce atingere unei libertăți fundamentale a omului și anume libertatea persoanei, garantată de Constituția României și de convențiile privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului.

Din acest motiv, lipsirea de libertate a unei persoane constituie excepția și nu starea firească în care o persoană este cercetată în cursul procesului penal.

Scopul arestării preventive este de a asigura buna desfășurare a procesului penal ori de a se împiedica sustragerea învinuitului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei și acesta este unicul scop în care o persoană poate fi privată de libertate pe parcursul procesului penal, orice lipsire de libertate a unei persoane în alt scop reprezentând un abuz din partea autorităților statului. De aceea organele judiciare trebuie să urmărească ca arestarea preventivă să nu fie dispusă în alte scopuri decât cel prevăzut de lege.

Referințe bibliografice:

- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Nicolae Volonciu, *Tratat de procedura penală*, Editura Paideia, București, 2000
- Leontin Coraș, *Arestarea preventivă*, Editura CH Beck, București, 2006
- Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Codul de procedură penală, comentat și adnotat*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Î.C.C.J., Secțiunile Unite, dec. nr. 7/2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.475/1.06.2006.

CONSECINȚELE APLICĂRII PRINCIPIULUI *NON BIS IN IDEM* LA NIVEL EUROPEAN

Elena PACEA*

Abstract

In the European Union, there are more and more situations in which two or more states are competent to prosecute the same person, in the same cause. The Article 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement lays down the non bis in idem principle. A person whose trial has been finally disposed of may not be prosecuted for the same acts by another Contracting Party. The European dimensions of this principle differ from what is acknowledged in the national law the authority of res judicata. Applying the principle in the Member States has revealed a series of issues giving the differences that exist between their domestic laws. The European Court of Justice answered to preliminary questions referred on the interpretation of terms like person whose trial has been finally disposed of, definitive decision and idem. The jurisprudence has an important role and has created a series of consequences regarding the possibility for a competent Member State to prosecute a person. These consequences have an effect also on the Romanian legislation.

This article aims at analyzing the effects of the application of the non bis in idem rule. When it comes to enforcing this principle, the Member States should have mutual trust and recognize the other's criminal law, even if applying their own national law the outcome would have been different.

Cuvinte cheie: *principiul non bis in idem, competență, cooperare judiciară în materie penală, Convenția de Aplicare a Acordului Schengen, decizie definitivă, urmărire penală*

1. Introducere

În spațiul de „libertate, securitate și justiție”, delimitat de cele 27 de state membre ale Uniunii Europene, principiul *non bis in idem* capătă o importanță tot mai mare. Libertatea de circulație a persoanelor, definită ca unul dintre principiile fundamentale ale dreptului Uniunii, implică suprimarea frontierelor pentru cetățenii europeni, ceea ce conduce, în mod inevitabil, la noi dimensiuni ale fenomenului criminal. Astfel, tot mai des sunt întâlnite situațiile în care două sau mai multe state membre sunt deopotrivă competente pentru a desfășura urmărirea penală în aceeași cauză. Revine formelor de cooperare judiciară transfrontalieră rolul de a oferi remedii eficiente pentru evitarea eventualului conflict de proceduri.

Cooperarea judiciară în materie penală nu s-a aflat încă de la început în spiritul construcției europene¹. Însă cu timpul, s-a simțit necesitatea reglementării unor relații dintre statele Uniunii și în acest domeniu. Consiliul European de la Tampere din 1999 a stabilit că baza cooperării judiciare, atât în materie civilă, cât și penală, o constituie principiul recunoașterii reciproce. În acest sens, unul dintre cele mai importante instrumente juridice este Convenția de Aplicare a Acordului Schengen (C.A.A.S.), care, odată cu adoptarea Tratatului de la Amsterdam, a fost integrată în *acquisul* Uniunii Europene. Reglementările sunt aplicabile atât statelor membre ale Uniunii, cât și Elveției, Norvegiei și Islandei.

O hotărâre prin care este condamnată definitiv o persoană poate avea efecte diverse. Codul penal român reglementează, ca un prim efect, recidiva internațională în articolul 37 alineatul 3, care

* Studentă la Facultatea de Drept, Universitatea din București (elena.pacea@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Andrei ZARAFIU

¹ Gisele Vernimmen-Van Tiggelen, Laura Surano și Anne Weyembergh, „The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union”, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 9

se aplică numai în cazul recidivei mari și are caracter facultativ, hotărârea pronunțată în străinătate producând efecte numai dacă este recunoscută de către o instanță română².

Un alt efect este legat de principiul *non bis in idem*. În acest sens, articolul 54 din C.A.A.S. are o importanță considerabilă și a dat naștere unei jurisprudențe bogate a Curții de Justiție a Uniunii Europene, de care statele membre trebuie să țină cont în aplicarea propriilor legi penale. Articolul dispune că „O persoană care a fost definitiv judecată de către o Parte Contractantă nu poate fi urmărită, pentru aceleași fapte, de către o altă Parte Contractantă, dacă, în caz de condamnare, sancțiunea a fost executată sau este actualmente în curs de executare ori nu mai poate fi executată conform legilor Părții Contractante de condamnare.”

În dreptul intern, acest efect al hotărârilor pronunțate într-un alt stat are consecințe asupra principiului teritorialității legii penale, care stabilește că legea penală română se aplică pentru infracțiunile săvârșite pe teritoriul țării. Astfel, doctrina a stabilit³ că trebuie avută în vedere posibilitatea ca pentru aceeași faptă să se fi pronunțat deja o autoritate a statului pe teritoriul căruia s-a comis o altă parte a actelor de executare care au intrat în conținutul infracțiunii, caz în care operează principiul *non bis in idem*. Totodată, se afirmă⁴ că teritorialitatea nu este un principiu absolut, fiind adaptabilă la cooperarea judiciară internațională.

Actuala reglementare instituie și o excepție de la aplicarea regulii menționate⁵. Este vorba despre principiul personalității legii penale, consacrat în articolul 4 din Codul penal. Consecința acestei excepții este faptul că infractorul nu va putea invoca autoritatea de lucru judecat a hotărârilor judecătorești străine, iar regula *non bis in idem* se va aplica doar sub aspectul deducerii din pedeapsa aplicată de către autoritățile judiciare române a duratei reținerii sau a arestării preventive ori a pedepsei executate în străinătate, potrivit articolului 89⁶. Noul Cod penal⁷ conferă prioritate reglementărilor internaționale în articolul 12, „Legea penală și tratatele internaționale”, care prevede că dispozițiile privitoare la principiile menționate „se aplică dacă nu se dispune altfel printr-un tratat internațional la care România este parte.”

Aplicarea principiului *non bis in idem* în spațiul european, este reglementată, la nivel principal, pentru sistemul nostru procesual, de Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, în articolul 10, alineatul 1. În cazul achitării sau a încetării procesului penal, textul are în vedere hotărârea unei instanțe judecătorești. Însă trebuie avut în vedere faptul că atât jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și cea a Curții Europene a Drepturilor Omului menționează că și actele dispuse de către organele de urmărire penală pot constitui decizii definitive care conduc la aplicarea principiului *non bis in idem*. Totodată, în cazul unei hotărâri definitive de condamnare, reglementările europene au în vedere și o pedeapsă în curs de executare, în timp ce reglementările naționale le acordă efect numai în cazul în care pedeapsa a fost executată sau a format obiectul unei grațieri sau amnistii.

Date fiind toate aceste diferențe, este important de văzut în ce condiții se aplică principiul *non bis in idem*, așa cum este reglementat de articolul 54 din C.A.A.S.

Trebuie menționat, în primul rând, că această reglementare diferă de articolul 4 din Protocolul numărul 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, dispozițiile articolului 4 interzic jurisdicțiilor aceluiași stat, iar nu jurisdicțiilor a două sau mai multor state⁸, să urmărească sau să

² Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, „Drept penal român, Partea generală”, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 290, Matei Basarab, Viorel Pașca, Gheorghiuță Mateuș, Constantin Butiuc, „Codul penal comentat, Vol. I, Partea generală”, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 226, 227

³ Lavinia Valeria Lefterache, Drept penal. Partea Generală, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 108

⁴ M. Basarab, V. Pașca, G. Mateuș, C. Butiuc, op. cit., p. 9

⁵ Bogdan Nicolae Bulai, „Romanian National Report of the Subject Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle *Ne bis in idem*”, în Revista Internațională de Drept Penal, 2002, p. 1054

⁶ M. Basarab, V. Pașca, G. Mateuș, C. Butiuc, op. cit., p. 18, 19

⁷ Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009

⁸ CEDO, A.P. c. Italiei, 02 noiembrie 1987, cererea nr. 204/1986

aplice o pedeapsă pentru aceeași infracțiune, unei persoane care a fost deja achitată sau condamnată printr-o decizie definitivă.

De aceea, în doctrină⁹ se consideră că este vorba despre un principiu cu dimensiuni variabile, în funcție de unghiul din care este privit, respectiv cel internațional, cel al Uniunii Europene sau cel intern și este nevoie de foarte mult timp pentru o integrare a celor trei dimensiuni. Însă, indiferent de nivelul la care este reglementat, așa cum s-a arătat în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții de Justiție a Uniunii Europene, este vorba despre un drept fundamental de a nu fi urmărit de două ori pentru aceeași infracțiune și stă la baza securității juridice. Este, totodată, o garanție împotriva unei noi urmăriri sau a riscului unei noi urmăriri, și nu a unei noi condamnări sau achitări, astfel încât nu contează ce anume s-ar reține în noua procedură. Prin urmare, regula *non bis in idem* este o consecință a autorității de lucru judecat¹⁰. S-a considerat, însă, că nu trebuie considerată a fi doar un simplu efect al unei hotărâri care se bucură de autoritatea de lucru judecat, ci expresia unui drept subiectiv, un drept fundamental al oricărei persoane, care decurge din principiul respectării dignității umane. În acest sens¹¹, a fost exprimată și opinia conform căreia ar trebui recunoscut, ca o consecință a acestei reguli, dreptul la unicitatea acțiunii represive pentru aceleași fapte. Autorul propune afirmarea unui nou principiu al procesului penal, și anume principiul unicității acțiunii penale împotriva aceleiași persoane, pentru aceleași fapte.

Principala consecință a regulii *non bis in idem* este, așadar, imposibilitatea unui alt stat membru al Uniunii de a începe o nouă urmărire și obligația de a recunoaște hotărârea dată de către statul parte la Convenție. Însă, pentru a fi incidentă, trebuie respectate anumite condiții referitoare la persoana avută în vedere, hotărârea dată împotriva sa și faptele care i se impută.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Articolul 54 are în vedere o persoană care a fost judecată definitiv de o Parte Contractantă. Această condiție cu privire la persoanele care beneficiază de garanțiile principiului *non bis in idem* a fost explicată de Curtea de Justiție¹², prin raportare la finalitatea dispozițiilor titlului VI al Tratatului UE, enunțată în articolul 2, alineatul întâi, și anume „menținerea și dezvoltarea Uniunii ca spațiu de libertate, securitate și justiție, în cadrul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor, libertate aflată în strânsă legătură cu măsurile adecvate în materie de prevenire a criminalității și luptă împotriva acestui fenomen”. Prin termenul „persoană” trebuie să se înțeleagă identitatea de persoană, indiferent de calitățile procesuale pe care aceasta le-ar avea în procesul penal¹³. Așa cum se va vedea în continuare, chiar și un act al organului de urmărire penală este susceptibil de a determina aplicarea principiului. Prin urmare, este lipsit de relevanță dacă persoana a avut calitatea de făptuitor, învinuit sau inculpat în primul proces, iar în procesul desfășurat de un alt stat are calitatea de condamnat. Această problemă a fost ridicată în legătură cu procedura extrădării și regula *non bis in idem*, astfel cum era reglementată în articolul 20 din Legea nr. 296/2001. În speță, autoritățile judiciare din Cehia au solicitat autorităților române extrădarea în Cehia a unui cetățean turc, în vederea desfășurării urmăririi penale, cererea fiind respinsă de Tribunalul București. Sentința a rămas definitivă prin neapelare. Autoritățile din Cehia au continuat desfășurarea procesului penal și au condamnat persoana la executarea unei pedepse de 9 ani închisoare. După finalizarea procesului, a fost formulată

⁹ Marc Henzelin, „Ne bis in idem, un principe à géométrie variable”, http://www.lalive.ch/files/mhe_ne_bis_in_idem.pdf

¹⁰ Jean Pradel, Geert Corstens și Gert Vermeulen, „Droit pénal européen”, Dalloz, Paris, 2009, p. 665

¹¹ Juliette Lelieur-Fischer, „La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unité d'action répressive”, Paris I, 2005, comentariu pe <http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/RDJ26.pdf>

¹² CJCE, 28 sept. 2006, Gasparini, C-467/04

¹³ Ion Neagu, „Unele considerații privind autoritatea de lucru judecat în materia extrădării”, Dreptul nr. 5/2003, p. 106

o nouă cerere de extrădare, în vederea executării pedepsei. Curtea de Apel București a respins cererea de extrădare, în motivare reținându-se și faptul că sentința Tribunalului a căpătat valoarea autorității de lucru judecat, iar o nouă cerere nu poate fi reiterată cu privire la aceeași faptă și aceeași persoană, chiar dacă nu mai prevede tot judecarea persoanei, ci executarea unei pedepse. Împotriva acestei sentințe s-a declarat recurs. Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București și Parchetul de pe lângă Curtea Supremă de Justiție au apreciat, în mod greșit, că nu este realizată condiția privind identitatea de persoane, întrucât, în cadrul primului dosar, persoana avea calitatea de inculpat, iar în dosarul soluționat de Curtea de Apel București, calitatea persoanei era aceea de condamnat. Însă principiul are în vedere identitatea de „persoană”, și nu aceea de „calitate procesuală”¹⁴.

Dacă persoana are calitatea de martor într-un proces în care urmărirea penală, desfășurată în rem, a fost suspendată, în principiu, regula *non bis in idem* nu se aplică. În cauza „Turansky”¹⁵, un cetățean slovac este suspectat de comiterea unui furt în forma agravată, împotriva unui cetățean austriac, pe teritoriul Austriei. Organele de cercetare penală din Slovacia desfășoară urmărirea penală în rem, dl Turansky fiind audiat ca martor. După efectuarea cercetărilor, autoritățile slovace au comunicat Austriei o decizie prin care se dispunea suspendarea urmăririi penale având ca obiect acuzațiile de furt aduse dlui Turansky, cu motivarea că fapta nu întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de furt și nu are sens să se continue urmărirea penală. Autoritățile austriece, dorind să înceapă o nouă procedură împotriva aceleiași persoane, au sesizat Curtea cu o întrebare prejudicială referitoare la aplicabilitatea, în cauză, a principiului *non bis in idem*. Această jurisprudență are consecințe importante mai ales asupra interpretării noțiunii de „decizie definitivă”. Cu privire la condiția ca persoana să fi fost judecată definitiv, cauza „Turansky” stabilește că nu este îndeplinită în cazul în care decizia s-a dat într-o fază prealabilă incriminării unei persoane suspectate de comiterea unei infracțiuni și nu stinge definitiv acțiunea penală în statul în care a fost pronunțată. Astfel, nu există o persoană judecată definitiv, dacă urmărirea penală ar putea fi reluată de statul de emiteră a deciziei.

Principiul nu este încălcat în situația în care, pentru aceeași faptă, alături de persoana fizică este urmărită și persoana juridică. În același sens sunt și unele reglementări din dreptul derivat al Uniunii Europene¹⁶. În dreptul penal român, răspunderea persoanei juridice este consacrată în articolul 19¹ din Codul penal. În alineatul al 2-lea al acestui articol se prevede că „răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni”.

Date fiind diferențele dintre legislațiile statelor membre, se pune întrebarea de a ști care sunt deciziile prin care o persoană este judecată definitiv. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a menționat o serie de criterii, fără a impune o armonizare a legislațiilor naționale. Printr-o decizie pronunțată la data de 11 februarie 2003, cu privire la două cauze¹⁷, au fost conturate două principii generale. În primul rând, între statele membre trebuie să existe o încredere reciprocă în sistemele naționale de justiție penală și fiecare stat trebuie să accepte aplicarea dreptului penal în vigoare în celelalte state, „chiar dacă prin aplicarea propriului drept național s-ar ajunge la o soluție diferită”. În al doilea rând, scopul articolului 54 al Convenției de Aplicare a Acordului Schengen este de a evita ca o persoană care își exercită dreptul la libera circulație în cadrul Uniunii să fie urmărită pentru aceleași fapte, pe teritoriul mai multor state membre. Chiar dacă o decizie a fost adoptată fără intervenția unei jurisdicții și nu are forma unei hotărâri judecătorești, în situația în care pune capăt

¹⁴ Idem, p. 115

¹⁵ CJCE, 22 dec. 2008, Turansky, C-491/07

¹⁶ Regulamentul (CE) nr. 561/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 martie 2006 relativ la armonizarea unor dispoziții a legislației sociale în domeniul transporturilor rutiere prevede că principiul răspunderii întreprinderilor de transport nu ar trebui să excludă urmărirea împotriva persoanelor fizice care sunt autori, instigatori sau complici ai unei infracțiuni prevăzute de acest regulament

¹⁷ CJCE, 11 feb. 2003, Gözütok și Brugge, C-187/01 și C-385/01

definitiv urmării penale în statul în care a fost pronunțată, un alt stat nu poate începe o nouă procedură.

În cauza „Gözütok”, este vorba despre un cetățean turc, având reședința în Olanda. În urma unei percheziții, se descoperă asupra sa cantități importante de hașiș și marijuana. Acțiunea penală s-a stins după ce acesta a acceptat oferta ministerului public de a plăti o anumită sumă de bani pentru încetarea urmării penale împotriva sa, procedura fiind prevăzută de legea penală olandeză. Ulterior, ministerul public german este sesizat de o bancă din Germania cu privire la operațiunile dlui Gözütok asupra contului său. În urma cercetărilor, autoritățile germane îl acuză de comiterea, în Olanda, a infracțiunii de trafic de stupefiante și îl condamnă, în primă instanță, la o pedeapsă privativă de libertate. Instanța de apel decide, însă, că tranzacția din dreptul penal olandez poate fi asimilată unei condamnări, iar decizia de încetare definitivă a urmării penale aparținând autorităților olandeze împiedică autoritățile judiciare germane de a mai judeca persoana încă o dată. Împotriva acestei decizii, ministerul public formulează recurs, ceea ce va duce la adresarea unei întrebări prejudiciale Curții de Justiție. O procedură asemănătoare, denumită în dreptul german „rezolvare amiabilă”, dă naștere unei situații similare în cauza „Brugge”. Dl Brugge este un cetățean german, urmărit de către ministerul public belgian pentru vătămare corporală. În acest proces, persoana vătămată se constituie parte civilă. Ministerul public din Bonn, desfășurând în paralel urmărirea penală, îi propune o înțelegere, conform Codului de procedură penală german, constând în plata unei sume de bani, obligație pe care inculpatul o execută și urmărirea penală împotriva sa încetează. Instanța belgiană, dorind să continue procesul, adresează o întrebare prejudicială Curții cu privire la incidența principiului *non bis in idem*. În ambele cauze, Curtea de Justiție a decis că procedura tranzacției din dreptul olandez, precum și procedura rezolvării amiabile din dreptul german sunt asimilate unor condamnări definitive în sensul articolului 54 din C.A.A.S., chiar dacă în această procedură nu participă un judecător și deciziile nu iau forma unor hotărâri judecătorești. Prin urmare, instanța s-a pronunțat în sensul că „principiul *non bis in idem* se aplică și procedurilor de stingere a acțiunii penale prin care ministerul public al unui stat membru dispune încetarea urmării penale începute în statul respectiv, după ce persoana urmărită a îndeplinit anumite obligații și, mai ales, a achitat o anumită sumă de bani, stabilită de ministerul public, fără ca o jurisdicție să intervină”.

Astfel, trebuie avută în vedere accepțiunea largă a termenului de decizie definitivă, în această categorie fiind incluse și actele procesuale prin care organele de urmărire penală dispun asupra acțiunii penale, cum ar fi rezoluțiile, ordonanțele sau rechizitoriile¹⁸. Curtea subliniază că nu trebuie să existe reglementări identice, o concordanță între procedura penală a statului care a judecat și a celui care recunoaște procedura celui alt stat. Raționamentul este bazat pe cele două principii enunțate mai sus, care corespund rațiunii de a fi a articolului 54 din C.A.A.S. Criteriile enumerate în jurisprudența „Gözütok și Brugge” sunt cumulative. Astfel, pentru ca o decizie a parchetului să aibă ca efect judecarea definitivă a unei cauze trebuie să emane de la o autoritate chemată să participe la administrarea justiției penale. În sarcina persoanei urmărite, ministerul public trebuie să stabilească anumite obligații, cu rolul de a sancționa comportamentul ilicit al acesteia, obligații pe care să le fi executat. Tranzacția nu se poate aplica decât infracțiunilor de o gravitate redusă. De asemenea, drepturile victimei nu pot fi nesocotite, persoanele vătămate având posibilitatea de a intenta sau continua o acțiune civilă pentru a cere repararea prejudiciului. Decizia are o importanță considerabilă, întrucât majoritatea legislațiilor statelor europene prevăd proceduri asemănătoare tranzacției din dreptul olandez.

Jurisprudența ulterioară a stabilit și alte condiții care se alătură celor enumerate mai sus. Înainte de a se pronunța hotărârea, trebuie să existe o examinare pe fond. Dacă o cauză a fost închisă după ce ministerul public a decis să nu pună în mișcare acțiunea penală, întrucât un alt stat membru a început urmărirea penală cu privire la aceeași persoană și aceleași fapte și fără a face o apreciere pe

¹⁸ Rodica Mihaela Stănoiu, „Asistența juridică internațională în materie penală”, Ed. Academiei Române, București, 1975, p. 165

fond¹⁹, principiul nu se aplică. Această interpretare a fost reluată²⁰, Curtea statuând că principiul *non bis in idem* se aplică în cazul în care este dată o decizie de încetare a urmăririi penale pentru insuficiența probelor. În acest caz, s-a ajuns la concluzia că nu sunt suficiente probe, după o analiză asupra unor probleme care vizează fondul cauzei.

Un alt stat membru care ar dori să înceapă o nouă procedură este obligat să recunoască o decizie definitivă de achitare a persoanei, indiferent de motivul care stă la baza achitării. Astfel, în cazul în care posibilitatea de a exercita acțiunea penală s-a prescris și există o hotărâre prin care persoana a fost achitată, un alt stat nu mai poate începe urmărirea penală, chiar dacă în conformitate cu dreptul acestui din urmă stat, prescripția nu s-a împlinit²¹.

În ceea ce privește deciziile prin care s-a dispus condamnarea persoanei, articolul 54 din C.A.A.S. prevede o condiție suplimentară, și anume ca sancțiunea să fi fost executată sau să fie în curs de executare ori să nu mai poată fi executată conform legilor statului în care a fost pronunțată hotărârea. Emiterea unui mandat de arestare european nu echivalează cu o sancțiune în curs de executare²², în cauză, inculpatul fiind condamnat prin contumacie la executarea unei pedepse privative de libertate. Această procedură, caracterizată prin judecarea în lipsă a persoanei, prevede că pedeapsa nu va fi pusă în executare până când condamnatul nu este rejudecat, fie prin aducerea persoanei în fața instanțelor de judecată, fie prin predarea sa. Astfel, dacă un stat membru emite un mandat de arestare european pentru a aduce, în fața propriilor instanțe, o persoană care a fost condamnată prin contumacie, în vederea rejudecării acesteia, nu sunt aplicabile dispozițiile articolului 54. Tot cu privire la procedura contumaciei, Curtea a stabilit că o hotărâre de condamnare nu permite unui alt stat să înceapă urmărirea penală, chiar dacă o astfel de hotărâre nu poate fi pusă în executare decât în urma aducerii sau prezentării persoanei în fața autorităților statului de emiteră²³ în vederea rejudecării.

Interpretarea noțiunii de „pedeapsă executată sau în curs de executare” a ridicat semne de întrebare și cu privire la suspendarea condiționată a pedepsei. Curtea a stabilit²⁴ că în acest caz este vorba despre o sancțiune în curs de executare, începând cu momentul în care hotărârea a devenit executorie și până la sfârșitul perioadei de probă. Când perioada de probă a luat sfârșit și condițiile prevăzute de dreptul național sunt îndeplinite, pedeapsa trebuie considerată executată. În aceeași decizie, instanța Uniunii Europene s-a pronunțat cu privire la măsurile preventive. Reținerea și arestarea preventivă intervin înainte ca o hotărâre definitivă să fie pronunțată, astfel încât principiul *non bis in idem* nu este aplicabil, chiar dacă legea penală națională prevede deducerea duratei măsurilor preventive din pedeapsa primită.

Totodată, Curtea de Justiție a adăugat condiția ca în dreptul național al primului stat în care s-a desfășurat urmărirea penală împotriva unei persoane, să se prevadă stingerea definitivă a acțiunii penale. În cauza „Turansky”²⁵, întrebarea prejudicială adresată Curții de către autoritățile austriece a avut ca obiect decizia unui organ de cercetare penală care a ordonat, într-un stadiu prealabil incriminării unei persoane suspectate de o infracțiune, după ce a efectuat un examen pe fond al cauzei, fără a aplica o sancțiune, suspendarea urmăririi penale angajate împotriva unei persoane. Curtea a analizat dacă în dreptul slovac această decizie este definitivă și obligatorie. Astfel, dacă în virtutea dreptului primului stat contractant care a început urmărirea penală, decizia în cauză nu stinge definitiv acțiunea penală, aceasta nu ar putea avea ca efect un obstacol procedural care să împiedice desfășurarea urmăririi penale într-un alt stat contractant, în care există probe privind vinovăția

¹⁹ CJCE, 10 martie 2005, Miraglia, C-469/03

²⁰ CJCE 28 septembrie 2006, Van Straaten, C-150/05

²¹ CJCE, 28 sept. 2006, Gasparini, C-467/04

²² CJCE, 15 iulie 2007, Kretzinger, C-288/05

²³ CJCE, 11 decembrie 2008, Bourquain, C-297/07

²⁴ CJCE, 15 iulie 2007, Kretzinger, C-288/05

²⁵ CJCE, 22 dec. 2008, Turansky, C-491/07

persoanei în cauză. Protecția conferită de principiul *non bis in idem* se naște numai dacă decizia este definitivă și obligatorie conform statului în care a fost emisă.

S-a pus întrebarea dacă articolul 273 din Codul de procedură penală român, „Reluarea în caz de redeschidere a urmăririi” încalcă principiul *non bis in idem*. În doctrină, se arată că actele organelor de urmărire penală nu au caracter definitiv, ci doar hotărârile instanței de judecată. În cazul dispozițiilor de încetare, pronunțate în faza de urmărire, „ceea ce menține caracterul definitiv și neschimbat al acestor încetări este corecta soluționare a situațiilor și împrejurarea că ulterior nu se va ivi nici un motiv care să impună înlăturarea încetării pronunțate și reluarea urmăririi”. Dacă „această stabilitate a încetării hotărâte în faza urmăririi nu subzistă”, constantându-se că în mod greșit s-a dispus încetarea procesului penal, „nu operează nici un fel de autoritate în privința primei dispoziții, ea putând fi oricând revocată, chiar de către organul de urmărire care a dispus încetarea sau de către procurorii care exercită o supraveghere asupra legalității urmăririi”. Prin urmare, se afirmă că încetarea pronunțată în faza de urmărire nu are caracter definitiv în sens juridic, ci în sens faptic, pentru că „în măsura în care justiția soluției se va menține și ulterior, procesul penal va fi definitiv rezolvat”²⁶. Având în vedere jurisprudența „Turansky”, reiese că, în dreptul român, un act al organului de urmărire penală nu poate atrage incidența articolului 54 din C.A.A.S. În același sens s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului²⁷, stabilind că o decizie este definitivă dacă, în conformitate cu legea și procedura penală a statului, se bucură de autoritate de lucru judecat, fiind irevocabilă.

Se consideră că unele împrejurări care împiedică punerea în mișcare a acțiunii penale sau continuarea acesteia pot avea caracter permanent sau temporar, după cum efectele se produc pentru totdeauna sau pentru un anumit interval de timp, cu posibilitatea răsturnării ulterioare a soluției și a efectelor sale²⁸. Amnistia, prescripția sau moartea făptuitorului sunt considerate cauze definitive, având consecințe permanente de împiedicare a exercitării acțiunii penale, iar lipsa plângerii prealabile este o cauză temporară, întrucât, în situația în care partea vătămată introduce, în termenul legal, o plângere, aceasta va determina punerea în mișcare a acțiunii. Însă în toate cazurile poate fi vorba doar despre decizii definitive în sens faptic, în cazul în care sunt luate de către organele de urmărire penală. Astfel, dacă se descoperă fapte care fac parte din elementul material al infracțiunii amnistiate, săvârșite ulterior intervenției amnistiei, acțiunea penală va putea fi pusă în mișcare. De asemenea, dacă în urma unei hotărâri judecătorești prin care se declară moartea făptuitorului, având drept consecință stingerea acțiunii penale, se constată că persoana este în viață, acțiunea penală poate fi exercitată. În Codul de procedură penală italian, în articolul 69 alineatul 2, s-a prevăzut în mod expres că, în cazul în care moartea făptuitorului a fost în mod eronat declarată, sentința sau rezoluția dată nu împiedică exercițiul acțiunii penale pentru același fapt și împotriva aceleiași persoane.

Numai dreptul național al statului membru poate stabili caracterul definitiv al propriei decizii²⁹. În decizia „Mantello”, o persoană este condamnată în 2005 de Tribunalul din Catania pentru deținere ilicită de cocaină destinată vânzării. În 2008, același Tribunal emite un mandat de arestare european împotriva acestei persoane pentru participarea, între 2004 și 2005 la infracțiunea de trafic de stupefiante comis în grup organizat, în mai multe orașe din Italia și Germania. Totodată, informează autoritățile germane că hotărârea dată în 2005 pentru deținere de droguri nu acoperă și faptele prevăzute în mandat și nu se opune executării acestuia. Totuși, autoritățile germane s-au adresat Curții cu o întrebare prejudicială referitoare la încălcarea principiului *non bis in idem*, întrucât, pe parcursul urmăririi care a dus la condamnarea dlui Mantello în 2005, organele judiciare italiene aveau suficiente probe și pentru a-l acuza de trafic de stupefiante în grup organizat, dar nu le-au făcut cunoscute judecătorului de instrucție pentru buna desfășurare a cercetărilor. Curtea de

²⁶ Nicolae Volonciu, Urmărirea penală, Teza de doctorat, p. 324

²⁷ CEDO, 15 martie 2005, Horciag c. României, cererea nr. 70982/01

²⁸ Nicolae Volonciu, Tratat de procedură penală, Parte specială, vol. I, Paideia, București, 1994, p. 237

²⁹ CJCE, Mantello, 16 novembre 2010, C-261/09

Justiție a stabilit că o decizie care, conform dreptului statului care a început urmărirea, nu stinge definitiv acțiunea publică la nivel național pentru anumite fapte, nu constituie un obstacol procedural care să se opună deschiderii urmăririi penale cu privire la aceleași fapte, într-un alt stat membru.

În doctrină³⁰, s-a afirmat că efectele pe care o hotărâre penală le poate produce pe plan internațional sunt, în mod firesc, condiționate de efectele pe care acea hotărâre le produce pe plan intern. Obiectivul articolului 54 este subliniat în mai multe decizii ale Curții de Justiție, acesta constând în a asigura respectarea principiului liberei circulații a persoanelor. O persoană care a fost judecată definitiv trebuie să își poată exercita acest drept, fără a se teme că ar putea fi urmărită de alte state contractante pentru aceleași fapte. Însă principiul *non bis in idem* nu ar putea avea ca scop protejarea unei persoane suspectate de săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală împotriva eventualității de a face față unor cercetări succesive, pentru aceleași fapte, în mai multe state contractante. S-ar ajunge la situația în care într-un alt stat contractant, unde ar exista suficiente probe pentru sancționarea unei persoane care a săvârșit o infracțiune să nu poată fi desfășurată urmărirea penală, în timp ce această posibilitate nu ar fi exclusă în primul stat contractant, unde persoana în cauză nu este considerată a fi definitiv judecată. De altfel³¹, asistența juridică internațională în materie penală trebuie să aibă ca prim scop eliminarea oricărei posibilități de impunitate a infractorilor prin simpla trecere a frontierelor. În cadrul Uniunii Europene, deși nu se poate vorbi despre trecerea frontierelor, observația este valabilă, întrucât principiul *non bis in idem*, așa cum este reglementat în articolul 54 din C.A.A.S., aduce în discuție o formă de asistență juridică în materie penală care vizează jurisdicții diferite.

Cu privire la întinderea efectelor principiului *non bis in idem* mai trebuie menționat că acestea nu vizează și latura civilă, chiar dacă în ceea ce privește latura penală există o hotărâre definitivă, în sensul articolului 54. Așa cum a stabilit Curtea de Justiție, persoana vătămată nu este împiedicată să intenteze sau să continue o acțiune civilă pentru a cere repararea prejudiciului³². S-a afirmat că în sfera asistenței juridice internaționale în materie penală, hotărârile care prezintă interes sunt hotărârile penale, iar din conținutul acestora numai dispozițiile care privesc acțiunea penală, nu și cele referitoare la acțiunea civilă soluționată în cadrul procesului penal³³. De altfel, în ceea ce privește acțiunea civilă sunt incidente dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 44/2001 al Consiliului. Fără a intra în analiza condițiilor din materia civilă, merită a fi menționată decizia „Krombach”³⁴. În fapt, este vorba despre uciderea fiicei dlui Bamberski, cetățean francez. Aceasta locuia cu mama și tatăl său vitreg în Germania, fiind suspectat chiar tatăl vitreg, dl Krombach. Se începe urmărirea penală în Germania, dar este achitat. Tatăl biologic al victimei se constituie parte civilă într-un proces început în Franța. Aici, dl Krombach este condamnat prin procedura contumaciei, printre altele, la plata unor daune morale către dl Bamberski. Caracteristicile acestei proceduri din dreptul francez³⁵ erau judecarea persoanei în lipsă și imposibilitatea de a fi reprezentat de către avocați. Curtea de Justiție a decis că Germania poate refuza executarea hotărârii în ceea ce privește soluționarea acțiunii civile, dar ca urmare a faptului că decizia aduce atingere ordinii publice, achitarea persoanei în Germania neavând nicio consecință asupra pretențiilor civile.

Al treilea element al principiului *non bis in idem*, așa cum reiese din articolul 54 din C.A.A.S. este noțiunea de „aceleași fapte”. Terminologia nu este uniformă la nivelul convențiilor internaționale. Articolul 4 din Protocolul numărul 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, articolul 14 paragraful 7 al Pactului Internațional relativ la Drepturile Civile și Politice, adoptat de

³⁰ R. M. Stănoiu, op. cit., p. 162

³¹ Idem, p. 159

³² CJCE, 11 feb. 2003, Gözütok și Brugge, C-187/01 și C-385/01

³³ R. M. Stănoiu, op. cit., p.156

³⁴ CJCE, Krombach c. Bamberski, 28 martie 2000, C-163/2000

³⁵ Procedura contumaciei din dreptul francez a fost abrogată prin Legea Perben II din data de 9 martie 2004, în urma condamnării Franței de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea art. 6 para. 1 și 3 din Convenție și a art. 7 din Protocolul nr. 7 la Convenție, prin decizia Krombach c. Franței, 13 feb. 2001, cer. nr. 29731/96

Națiunile Unite și articolul 50 al Cartei Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene se referă la noțiunea de „aceleași infracțiune”. Convenția Americană a Drepturilor Omului folosește noțiunea de „aceleași cauză” (same cause). Convenția de Aplicare a Acordului Schengen, în versiunea în limba engleză vorbește despre aceleași acte (same acts), pe când în versiunea în limba franceză se întâlnește termenul „aceleași fapte” (même faits). De asemenea, Statutul Curții Penale Internaționale utilizează expresia „aceleași acte”. Diferențele menționate pot avea consecințe negative asupra modului în care este aplicat principiul la nivelul statelor europene. Înseși reglementările Convenției de Aplicare a Acordului Schengen pot primi interpretări diferite, ducând la o restrângere sau, dimpotrivă, la o extindere a sferei de cuprindere a acestui element, dat fiind faptul că nu se folosește aceeași noțiune atât în versiunea în limba engleză, cât și în cea în limba franceză. Referitor la această problemă, în inițiativa Republicii Elene de decizie-cadru privind principiul *non bis in idem* s-a propus înlocuirea termenilor „aceleași fapte” cu termenii „aceleași comportament”.

Cu privire la această noțiune, Curtea stabilește un principiu general în decizia „Van Esbroeck”³⁶. În fapt, este vorba despre un cetățean belgian, condamnat în Norvegia pentru import ilicit de stupefiante la o pedeapsă cu închisoarea de 5 ani și liberat condiționat. Întorcându-se în Belgia, împotriva sa se începe o nouă urmărire penală, având ca obiect exportul acelorași produse stupefiante și este condamnat la 1 an de închisoare. Sesizată cu o întrebare prejudicială, Curtea de Justiție a decis că nu trebuie luată în considerare calificarea juridică, ci doar identitatea actului material, astfel încât importul și exportul de stupefiante constituie aceleași fapte, în sensul articolului 54. Criteriul pentru existența elementului „idem” este identitatea faptelor materiale, înțelegându-se ca fiind existența unui ansamblu de circumstanțe concrete, indisociabil legate între ele, indiferent de calificarea juridică a acestora sau de interesul juridic protejat, care, dacă ar fi luate în considerare, ar crea atâtea obstacole la libera circulație a persoanei, câte state contractante există³⁷. Aceeași concluzie a fost redată și într-o decizie ulterioară³⁸, stabilindu-se, totodată, că în cazul infracțiunilor relative la stupefiante, nu trebuie să fie vorba despre aceleași cantități de droguri sau ca persoanele care fac parte din participația penală să fie identice. Curtea nu stabilește decât anumite criterii, menționând că o apreciere definitivă aparține instanțelor naționale competente, care trebuie să determine dacă faptele materiale constituie un ansamblu de fapte legate indisociabil în timp, spațiu și prin obiectul lor.

În decizia „Kretzinger”, menționată, s-a stabilit că faptele constând în luarea în posesie de țigări străine de contrabandă, săvârșite într-un stat contractant, având de la început intenția de a le transporta către o destinație finală, traversând mai multe state contractante, constituie comportamente susceptibile de a se încadra în noțiunea de aceleași fapte, în sensul articolului 54. Totodată, s-a considerat că infracțiunea de ascundere a unor sume de bani provenite dintr-un trafic de stupefiante comis în Olanda și operațiunile de spălare de bani, realizate în Belgia, nu constituie aceleași fapte, chiar dacă există unitate de rezoluție infracțională, întrucât sumele de bani, care constituie obiectul material al infracțiunii comise în Belgia, nu sunt neapărat cele provenite din traficul de stupefiante, comis în Olanda³⁹. În motivarea sa, Comisia Europeană subliniază că o legătură subiectivă nu asigură în mod necesar existența unei legături obiective între fapte. Acestea s-ar putea distinge din punct de vedere al timpului, al spațiului și al naturii lor.

În dreptul european al concurenței, principiul *non bis in idem* prezintă anumite particularități. Sancțiunile aplicate ca urmare a comiterii unor infracțiuni din domeniul concurenței au caracter administrativ, deși se afirmă tot mai mult că ar trebui admis caracterul penal al acestora. Astfel, în concluziile sale, avocatul general, Bot menționează că, deși procedura din dreptul concurenței nu aparține stricto sensu materiei penale, date fiind atribuțiile Comisiei și natura și importanța

³⁶ CJCE, 9 martie 2006, Van Esbroeck, C-436/04

³⁷ CJCE, 15 iulie 2007, Kretzinger, C-288/05

³⁸ CJCE, 28 septembrie 2006, Van Straaten, C-150/05

³⁹ CJCE, 18 iulie 2007, Kraaijenbrink, C-367/05

sanctiunilor, ar trebui să se aplice garanțiile oferite de articolul 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁴⁰. Tot astfel, au fost ridicate excepții cu privire la admiterea regulii *non bis in idem* așa cum este reglementată în materia penală. De-a lungul timpului, s-a constatat o evoluție a aplicării principiului, inițial, fiind invocate reglementările articolului 4 din Protocolul numărul 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, în care se folosește noțiunea de „aceeași infracțiune”. Prima decizie relevantă a fost *Walt Wilhelm*⁴¹, în care Curtea a decis că se pot aplica atât dreptul național, cât și cel comunitar pentru sancționarea aceleiași infracțiuni, întrucât cele două sisteme de drept protejează interese juridice diferite, însă s-a impus deducerea amenzii aplicate de către statul membru din amenda aplicată de către Comisie. Această jurisprudență a fost criticată, iar ulterior, regula *non bis in idem* a fost ridicată la nivel de principiu general al dreptului comunitar⁴². Curtea a stabilit că trebuie îndeplinite trei condiții, și anume identitatea faptelor, unitatea contravenientului și unitatea interesului juridic protejat⁴³. În cazul în care faptele ilicite sunt sancționate de două ori, una dintre sancțiuni fiind aplicată de către un stat terț, iar cea de-a doua de către Comisie, s-a decis că regula *non bis in idem* nu este incidentă, chiar dacă faptele în cauză își au originea în același acord, întrucât interesele juridice protejate sunt diferite⁴⁴. Astfel, jurisprudența în materie nu a recunoscut o obligație în sarcina Comisiei de a ține cont de sancțiunea aplicată de către statul terț, tocmai pentru că nu sunt îndeplinite cele trei condiții menționate. Acestor particularități li se adaugă și dificultatea de a defini elementul *idem* în domeniul concurenței. În concluziile avocatului general, Mayras⁴⁵, se arată că specificul acestor infracțiuni este dat de modalitatea de realizare a elementului material, care constă în „mai multe acte, comise de-a lungul unei perioade mai mari de timp (mai multe luni sau mai mulți ani) și pe teritoriile mai multor state”.

Pentru analiza elementului *idem* este relevantă și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. În legislațiile naționale, unele fapte sunt sancționate atât administrativ, cât și penal, ceea ce poate duce la situația în care în urma aplicării unei sancțiuni administrative într-un stat, persoana să fie judecată separat, într-un alt stat și pentru fapta sancționată penal. În cauza *Zolotukhin*⁴⁶, judecătorul european preia interpretarea judecătorului Uniunii Europene. Aplicând articolul 4 din Protocolul numărul 7 la Convenție, Curtea explică termenul *idem* prin referire la infracțiuni care au la origine „fapte identice” sau „fapte care sunt în substanță aceleași” ori fapte care constituie „un ansamblu de circumstanțe factice concrete, implicând același contravenient și legate indisolubil în timp și spațiu”.

În cauza *Gradinger*⁴⁷, reclamantul este condamnat într-un proces penal pentru ucidere din culpă și primește amendă într-o procedură administrativă pentru conducere sub influența alcoolului. Chiar dacă se disting prin scop, denumire și natură, se bazează pe același comportament, prin urmare există o încălcare a articolului menționat. Calificând infracțiunea administrativă ca aparținând materiei penale, Curtea a decis că nu este permis cumulul dintre o urmărire administrativă și una penală ca urmare a aceleiași fapte.

În dreptul penal român, fapta de conducere a unui autovehicul sau tramvai pe drumurile publice, de către o persoană care se află în stare de ebrietate și are sau nu o îmbibație alcoolică peste limita legală este sancționată atât printr-un act administrativ, respectiv O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, cât și de legea penală, în cadrul infracțiunilor de ucidere și vătămare corporală din culpă. Prin Decizia nr. I/2007, Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiunile Unite a

⁴⁰ Concluziile avocatului general, Yves Bot, în cauza *ThyssenKrupp Nirosta c. Comisiei*, C-352/09 P

⁴¹ CJCE, 13 februarie 1969, *Walt Wilhelm*, 14/68

⁴² CJCE, 15 octombrie 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Comisiei*, C-238/99 și urm.

⁴³ TPI, 01 iulie 2009, *ThyssenKrupp Stainless AG c. Comisiei*, T-24/07

⁴⁴ TPI, 18 iunie 2008, *Hoechst c. Comisiei*, T-410/03, CJCE, 10 mai 2007, *SGL Carbon AG c. Comisiei*, C-328/05

⁴⁵ CJCE, 14 decembrie 1972, *Boehringer*, 7-72

⁴⁶ CEDO, 09 aprilie 2010, *Zolotukhin c. Rusiei*, cererea nr. 14939/03

⁴⁷ CEDO, 23 octombrie 1990, *Gradinger c. Austriei*

admis recursul în interesul legii⁴⁸ și a declarat că „Faptele de conducere pe drumurile publice a unui autovehicul sau tramvai de către o persoană având în sânge o îmbibație alcoolică ce depășește limita legală și deucidere din culpă cu această ocazie a unei persoane constituie o singură infracțiune, complexă, deucidere din culpă, prevăzută la art. 178 alin. (3) teza I C.pen., în care este absorbită infracțiunea prevăzută la art. 87 alin. (1) din O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice”. În schimb, în cazul infracțiunii de vătămare corporală din culpă, prin Decizia 26/2009⁴⁹, Instanța Supremă a declarat că în situația producerii unei vătămări corporale din culpă, „În cazul în care conducătorul de autovehicul sau tramvai, este concomitent, atât în stare de ebrietate, cât și cu o îmbibație alcoolică peste limita legală, se va reține un concurs real între infracțiunea prevăzută de art. 184 alin. (4¹) C.pen. și cea prevăzută de art. 87 alin. (1) din O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, republicată”.

Tot în cazul infracțiunii de vătămare corporală din culpă s-a pronunțat și Curtea Europeană⁵⁰, stabilind că este vorba despre un concurs ideal de infracțiuni, și nu despre o infracțiune unică, pierderea controlului autovehiculului și comiterea, cu aceeași ocazie, a unei vătămări corporale din culpă, întrucât o faptă penală unică se descompune în două infracțiuni distincte. Însă instanța europeană a reluat interpretarea în cauza Franz Fischer⁵¹ și a făcut unele completări. Astfel, dacă infracțiunea deucidere din culpă săvârșită de o persoană aflată sub influența alcoolului este prevăzută expres de Codul penal, nu mai poate exista o nouă condamnare în legătură cu starea de ebrietate a autorului, articolul 4 fiind încălcat. Într-un astfel de caz, infracțiunea administrativă de conducere sub influența alcoolului și infracțiunea deucidere din culpă comisă într-o stare de ebrietate au aceleași elemente esențiale.

Criteriile pe baza cărora se poate stabili dacă suntem sau nu în prezența unui concurs ideal au fost stabilite de Curtea Europeană în cauza Garetta⁵², în care a distins între cele două infracțiuni pe baza gravității și a consecințelor, precum și a valorii sociale protejate și a poziției subiective.

În privința aplicabilității principiului *non bis in idem*, s-a mai pus problema posibilității de a extinde acțiunea penală pentru alte acte materiale. Reluând jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Europene a Drepturilor Omului, prevederile articolului 335 alin. (2) din C.proc.pen. sunt în conformitate cu principiul *non bis in idem*. Într-o decizie⁵³, Curtea Europeană reține că protecția împotriva repetării procedurilor penale este un mijloc prin care se garantează dreptul la un proces echitabil în materie penală⁵⁴. Posibilitatea redeschiderii procesului penal este compatibilă *prima facie* cu Convenția, inclusiv cu garanțiile din articolul 6, urmând a se verifica împrejurările concrete. Astfel, dacă se descoperă și alte acte materiale în sarcina inculpatului, care intră în conținutul infracțiunii pentru care a fost trimis în judecată și pentru care s-a pronunțat o hotărâre definitivă, instanța va pronunța o nouă hotărâre în raport cu toate actele care intră în conținutul infracțiunii și va desființa hotărârea anterioară. Cele două Curți au stabilit că este admisă o reluare a procedurii, în cazul în care se descoperă fapte noi sau vicii de procedură.

În conformitate cu articolul 58 al C.A.A.S., statele pot adopta și aplica dispoziții mai favorabile privind efectul *non bis in idem* al deciziilor judiciare străine. Totodată, articolul 55 instituie posibilitatea statelor de a stabili unele excepții de la regula prevăzută în articolul 54.

La nivelul Uniunii s-a pus problema adoptării unei decizii-cadru. Cartea Verde a Comisiei Europene privind conflictele de competență și principiul *non bis in idem* în cadrul procedurilor penale⁵⁵ subliniază necesitatea de a găsi un mecanism prin care să fie atribuite cauzele statelor

⁴⁸ Decizia nr. I/2007, publicată în M. Of. Nr. 81 din 1 februarie 2008

⁴⁹ Decizia nr. 26/2009, publicată în M. Of. Nr. 284 din 30 aprilie 2010

⁵⁰ CEDO, 30 iulie 1998, Oliveira c. Elveției

⁵¹ CEDO, 29 august 2001, Franz Fischer c. Austriei

⁵² CEDO, Garetta c. Franței, 4 martie 2008, cererea nr. 2529/04

⁵³ CEDO, Nikitin c. Rusiei, cererea nr. 50178/99

⁵⁴ Corneliu-Liviu Popescu, Jurisprudența CEDO (2004), Ed. C.H.Beck, București, 2006, p. 197-198

⁵⁵ Bruxelles, 23.12.2005, COM (2005) 696 final

membre competente, întrucât reglementările în vigoare dau prioritate primului stat care a dat o decizie definitivă, aceasta fiind și cauza pentru care există foarte multe excepții de la articolul 54. În plus, nu se prevede o soluție și pentru situația în care două state desfășoară în paralel urmărirea penală. Un astfel de mecanism ar facilita alegerea statului „cel mai bine plasat pentru a exercita urmărirea”. Totodată, s-a pus problema necesității de a defini elementele principiului sau de a înlătura condiția ca în caz de condamnare, sancțiunea aplicată să fi fost executată sau să fie în curs de executare ori să nu mai poată fi executată. O astfel de condiție nu se justifică într-un „spațiu de libertate, securitate și justiție”, unde există diferite instrumente juridice privind recunoașterea reciprocă, având ca obiect executarea deciziilor date în cadrul statelor membre. De asemenea, se menționează că articolul 55 ar putea fi abrogat dacă s-ar crea un mecanism echilibrat pentru alegerea statului competent.

În doctrină⁵⁶, s-a subliniat că un rol important în rezolvarea acestor probleme l-ar putea avea Eurojust. Misiunea acestuia este prevăzută în punctul 46 al Concluziilor Consiliului European de la Tampere, din 1999 și constă, printre altele, în a contribui la buna coordonare a autorităților naționale care desfășoară urmărirea penală.

3. Concluzii

Situațiile în care două sau mai multe state membre ale Uniunii Europene sunt deopotrivă competente pentru a desfășura urmărirea penală în aceeași cauză se întâlnesc tot mai des și revine formelor de cooperare judiciară transfrontalieră rolul de a oferi remedii eficiente pentru evitarea eventualului conflict de proceduri. Unul dintre cele mai importante instrumente juridice este Convenția de Aplicare a Acordului Schengen (C.A.A.S.), care, în articolul 54, consacră principiul *non bis in idem*.

În dreptul intern, această regulă are consecințe asupra principiului teritorialității legii penale române, dar nu și asupra principiului personalității, care este o excepție a dreptului penal român. De asemenea, în aplicarea Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, este important a se ține cont și de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care interpretează noțiunea de „decizie definitivă” în sens larg, iar în cazul în care a intervenit condamnarea, se are în vedere și o pedeapsă în curs de executare. Pe de altă parte, regula *non bis in idem* nu împiedică aplicarea unor dispoziții ale Codului de procedură penală român, precum cele care prevăd reluarea urmăririi penale sau extinderea acțiunii penale cu privire la alte acte materiale și desființarea hotărârii definitive anterioare. Principiul nu are consecințe nici asupra acțiunii civile. Însă, în ceea ce privește acțiunea penală, în cazul în care sunt îndeplinite condițiile, principalul efect este imposibilitatea unui alt stat membru al Uniunii de a începe o nouă urmărire și obligația de a recunoaște hotărârea dată de către statul parte la Convenție.

În interpretarea elementelor principiului *non bis in idem*, jurisprudența Curții de Justiție are un rol fundamental. În esență, noțiunea de „persoană judecată definitivă” are în vedere identitatea de persoană. O decizie este definitivă în sensul articolului 54 din C.A.A.S. dacă în dreptul intern al statului în care a fost dată i se recunoaște acest efect, putând fi incluse în această categorie chiar și actele organelor de urmărire penală. Cu privire la interpretarea elementului „idem”, Curtea oferă anumite criterii, dar lasă instanțelor naționale sarcina de a aprecia dacă faptele sunt legate indisolubil în timp, spațiu și prin obiectul lor.

⁵⁶ J. Pradel, G. Corstens și G. Vermeulen, op. cit., p. 675

Referințe bibliografice

- Basarab Matei, Pașca Viorel, Mateuț Gheorghită, Butiuc Constantin, Codul penal comentat, Vol. I, Partea generală, Ed. Hamangiu, București, 2007
- Bulai Bogdan Nicolae, „Romanian National Report of the Subject Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle *Ne bis in idem*”, în Revista Internațională de Drept Penal, 2002
- Lefterache Lavinia Valeria, Drept penal. Partea Generală, Ed. Universul Juridic, București, 2009
- Mitrache Constantin, Mitrache Cristian, Drept penal român, Partea generală, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Neagu Ion, „Unele considerații privind autoritatea de lucru judecat în materia extrădării”, Dreptul nr. 5/2003
- Popescu Corneliu-Liviu, Jurisprudența CEDO (2004), Ed. C.H.Beck, București, 2006
- Pradel Jean, Corstens Geert și Vermeulen Gert, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2009
- Stănoiu Rodica Mihaela, Asistența juridică internațională în materie penală, Ed. Academiei Române, București, 1975
- Vernimmen-Van Tiggelen Gisele, Surano Laura și Weyembergh Anne, The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009
- Volonciu Nicolae, Tratat de procedură penală, Parte specială, vol. I, Paideia, București
- Volonciu Nicolae, Urmărirea penală, Teza de doctorat

EVOLUȚIA PREZUMȚIEI DE NEVINOVĂȚIE

Andrei COSTEA*

Abstract

This work, which is based on a doctrinal and jurisprudential study, aims to analyze the fundamental principle of the Presumption of Innocence at the time of its birth until today. The study begins from the assumption that in the virtue of the presumption, the person against whom a criminal trial was triggered is presumed innocent until proven guilty in a public trial, by issuing a final court decision. The first part of the study is based on a brief history of the Presumption of Innocence, to highlight the evolution of this principle. The second part of the study is based on the importance of this principle and on his submission to several Constitutions and Criminal Procedure Codes. The third part of the study examines the principle of the Presumption of Innocence in the modern practice of the Criminal Procedure Law. I concluded that understanding the importance of this fundamental principle constitutes a real theoretical and practical interest.

Cuvinte cheie: *prezumția de nevinovăție, înscrierea prezumției de nevinovăție, constituțiile diverselor state, preumția de nevinovăție în practica modernă, prezumția de vinovăție, dreptul la tăcere*

1. INTRODUCERE

Prezumția de nevinovăție este un drept legal al acuzatului într-un proces penal, recunoscut de multe națiuni. Sarcina probei este aceea cu privire la procuratura care trebuie să colecteze și să prezinte suficiente dovezi convingătoare pentru a convinge judecătorul care potrivit legii trebuie să ia în considerare numai acele dovezi care din punct de vedere legal sunt admisibile și de asemenea obținute pe cale legală, potrivit cărora acuzatul este vinovat dincolo de orice îndoială rezonabilă. În cazul în care rămân semne de îndoială, acuzatul va fi achitat. Această prezumție izvorăște din adagiul latîn “ei incumbit probation qui dicit, non qui negat”¹ -sarcina probei se bazează pe cel ce afirmă, nu pe cel ce neagă.

Adagiul latîn complet este acesta: “ei incumbit probation, qui dicit, non qui negat; cum per rerum naturam factum negates probation nulla sit”- dovada se află la cel ce afirmă nu la cel ce neagă; deoarece prîn natura lucrurilor, acela care neagă un fapt nu poate produce nici o dovadă.

Prezumția de nevinovăție servește pentru a sublinia faptul că procuratura are obligația de a dovedi fiecare element al infracțiunii dincolo de orice îndoială rezonabilă că acuzatul nu are nici o sarcină a probei.

Prezumția de nevinovăție este de fapt un instrument legal creat de cardinalul și juristul francez Jean Lemoine² în favoarea acuzatului, bazându-se pe ideea că nu există criminali înnașcuți.

2. Conținutul studiului

2.1 Scurt istoric al apariției prezumției de nevinovăție

Primele elemente embrionare ale prezumției de nevinovăție apar încă în sec. XVII într-o serie de documente cum ar fi: petiția drepturilor din 1628 și Habeas Corpus³ Act din 1679, conform cărora

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București. (costeaandrei1989@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Bogdan Micu.

¹ 22.3.2, Paulus libro 69 ad edictum, Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

² Jean Lemoine- nascut in anul 1250 in comuna din nordul Frantei numita Crecy en Ponthieu si decedat in anul 1313 in comuna Avignon.De-a lungul timpului Lemoine a avut mai multe functii printre care cea de avocat de drept canonic, de cardinal, de reprezentant legal al papei, de episcop

tribunalelor le-a fost încredințat controlul asupra reținerilor și arestării cetățenilor. În conformitate cu Habeas Corpus Act la cererea arestantului sau oricărei alte persoane tribunalul era obligat să emită un mandat de aducere a arestatului, putând hotărî fie trimiterea lui în închisoare, fie punerea lui în libertate, cu sau fără cauțiune.

Petiția drepturilor avea ca obiect garanția împotriva arestărilor și confiscărilor de bunuri fără respectarea procedurii de judecată normală. Aceste acte fiind formulate în termeni generali, de prevederile lor au beneficiat în mare parte cei avuți. Pe de altă parte garanțiile date nu se extindeau la crimele împotriva statului.

Elemente ale prezumției nevinovăției se mai întâlnesc și în cadrul declarației drepturilor omului și cetățeanului adoptate de către adunarea constituantă a Franței la 26 august 1789.

În Statele Unite primele elemente ale prezumției nevinovăției cuprind documentele: Declarația de independență⁴ de la 4 iulie 1776, Constituția Statelor Unite⁵ din 17 septembrie 1787, Corpul libertăților (Body of liberties)⁶, Declarația drepturilor adoptată de Adunarea din statul Virginia, la 12 iunie 1776.

În teritoriile românești elementele prezumției nevinovăției a conținut Constituția cărvunurilor din 1822. Această Constituție pentru prima dată proclamă dreptul la proprietate privată. De asemenea, proclamă egalitatea oamenilor în fața legii indiferent de rang, de starea socială etc., protecția arestatului prin reprimarea oricărei asprimi care nu ar fi necesară asigurării de persoana prevenitului, dreptul persoanelor de a se adresa fără anumite îngrădiri în judecată.

Pentru a demonstra caracterul de principiu fundamental al procesului penal se impune o scurtă incursiune istorică cu prezentarea principalelor documente care au consacrat prezumția de nevinovăție. Astfel concluzionând putem afirma că pentru prima dată prezumția nevinovăției ca principiu fundamental al procesului penal și ca drept fundamental a fost consacrat în Declarația Franceză a Drepturilor omului și cetățeanului⁷, precum și în Constituția Statelor Unite. Acesta a constituit o reacție față de procesul penal inchizitorial în care în mod practic cel implicat într-o cauză penală era presupus totdeauna vinovat, revenindu-i obligația dovedirii propriei nevinovății. Simțindu-se nevoia de consacrare a acestei prezumții în documente cu caracter internațional, ea a fost înscrisă în articolul 11 din Declarația Universală a drepturilor omului⁸, adoptată de Adunarea generală a ONU la 10 decembrie 1948, făcându-se în același timp recomandări ca legislațiile statelor membre ale ONU să înscrie norme privind prezumția nevinovăției. În prezent legislațiile tuturor statelor cuprind dispoziții din care se desprinde direct sau indirect această regulă spre deosebire de alte principii ale justiției. După cum s-a menționat înscrierea acestei prezumții în legislațiile marii

³ Habeas Corpus Act 1679- act emis de Parlamentul Angliei în timpul regelui Charles 2

⁴ United States Declaration of Independence- este o declarație adoptată de către Congresul Continental la 4 iulie 1776, care a anunțat că cele treisprezece colonii americane, aflate atunci în război cu Marea Britanie sunt de acum înainte state independente, și, astfel, nu mai fac parte din Imperiul Britanic

⁵ United States Constitution- este legea supremă a Statelor Unite. Constituția este cadrul de organizare a guvernului Statelor Unite și pentru relația dintre guvernul federal cu state, cetățenii, și toți oamenii din Statele Unite. Constituția creează cele trei ramuri ale guvernului național: o ramură legislativă, Congresul bicameral; o ramură executivă condusă de către președinte; și o sucursală judiciară condusă de către Curtea Supremă de Justiție

⁶ Body of Liberties- reprezintă o clasă de drepturi civile și politice care protejează libertatea persoanelor de la o încălcare nejustificată din partea guvernelor și a organizațiilor private și asigură capacitatea persoanelor de a participa la viața civilă și politică a statului, fără discriminare sau presiune

⁷ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen- este un document fundamental al Revoluției Franceze definind drepturile individuale și colective ale tuturor proprietăților din regat ca fiind universale. Influențat de doctrina dreptului natural, drepturile omului sunt universale: valabile în orice moment și în orice loc, referitoare la natura umană în sine

⁸ Declarația Universală a Drepturilor Omului- a apărut datorită experiențelor celui de-al 2-lea Război Mondial și reprezintă prima expresie globală de drepturi la care toate ființele umane sunt considerate a fi egale. Se compune din 30 de articole care au fost elaborate în tratatele internaționale ulterioare, instrumentele regionale privind drepturile omului, constituțiile naționale și legile

majorității a statelor lumii constituie o victorie importantă împotriva concepțiilor potrivit cărora ar exista criminali înnașcuți, care au o predispoziție patologică față de săvârșirea infracțiunilor și pentru care nu ar putea opera prezumția de nevinovăție.

Astfel în declarația universală a drepturilor omului găsim consacrat principiul potrivit căruia: orice om trebuie considerat nevinovat până la proba culpabilității sale, dacă se consideră indispensabil să fie arestat, orice severitate care n-ar fi necesară pentru a se asigura de persoana sa, trebuie să fie în mod riguros reprimată prîn lege. Acest text este considerat ca fiind prima definiție legală a prezumției de nevinovăție. În prezent prezumția de nevinovăție a fost consacrată în diferite acte cu caracter internațional și național.

Există și în prezent legislații în care învinuitul trebuie să-și probeze nevinovăția, exemplu Grecia.

2.2 Înscrierea prezumției de nevinovăție în constituțiile diverselor state

Acest drept este atât de important în democrațiile și republicile moderne astfel încât multe l-au inclus în constituții și coduri juridice.

Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale spune: "Orice persoană acuzată de o infracțiune penală este prezumată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale conform legii".

Această convenție a fost adoptată prîn tratat și este obligatorie pentru toți membrii Consiliului Europei. În prezent fiecare membru al țărilor din Uniunea Europeană este de asemenea membru al Consiliului Europei.

În Canada, secțiunea 11 litera d din Carta Canadiană a drepturilor și libertăților⁹ prevede: "Orice persoană acuzată de o infracțiune are dreptul să fie prezumată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale conform legii într-un proces echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial".

În Franța, articolul 9 din Declarația drepturilor omului și cetățeanului¹⁰ spune: "Toată lumea este presupusă a fi nevinovată, până la momentul la care a fost declarată vinovată".

Constituția Rusiei¹¹, în articolul 49 declară: "Orice persoană acuzată de o infracțiune este considerată nevinovată până când vina lui sau a ei a fost dovedită în conformitate cu legea federală și a fost stabilită prin sentința validă a unei instanțe de drept." De asemenea prevede că: "Acuzatul nu este obligat să își dovedească vina lui sau a ei" și că "Orice îndoială rezonabilă va fi interpretată în favoarea acuzatului".

Convenția americană privind drepturile omului, ratificată de Columbia prin Legea 16 din 1974, prevede: "... Orice persoană acuzată de crimă are dreptul să fie presupusă nevinovată până la stabilirea legală a vinovăției ei." (articolul 8).

Decretul 2700 din 1991 prevede la articolul 2: "În scopul promovării procesului penal prevalează principiul prezumției de nevinovăție în care fiecare persoană este prezumată nevinovată și ar trebui să fie tratată ca atare, până când nu există o condamnare definitivă pronunțată de un tribunal abilitat".

⁹ Canadian Charter of Rights and Freedoms- a fost concepută pentru a unifica canadieni în jurul unui set de principii care întrupează drepturi politice și civile. Carta a fost semnată de către Regina Elisabeta a II-a Canada la 17 aprilie 1982

¹⁰ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen article 9: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi."

¹¹ Constitution of Russia article 49:

1. Everyone accused of committing a crime shall be considered innocent until his guilt is proved according to the rules fixed by federal law and confirmed by the sentence of a court which has come into legal force.
2. The accused shall not be obliged to prove his innocence.
3. Unremovable doubts about the guilt of a person shall be interpreted in favour of the accused

Articolul 11 din Declarația Universală a Drepturilor Omului prevede: “Orice persoană acuzată de o infracțiunea penală are dreptul de a fi prezumată nevinovată până la proba contrarie Conform legii într-un proces public în care a avut toate garanțiile necesare pentru apărarea sa.”

În Constituția României, prezumția de nevinovăție și-a găsit locul în cadrul art.23 punctul 11: “Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerate nevinovată”.

Înscrierea acestei prezumții în legislațiile marii majorități a statelor lumii constituie o victorie împotriva concepțiilor potrivit cărora ar exista criminali înnăscuți, care au o predispoziție patologică spre savarsirea de infracțiuni și pentru care nu ar putea opera prezumția de nevinovăție.

Concepțiile școlilor antropologică și pozitivistă, care explicau existența unor criminali înnăscuți, de obicei și dezechilibrați mental, au dominat o întinsă perioadă curente criminologice, ele fiind însă învinse o dată cu apariția școlilor criminologice care explica geneza criminalității prin conjugarea mai multor factori de natură socioeconomică, biologică¹².

În virtutea acestei prezumții, acela împotriva căruia a fost declanșat un proces penal este prezumat nevinovat până la dovedirea vinovăției, într-un proces public, cu asigurarea garanțiilor dreptului de apărare¹³.

În dreptul nostrum, învinuitul sau inculpatul nu trebuie să-și dovedească nevinovăția, organelor judiciare revenindu-le obligația administrării probelor în procesul penal (ejus incubit probation qui dicit, non qui negat).

2.3 Presumția de nevinovăție vs Presumția de vinovăție în practica modernă

În unele sisteme, suspjecții pot fi ținute în arest pe o perioadă îndelungată de timp, în timp ce cercetările continuă în vederea stabilirii vinovăției sau nevinovăției suspjecților.

O perioadă de detenție îndelungată, constituie în practică, o pedeapsă pentru suspect, deși el nu a fost condamnat.

Curțile de justiție pot prefera declarațiile unor personae care au un anumit statut social, economic sau politic, în detrimentul celorlalte personae care nu se bucură de un asemenea statut.

În Europa și în Lumea Nouă, până la începutul secolului 18, era ceva normal pentru sistemul de justiție, ca în cadrul lui, suspjecții să fie torturați pentru a extrage marturii de la aceștia, în timp ce dovezile circumstanțiale erau rareori analizate sau admise în acele vremuri¹⁴.

Deși această practică a devenit nepermisă în prezent, ea a existat și în timpul secolului 20 atunci când guvernul fascist și cel sovietic au încercat să impună introducerea în procese a dovezilor obținute de la suspjecți care erau torturați¹⁵.

În ziua de azi, unele universități publice, îi pedepsesc pe membrii echipelor sportive acuzați de delict, indiferent dacă aceștia nu au fost condamnați.

În asemenea cazuri, se poate ajunge la expulzarea din echipa sau la pierderea bursei școlare.

Garanțiile privind prezumția de nevinovăție se extind dincolo de sistemul juridic. De exemplu, în multe țări codurile de etică jurnalistică statuează faptul că jurnaliștii ar trebui să se abțină de la referirea la suspjecți ca și cum vinovăția lor este certă.

Jurnaliștii folosesc termenul de “suspect” sau “inculpat” când se referă la suspect și termenul de “pretinsă” atunci când se referă la activitatea infracțională de care suspectul este acuzat.

Mai subtil, publicarea materialului de urmărire penală, fără o argumentare corespunzătoare, poate constitui în practică prezumția de vinovăție¹⁶.

¹² Ion Neagu, *Tratat de procedura penală partea generală*, Ed. UJ, București, 2010, p77

¹³ Ion Neagu, *Tratat de procedura penală partea generală*, Ed. UJ, București, 2010, p79

¹⁴ Francois Quintard Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, p130

¹⁵ Francois Quintard Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, p132

Publicarea unui registru de suspecți arestați poate constitui de asemenea o pedeapsă nemeritată, deoarece în practică prejudiciază reputația suspectilor nevinovați.

Unii activiști care luptă pentru drepturile civile sunt de părere că testarea antidrog anterioară angajării, deși legală, încalcă acest principiu, pentru ca potențialii angajați sunt considerați a fi utilizatori de droguri ilegale și trebuie să își dovedească nevinovăția prin efectuarea testului antidrog.

În mod similar, criticii susțin că unele dispoziții legale împotriva hărțuirii sexuale, sau a discriminării rasiale arată o prezumție de vinovăție.

Aceste dispoziții au fost menite pentru a ușura sarcina probei asupra victimei, deoarece în practică hărțuirea sexuală sau practicile de discriminare sunt greu de dovedit.

Activiștii care luptă pentru drepturile civile susțin faptul că unele practice juridice pot avea un efect dăunător asupra înfăptuirii justiției.

Un exemplu în acest sens îl constituie utilizarea în unele procese privind asaltul sexual a unui ecran tv care este pus pentru a împiedica reclamantul să fie distras la vederea acuzatului.

În cazul în care reclamantul a fost cu adevărat victima acuzatului, atunci acest lucru poate fi susținut în practică pentru a servi principiilor justiției terapeutice¹⁷.

Cu toate acestea însă, în cazul în care un acuzat este nevinovat, acest lucru poate spune din greșeala juraților că instanța admite faptul că a fost comisă infracțiunea de asalt sexual.

Acest fapt schimbă sarcina probei în mod normal de la procuror la apărător și riscă să pună instanța de judecată în poziția de a judeca vinovăția, în detrimentul juraților cărora le aparține sarcina de a se pronunța asupra vinovăției sau nevinovăției acuzatului.

2.4 Presumția de nevinovăție și dreptul la tăcere

Presumția de nevinovăție a fost instituită pentru prima dată ca regulă de drept în secolul al XVIII-lea în legislația SUA și apoi în Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din anul 1791, care în art. 9 a statuat că „orice om trebuie considerat nevinovat până la probarea culpabilității sale”.

Ulterior a fost înscrisă și în reglementările internaționale privind drepturile omului, fiind adoptată apoi de majoritatea constituțiilor care au proclamat formal drepturile omului. Astfel, în art.11 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală ONU la 10 decembrie 1948¹⁸ este consacrată prezumția de nevinovăție, cu recomandarea să fie inserată în legislațiile naționale ale statelor. Acest articol prevede că „orice persoană învinuită de a fi săvârșit o infracțiune este prezumată nevinovată atât timp cât vinovăția sa nu a fost stabilită într-un proces public cu asigurarea garanțiilor necesare apărării”.

Convenția europeană a drepturilor omului de la Strasbourg, elaborată ca o expresie a voinței statelor europene de a asigura respectarea principiilor enumerate în Declarația Universală a Drepturilor Omului, proclamată de Organizația Națiunilor Unite la 10 decembrie 1948, cuprinde o dispoziție similară, prevăzând în art. 6 parag. 2 că „orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată inocentă până când vinovăția sa va fi legal stabilită”.

Presumție de nevinovăție, așa cum este reglementată în art. 6 parag. 2 din Convenție, produce, în principal, două categorii de consecințe:

¹⁶ Francois Quintard Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, p135

¹⁷ Justiție terapeutică- este un termen folosit prima dată de către profesorul David Wexler, Universitatea din Arizona Colegiul de Drept și Universitatea din Puerto Rico Facultatea de Drept, într-o lucrare prezentată la Institutul Național de Sănătate Mintală în 1987. Studiază efecte de drept și efectele sistemului juridic asupra comportamentului, emoțiilor, și sănătății mintale a persoanelor

¹⁸ A se vedea: I.Doltu, *Presumția de nevinovăție în legislația românească și în unele legislații ale statelor Europei*, în *Dreptul nr.4/1998*, p77; C. Niculeanu, *Presumția de nevinovăție, Studiu comparativ asupra unor prezumții în materie penală și în domeniul răspunderii delictuale*, în *Dreptul*, nr.10/1998, p68

a) în privința organelor judiciare, conform textului, acestea trebuie să facă dovada imparțialității în întreaga lor activitate și să salvgardeze drepturile procesuale ale acuzatului. De pildă, judecătorul trebuie să manifeste prudență în rezumarea actului de acuzare și să evidențieze, în mod obiectiv, atât argumentele acuzării, cât și cele ale apărării la începutul ședinței.

b) în privința acuzatului, prezumția de nevinovăție implică pentru acesta dreptul de a propune probe în apărarea sa și acela de a nu depune mărturie contra lui însuși. Acestea figurează în art. 14 parag. 3 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, în care se arată că „orice acuzat are dreptul să nu fie forțat să depună mărturie contra lui însuși sau să-și recunoască vinovăția”. Curtea Europeană a decis că, în pofida faptului că în art. 6 parag. 2 din Convenție nu menționează expres dreptul la tăcere și dreptul de a nu contribui la propria sa învinuire (nemo tenetur se ipsum accusare), acestea sunt reguli internaționale general recunoscute, care sunt se esența noțiunii de „proces echitabil” consacrat de art. 6.

În virtutea dreptului la tăcere, persoana bănuită de o infracțiune este liberă să răspundă sau nu întrebărilor care-i sunt puse, după cum consideră că este sau nu conform intereselor sale.

Prin urmare, dreptul la tăcere nu implică numai dreptul de a nu depune mărturie contra lui însuși, ci, de asemenea, dreptul oricărui inculpat de a nu contribui la propria incriminare.

Inculpatul nu poate fi constrâns să colaboreze la producerea de probe. El nu poate fi astfel sancționat pentru lipsa comunicării anumitor documente sau a altor elemente de probă¹⁹.

În doctrina europeană²⁰, s-a exprimat părerea că dreptul la libertatea de exprimare, consacrat de art. 10 din Convenția europeană a drepturilor omului, garantează, de asemenea, într-un mod tacit „dreptul negativ” de a nu fi forțat să se exprime, ceea ce înseamnă păstrarea tăcerii sub rezerva restricțiilor prevăzute de art. 10 parag. 2. Obligația de a depune mărturie contra voinței sale, sub constrângerea unei amenzi și sub orice altă formă de coerciție constituie o ingerință în aspectul negativ al dreptului la libertatea expresiei care trebuie să fie necesară într-o societate democratică.

În sistemul juridic românesc, dreptul la tăcere al învinuitului sau inculpatului, deși nu figurează expres printre regulile de bază ale procesului penal cuprinse în art. 2-8 Cod pr. Pen., constituind doar o consecință a prezumției de nevinovăție, menținută expres în art. 52 cât și în art. 66 alin. 1 Cod pr. pen., sub impactul Legii de modificare nr. 281/2003 cu modificările și completările ulterioare, reprezintă în realitate un inevitabil principiu director al procedurii penale. O dovadă în acest sens o constituie regula avertismentului, introdusă, pentru prima dată, în cuprinsul art. 70 alin. 2 Cod pr. pen. prîn Legea nr. 281/2003 modificată prîn Legea nr. 356/2006, potrivit căruia învinuitului sau inculpatului i se aduce la cunoștință, printre altele „dreptul de a nu face nici o declarație, atrăgându-i-se atenția că ceea ce declară poate fi folosit împotriva sa.

În lumina jurisrudenței Curții, prezumția de nevinovăție prevăzută în art. 6 parag. 2 este o prezumție relativă, ceea ce înseamnă că ea va putea fi răsturnată oricând prîn proba contrară.

Din picipiul european al prezumției de nevinovăție și al dreptului la tăcere decurg, în mod direct următoarele reguli:

- sarcina probei incumbă părții urmăritoare;
- îndoiala profită acuzatului;
- dreptul acuzatului de a adopta o atitudine pasivă;
- interdicția recurgerii la detenția preventivă pentru a exercita o represiune imediată.

În Constituția României (art. 23 alin. 11) s-a statuat că, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată”. În codul de procedură penală, prezumția de nevinovăție este reglementată, mai întâi în Titul I, capitolul I referitor la „regulile de bază ale procesului penal” în art. 52 introdus prîn Legea nr. 281/2003, după care „orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă.

¹⁹ C.E.D.O., 25 februarie 1993, “Jur fundamentale”, 1993, nr.4 p12

²⁰ A se vedea J.Pradel, Droit penal compare, Dalloz, Paris, 1995, p274

Totodată, ea este menționată marginal și în cadrul Titlului III, capitolul I, arătându-se că învinuitul sau inculpatul beneficiază de prezumția de nevinovăție și, ca atare, nu este obligat să-și dovedească nevinovăția (art. 66 alin. 1 Cod pr. pen. așa cum a fost modificat). Din această cauză, inițial, prezumția de nevinovăție nu a fost tratată ca un principiu al procesului penal, ci, ca o simplă regulă privind sarcina probei și administrarea probelor în procesul penal. Or, valoarea și importanța sa ca principiu depășește materia probelor și influențează desfășurarea întregului proces penal, izvorând din însuși scopul acestuia²¹.

3. Concluzii

Din cele prezentate mai sus sunt convins că s-a evidențiat faptul că prezumția de nevinovăție constituie unul dintre principiile fundamentale ale dreptului penal modern, o garanție a statului de drept și o valoare fundamentală a spațiului juridic global.

Principiul prezumției de nevinovăție semnifică protecția unei personae invinuite de săvârșirea unei fapte penale împotriva unui verdict de vinovăție ce nu a fost stabilit încă în mod legal.

Orice persoană, indiferent de gravitatea faptei de care este acuzată (simplu furt sau crimă organizată ori corupție), de circumstanțele în care se presupune că a săvârșit fapta sau de modalitățile în care a fost asociat cu aceasta (flagrant, declarații de martor, probe științifice) este protejată de prezumția de nevinovăție până ce o instanță judecătorească nu stabilește în mod definitive că aceasta a săvârșit infracțiunea.

Referințe bibliografice

Tratate, cursuri, monografii

- Codul de procedură penală și 5 legi uzuale, actualizat 20 septembrie 2010, Ed. Hamangiu
- Neagu, *Tratat de procedură penală partea generală*, Ed. UJ, Bucuresti, 2010
- Francois Quintard Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*
- I.Doltu, *Prezumția de nevinovăție în legislația românească și în unele legislații ale statelor Europei*, în *Dreptul nr.4/1998*
- C. Niculeanu, *Prezumția de nevinovăție, Studiu comparativ asupra unor prezumții în materie penală și în domeniul răspunderii delictuale*, în *Dreptul*, nr.10/1998
- Tulbure Ștefan Adrian, *Prezumția de nevinovăție în Constituția României și în perspectiva modernizării legislației procesuale penale în Dreptul nr.9/1993*
- Tulbure Ștefan Adrian, *Contribuții la integrarea europeană*, Ed. Red, Sibiu, 1996
- Mateut Gheorghiuță, *Prezumția de nevinovăție în lumina Convenției Europene și a reglementărilor procedurale interne*, *Revista Dreptul nr.11/2000*

Surse electronice

- <http://www.talkleft.com/story/2003/01/12/153/23800>
- <http://www.abanet.org/maintenance/home.html>
- http://works.bepress.com/francois_quintard_morenas/1/
- <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-22.htm>
- <http://www.lawteacher.net/Glossary.php#e>
- <http://www.legifrance.gouv.fr>

²¹ Tulbure Ștefan Adrian, *Prezumția de nevinovăție în Constituția României și în perspectiva modernizării legislației procesuale penale în Dreptul nr.9/1993*, p47

OBLIGAREA DE A NU PĂRĂSI ȚARA SAU LOCALITATEA CA MĂSURI PREVENTIVE ÎN PROCESUL PENAL

Cristina MINUȚ*
Bogdan Petru CIOBANU**

Abstract

One of the most debated themes in criminal procedure law today is taking care of individuals' freedom. This is not aleatory if we take into account the generous span granted by the Romanian Constitution by guaranteeing the freedom of expression, as well as the new way of regulating one individual's freedom and safety, in context with the other fundamental rights and liberties of citizens. The new elements in this regulation, like some deficiencies in the legislator's expression, have impulsionated the doctrine into wanting to take care more than ever of the quality of these regulations, as well as the way they are implemented.

It is good to observe also the fact that after the incidents that took place in December 1989, criminal and criminal procedure law have suffered from succesive modifications. Although a lot of these are satisfactory, there still are regulations that, in our opinion, could be perfected, just to put aside any doubts regarding the freedom of individuals and the judiciary control exerted upon its limitation.

Cuvinte cheie: obligarea de a nu părăsi țara, obligarea de a nu părăsi localitatea, obligații ale învinutului sau inculpatului, obligațiile organului judiciar, măsură preventivă.

1. Introducere

Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Protocolul nr. 4, art. II, paragrafele 1 și 2 consacră dreptul la liberă circulație al persoanei aflate în mod legal pe teritoriul unui stat, dreptul să-și aleagă în mod liber reședința și dreptul de a nu părăsi țara¹.

În mod excepțional, ca și în cazul altor drepturi înscrise în Convenție, libertatea de circulație poate fi restrânsă în anumite condiții și numai pentru anumite motive.

Măsurile preventive privind libertatea persoanei sunt reglementate în art. 136-160¹⁰ C.pr.pen. în care sunt definite: scopul acestora, categoriile, durata, organul judiciar care le poate dispune și duce la îndeplinire, încetarea, revocarea, înlocuirea, procedura de urmat în toate aceste situații etc.

Potrivit art. 136 alin. 1 C.pr.pen., măsurile preventive sunt mijloacele de constrângere prevăzute de lege pe care le pot lua organele de urmărire penală, judecătorii și instanțele de judecată, pentru a se asigura buna desfășurare a procesului penal ori pentru a împiedica sustragerea învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei².

Învinuitul sau inculpatul poate încerca, inițial, să ascundă comiterea infracțiunii, să împiedice comiterea infracțiunii, să împiedice dovedirea vinovăției sale etc. El poate încerca să se sustragă de la urmărire și de la judecată pentru a întârzia aplicarea sancțiunii penale. În fine, inculpatul condamnat definitiv poate încerca să se sustragă de la executarea pedepsei, prin ascundere sau plecarea în străinătate.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (cristinaminut@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu", din București; (ciobanu_bogdan89@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

¹ Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Protocoalele sale adiționale au fost ratificate de România prin Legea nr. 30/1994.

² În acest sens, I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 542; G. Theodoru, *Drept procesual penal, Partea generală*, Editura Cugetarea, Iași, 1996, p. 358.

Împotriva încercărilor învinuitului sau inculpatului de a obstrucționa realizarea scopului procesului penal, toate legislațiile moderne pun la îndemâna autorităților judiciare mijloacele de constrângere necesare prin care să le poată preveni. De aici se trage și denumirea de măsuri preventive.

Scopul de prevenire poate fi atins, în cazul unor învinuiți sau inculpați, printr-o atingere minimă adusă libertății lor individuale, cum ar fi obligarea de a nu părăsi localitatea în care locuiește sau țara, fără o învoire specială, de a se prezenta periodic la poliție, de a depune o cauțiune etc. În alte cazuri devine necesară privarea de libertate pe o anumită perioadă de timp sau chiar pe întreaga durată a procesului. De aceea, în reglementarea măsurilor preventive se recomandă instituirea unor măsuri cu grad diferențiat de constrângere a libertății individuale sau a altor drepturi și libertăți, astfel încât să poată fi aleasă, în funcție de fiecare cauză concretă, măsura preventivă care poate asigura scopul urmărit prin cea mai redusă constrângere.

Întrucât măsurile preventive aduc atingere libertății individuale, consfințită ca un drept fundamental al cetățeanului, trebuie instituite garanțiile juridice necesare care să împiedice orice abuz în luarea și menținerea măsurilor preventive. Importante garanții au fost prevăzute în art. 23 al Constituției României din 1991, completate prin revizuirea ei în anul 2003, ceea ce le dă caracter constituțional, neputând fi înlăturate sau restrânse printr-o lege organică sau ordinară. Alte garanții sunt înscrise în art. 5 C.proc.pen., în modificările și completările aduse acestuia prin Legea 32/1990 și apoi prin Legile nr. 281/2003, nr. 256/2006 și nr. 202/2010, precum și prin alte dispoziții ale Codului de procedură penală.

Potrivit Codului de procedură penală, măsurile preventive care pot fi luate față de învinuit sau inculpat sunt: reținerea, obligarea de a nu părăsi țara, obligarea de a nu părăsi localitatea și arestarea preventivă.

În cele ce urmează vom aborda probleme privitoare la două dintre aceste măsuri, și anume: obligarea de a nu părăsi țara și obligarea de a nu părăsi localitatea.

2. Obligarea de a nu părăsi localitatea

Obligarea de a nu părăsi localitatea este o măsură preventivă care constă în îndatorirea impusă învinuitului sau inculpatului de a nu părăsi localitatea în care locuiește fără încuviințarea organului judiciar care a dispus această măsură.

Motivele care impun luarea acestei măsuri sunt următoarele:

a) prevenirea eventualei sustrageri a învinuitului sau inculpatului de la urmărire sau de la judecată, mai ales atunci când starea sănătății, vârsta înaintată a acestuia sau alte împrejurări nu permit luarea măsurii arestării³;

b) facilitarea unui contact lesnicios și rapid cu inculpatul.

Prin localitate în care locuiește învinuitul sau inculpatul se înțelege domiciliul sau reședința acestuia.

Conform art. 25 și art. 26 din Legea nr. 105/1996 privind evidența populației și cartea de identitate domiciliul cetățenilor români este la adresa din localitatea unde aceștia își au locuința statornică, iar reședința este locuința la care cetățenii români locuiesc temporar.

Potrivit art. 145 alin. 1 raportat la art. 143 alin. 1 și art. 136 alin. 1 C.pr.pen., obligarea de a nu părăsi localitatea poate fi dispusă dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- dacă sunt probe sau indicii temeinice că învinuitul a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală; sunt indicii temeinice atunci când, din datele existente în cauză, rezultă presupunerea că persoana față de care se efectuează urmărirea penală a săvârșit fapta;

³ G. Theodoru, L. Moldovan, *Drept procesual penal*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1979, p. 160.

- pentru fapta săvârșită legea să prevadă pedeapsa detențiunii pe viață sau închisoarea; condiția este îndeplinită și în cazul în care legea prevede alternativ pedeapsa închisorii sau amenda.

În ceea ce privește organul competent, obligarea de a nu părăsi localitatea poate fi dispusă:

- de procuror, prin ordonanță, în cursul urmăririi penale;
- de judecător, prin încheiere, în cursul urmăririi penale;
- de instanța de judecată, prin încheiere, în cursul judecății.

Durata măsurii preventive este reglementată diferit, în funcție de faza procesuală în care se dispune.

Astfel, în faza urmăririi penale, durata măsurii nu poate depăși 30 de zile, afară de cazul când ea este prelungită, în condițiile legii.

La expirarea celor 30 de zile măsura încetează de drept (art. 140 C.pr.pen.).

Procurorul poate dispune măsura obligării de a nu părăsi localitatea pe un termen mai scurt.

Termenul celor 30 de zile prevăzut de art. 145 alin. 2 C.pr.pen. este un termen substanțial. Fiind un termen substanțial, durata acestuia se calculează pe unități pline, respectiv pe zile pline, conform art. 188 C.pr.pen. Adică ziua în care începe și cea în care se sfârșește intră în calculul duratei măsurii. Termenul este susceptibil de modificări prin întrerupere ori suspendare.

Pentru a putea să-și exercite drepturile sale procesuale, în conformitate cu art. 275 și urm. C.pr.pen., art. 140¹ sau art. 141 C.pr.pen., învinuitul sau inculpatul trebuie să fie informat asupra luării măsurii obligării de a nu părăsi localitatea în care locuiește: motivele luării măsurii, perioada pentru care a fost luată (art. 6 alin. 2, art. 202 alin. 3 C.pr.pen.).

De asemenea, învinuitului sau inculpatului i se vor aduce la cunoștință obligațiile pe care trebuie să le respecte și consecințele nerespectării acestora.

Prelungirea măsurii, în cursul fazei de urmărire penală se dispune, în caz de necesitate și numai motivat. Prelungirea se dispune de procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, fiecare prelungire neputând să depășească 30 de zile⁴.

Prin prelungirea măsurii, în condițiile legii, se poate ajunge la obligarea învinuitului sau inculpatului de a nu părăsi localitatea pe o durată maximă de un an. În mod excepțional, dacă pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani sau mai mare, durata maximă a obligării de a nu părăsi localitatea este de 2 ani (art. 145 alin. 2 C.pr.pen.)⁵.

Împotriva ordonanței procurorului prin care se dispune prelungirea măsurii obligării de a nu părăsi localitatea, învinuitul sau inculpatul poate face plângere în termen de 3 zile de la luarea măsurii, la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță.

Plângerea se va soluționa în camera de consiliu.

Citarea învinuitului sau inculpatului este obligatorie. Neprezentarea acestuia nu împiedică judecarea plângerii.

Participarea procurorului la judecarea plângerii este obligatorie.

Dosarul va fi înaintat instanței în termen de 24 de ore, iar plângerea se soluționează în termen de 3 zile.

Instanța se pronunță în aceeași zi, prin încheiere. Soluționarea plângerii se poate face fie prin admiterea acesteia – caz în care instanța va dispune revocarea măsurii obligării de a nu părăsi localitatea – sau prin respingerea acesteia.

Plângerea învinuitului sau inculpatului împotriva ordonanței procurorului, prin care s-a dispus luarea măsurii preventive, nu este suspensivă de executare.

⁴ În soluționarea recursului în interesul legii, instanța supremă a statuat că măsura preventivă a obligării de a nu părăsi localitatea, luată în cursul urmăririi penale de judecător, prin aplicarea dispozițiilor art. 146 alin. 1 C. pr.pen., se prelungeste de către procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, în condițiile art. 145 alin. 2 C.pr.pen și, respectiv, art. 145¹ alin. 2 C.pr.pen. (Î.C.C.J., Secțiunile Unite, decizia nr. 11 din 2008, publicată în M. Of. Nr. 840 din 15 decembrie 2008).

⁵ Această dispoziție legală a fost introdusă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 109/2003.

În faza de judecată, având în vedere că legea (art. 145 alin. 2 C.pr.pen.) nu precizează durata decât pentru faza de urmărire penală, obligarea de a nu părăsi localitatea se poate dispune până la soluționarea cauzei, neexistând, deci, o limitare în timp.

Pe durata măsurii obligării de a nu părăsi localitatea, învinuitul sau inculpatul trebuie să respecte următoarele obligații, prevăzute în mod expres în actul procesual de luare a măsurii:

a) să se prezinte la organul de urmărire penală sau, după caz, la instanța de judecată, ori de câte ori este chemat;

b) să se prezinte la organul de poliție desemnat cu supravegherea de organul judiciar care a dispus măsura, conform programului de supraveghere întocmit de organul de poliție sau ori de câte ori este chemat;

c) să nu își schimbe locuința fără încuviințarea organului judiciar care a dispus măsura;

d) să nu dețină, să nu folosească și să nu poarte nici o categorie de arme.

De asemenea, suplimentar, organul judiciar care a dispus măsura poate impune învinuitului sau inculpatului ca pe durata măsurii obligării de a nu părăsi localitatea să respecte una sau mai multe dintre următoarele condiții:

a) să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere⁶;

b) să nu se deplaseze la anumite spectacole sportive ori culturale sau în orice alte locuri stabilite;

c) să nu se apropie de persoana vătămată, membrii familiei acesteia, persoana împreună cu care a comis fapta, martori, experți ori alte persoane, stabilite de organul judiciar, și să nu comunice cu aceasta direct sau indirect⁷;

d) să nu conducă nici un vehicul sau anumite vehicule stabilite;

e) să nu se afle în locuința persoanei vătămate;

f) să nu exercite profesia, meseria sau să nu desfășoare activitatea în exercitarea căreia a săvârșit fapta.

Actele prin care organele judiciare dispun obligarea de a nu părăsi localitatea – ordonanța procurorului, încheierea judecătorului ori a instanței de judecată – în copie, se comunică, în aceeași zi, învinuitului sau inculpatului, secției de poliție în a cărei rază teritorială locuiește acesta, jandarmeriei, poliției comunitare, organelor competente să elibereze pașaportul, organelor de frontieră, precum și altor instituții, în vederea asigurării respectării obligațiilor care îi revin. Organele în drept refuză eliberarea pașaportului sau, după caz, ridică provizoriu pașaportul pe durata măsurii⁸.

Persoana nemulțumită de modul în care autoritatea administrativă a acționat pentru aplicarea art. 14 din Ordonanța nr. 65/1997 poate face contestație la organul ierarhic superior în termen de 15 zile de la comunicare iar ulterior la instanța de contencios-administrativ.

Dacă pe durata obligării de a nu părăsi localitatea au intervenit motive care justifică fie impunerea unor noi obligații, fie înlocuirea sau încetarea celor existente, procurorul sau instanța dispune aceasta prin ordonanță sau încheiere motivată. Dispozițiile alin. 2¹ și alin. 2² se aplică în mod corespunzător.

În caz de încălcare cu rea-credință a măsurii aplicate sau a obligațiilor, măsura obligării de a nu părăsi localitatea va fi înlocuită cu măsura arestării preventive, în condițiile prevăzute de lege. Organul de poliție desemnat de organul judiciar care a dispus măsura verifică periodic respectarea

⁶ Dispozițiile privind obligația de a purta permanent un sistem electronic de supraveghere au intrat în vigoare la 1 iulie 2007.

⁷ S-a stabilit, cu referire la măsura obligării de a nu părăsi țara (decizia având aplicabilitate și în ceea ce privește măsura preventivă a obligării de a nu părăsi localitatea), că procurorul sau judecătorul, în cursul urmăririi penale și instanța de judecată, în cursul judecății, luând măsura obligării de a nu părăsi țara, poate impune învinuitului sau inculpatului ca pe durata acestei măsuri să nu se apropie de denunțator și să nu comunice cu acesta direct sau indirect (I.C.C.J., c 9, dec. nr. 58/2007, conform paginii web a instanței supreme).

⁸ Art. 14 din Ordonanța 65/1997, modificat prin legea nr. 216/1998 precizează că măsura poate fi luată de Direcția de Pașapoarte ori, după caz, de către serviciile teritoriale subordonate.

măsurii și a obligațiilor de către învinuit sau inculpat, iar în cazul în care constată încălcări ale acestora, sesizează de îndată procurorul, în cursul urmăririi penale, sau instanța, în cursul judecății.

Parchetul de la lângă Tribunalul Sibiu a declarat recurs împotriva încheierii penale pronunțate de Tribunalul Sibiu, cerându-se înlăturarea măsurii obligării inculpatului de a nu părăsi localitatea (măsură luată de instanța de fond prin încheierea atacată cu recurs) și, în consecință, să se dispună arestarea preventivă a inculpatului pentru comiterea infracțiunii de omor calificat.

Recursul procurorului a fost declarat nefondat pentru următoarele motive.

Din probele administrate în cauză nu a rezultat că ar exista o legătură de cauzalitate între presupusa activitate infracțională a inculpatului și moartea victimei, pentru aceasta fiind nevoie de o expertiză medico-legală care nu exista la dosar.

Împrejurarea că inculpatul este consumator de alcool, este o persoană violentă și răzbunătoare (dar fără antecedente penale), precum și recunoașterea sa că a aplicat victimei două palme, declarație asupra căreia a revenit ulterior, arătând că la data comiterii faptei se afla la serviciu nu sunt de natură a demonstra cu certitudine că inculpatul este autorul faptei.

S-a constatat, de asemenea, că nici parchetul și nici inculpatul nu au invocat dispozițiile art. 136 alin. 4 C.pr.pen., iar repetarea propunerii de arestare preventivă nu a fost exclusă.

Față de cele de mai sus, s-a constatat că recursul procurorului este nefondat și a fost respins în temeiul art. 385¹⁵ pct. 1 lit. b din Codul de procedură penală⁹.

Adnotarea pe care urmează să o facem nu vizează neapărat discutarea legalității soluției adoptate de instanța de recurs, ci își propune să supună atenției unul din multiplele aspecte reieșite din modificările recente aduse Codului de procedură penală.

Conform art. 136 alin. 4 C.pr.pen. măsura preventivă a obligării de a nu părăsi localitatea se poate lua de procuror în cursul urmăririi penale sau de instanță. În acest fel s-a păstrat esența reglementării anterioare modificării aduse textului prin Legea nr. 281/2003¹⁰, stabilindu-se doar, în mod expres, competența procurorului și a instanței raportat la fazele procesului penal.

Este evident că soluția primei instanțe s-a pronunțat cu depășirea competenței materiale, ori aceasta constituie motivul de casare prevăzut de art. 385⁹ alin. 1 pct. 1 C.pr.pen., fiind aplicabil deopotrivă și motivul de la pct. 17¹ în sensul că hotărârea atacată era contrară legii din moment ce nu s-au respectat dispozițiile imperative privitoare la competența materială.

Legat de aceasta, reține, însă, atenția aspectul inserat în considerentele hotărârii Curții în sensul că parchetul nu a invocat dispozițiile art. 136 alin. 4 C.pr.pen., ceea ce impune două concluzii: prima ar fi în sensul că s-a exercitat o verificare sub toate aspectele legalității și temeiniciei hotărârii primei instanțe și a doua care conduce la ideea că în lipsa invocării exprese a încălcării reglementării anterior menționate, nu era posibilă invocarea acesteia și din oficiu.

O astfel de susținere nu poate fi primită pentru că fiind vorba de o dispoziție relativă la competența după materie, conform art 197 alin. 3 C.pr.pen. ea poate fi invocată în orice stare a procesului și se ia în considerare chiar din oficiu. În același context este de observat și reglementarea din art. 385⁹ alin. 3 C.pr.pen. după care cazurile de casare arătate, adică cele de la alin. 1 pct. 1 și pct 17¹, se iau în considerare întotdeauna din oficiu.

Din punctul nostru de vedere, este mai presus de orice îndoială că instanța de recurs nu ar fi cunoscut aceste prevederi legale și atunci apare ca legitimă întrebarea de ce nu le-a dat eficiența cuvenită?

Credem că pentru a putea fi dat un răspuns, lucrurile trebuie privite într-un context mai larg în sensul că soluția și mai ales motivarea acesteia trebuie corelate cu soluția instanței de fond și deopotrivă cu poziția parchetului care a evitat să pună în discuție un caz de nulitate absolută preferând să facă referire doar la problemele de fond.

⁹ A se vedea Curtea de Apel Alba Iulia, încheierea nr. 145 din 23 decembrie 2003.

¹⁰ Publicată în M. Of. Al României, partea I, nr. 468 din 1 iulie 2003.

Explicația unor asemenea moduri de abordare rezidă probabil din modul diferit cum este reglementat regimul luării unor măsuri preventive în momentul de față.

Așa cum am menționat și mai sus, Codul de procedură penală prevede patru măsuri preventive: reținerea, obligarea de a nu părăsi localitatea, obligarea de a nu părăsi țara și arestarea preventivă.

În contextul analizei de față, este de remarcat faptul că și evoluția reglementării interdicției de a părăsi localitatea a urmat etape identice, până la un moment dat, cu cele ale reglementării arestării preventive. Astfel, prin Legea nr. 32/1990¹¹ s-a introdus, în Codul de procedură penală, art. 140¹ care prevedea posibilitatea plângerii la instanță împotriva arestării preventive și a obligării de a nu părăsi localitatea dispuse de procuror, pentru ca tot prin această reglementare să se limiteze posibilitatea prelungirii arestării de către procuror o singură dată și cu cel mult 30 de zile, următoarele fiind de competența instanței. Ulterior, prin Legea nr. 45/1993¹² prelungirea arestării preventive a rămas exclusiv de competența instanței. Au urmat apoi modificările aduse prin Legea nr. 281/2003 în conformitate cu care procurorul mai putea lua măsura arestării preventive doar pentru o durată de trei zile și, cum arătam anterior, interdicția de a părăsi localitatea fiind lăsată în competența procurorului în timpul urmăririi penale și cea a instanței în cursul judecății. Trebuie însă observat, ca o noutate, că s-a prevăzut posibilitatea prelungirii acesteia din urmă doar de către instanța competentă să judece cauza în fond (art. 145 alin. 2).

Dacă în ceea ce privește arestarea preventivă lucrurile au avut o evoluție normală, Constituția dând-o în cele din urmă în competența judecătorului, sens în care și Codul de procedură penală a fost modificat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 109/2003¹³, interdicția de a părăsi localitatea (ca de altfel și interdicția de a părăsi țara) a rămas cu un statut ambiguu.

Ambiguitatea rezultă din împrejurarea că, pe de o parte, competența de a o dispune este împărțită între procuror și judecător iar, pe de altă parte, că prin multiple modificări s-a avut în vedere tocmai întărirea controlului judecătorului asupra luării, înlocuirii, revocării și prelungirii ei. Spre exemplu art. 139 alin. 8, introdus prin Legea nr. 281/2003, stabilește că măsura arestării preventive poate fi înlocuită, printre altele, cu obligarea de a nu părăsi localitatea, ceea ce este de competența instanței. De asemenea, art. 140² alin. 1, introdus tot prin aceeași lege, instituie posibilitatea plângerii la instanță împotriva ordonanței procurorului prin care s-a luat măsura în timpul urmăririi penale și, în fine, cum am mai arătat, prelungirea în cursul urmăririi penale care, conform art. 154 alin. 2, este stabilită tot în sarcina instanței.

Astfel, apare ca fiind de înțeles reticența instanței de recurs de a da eficiență unor reglementări, cel puțin necorelate dacă nu chiar contradictorii și care denotă că legiuitorul este într-o căutare permanentă pentru ieșirea din impasul pe care el însuși l-a creat.

3. Obligarea de a nu părăsi țara

Ca măsură preventivă, obligarea de a nu părăsi țara a fost introdusă în legislația procesual penală prin Legea nr. 281 din 2003¹⁴, reprezentând o instituție a cărei necesitate a fost remarcată anterior procesului legislativ în literatura de specialitate¹⁵.

Măsura prevăzută în art. 145¹ se deosebește de cea prevăzută în art. 145 C.pr.pen., care presupune interdicția părăsirii localității în care locuiește învinuitul sau inculpatul.

¹¹ Legea nr. 32/1990 a fost publicată în M. Of., partea I, din 17 iulie 2000.

¹² Legea nr. 45/1993 a fost publicată în M. Of., partea I, 147 din 1 iulie 1993.

¹³ Publicată în M. Of., partea I, nr. 748 din 26 octombrie 2003.

¹⁴ Publicată în M. Of. Nr. 468/2003.

¹⁵ I. Neagu, *Drept procesual penal. Tratat*, Editura Global Lex, București, 2002, p. 427.

Obligarea de a nu părăsi țara este o măsură autonomă, de sine stătătoare, ce poate fi luată independent de celelalte măsuri preventive. În condițiile art. 139 alin. 1, ea poate înlocui o altă măsură preventivă.

Din analiza art. 145¹ C.pr.pen., rezultă că obligarea de a nu părăsi țara reprezintă a măsură preventivă care constă în îndatorirea impusă învinutului sau inculpatului de a nu părăsi țara fără încuviințarea organului judiciar care a dispus această măsură.

În ceea ce privește organul competent, obligarea de a nu părăsi țara poate fi dispusă:

- a) de procuror, prin ordonanță, în cursul urmăririi penale;
- b) de judecător, prin încheiere, în cursul urmăririi penale;
- c) de instanța de judecată, prin încheiere, în cursul judecății.

Pentru a se asigura respectarea acestei măsuri, copia ordonanței procurorului sau, după caz, a încheierii instanței, rămasă definitivă, se comunică, în aceeași zi, învinutului sau inculpatului, secției de poliție în a cărei rază teritorială locuiește acesta, jandarmeriei, poliției comunitare, organelor competente să elibereze pașaportul, organelor de frontieră, precum și altor instituții, în vederea asigurării respectării obligațiilor ce îi revin celui față de care a fost luată măsura de prevenție.

Organele în drept, refuză eliberarea pașaportului sau, după caz, ridică provizoriu pașaportul pe durata măsurii.

Procedura luării acestei măsuri, durata și căile de atac sunt cele menționate în art. 145 C.pr.pen. pentru obligarea de a nu părăsi localitatea.

În privința cetățenilor străini trebuie avute în vedere prevederile O.U.G. nr. 149/2002 privind regimul străinilor în România, aprobată prin Legea nr. 357/2003¹⁶.

Potrivit art. 15 alin. 1 lit. a din O.U.G. nr. 194/2002, învinutului sau inculpatului cetățean străin nu i se permite ieșirea din țară în cazul în care magistratul a dispus luarea măsurii obligării de a nu părăsi țara.

Măsura interdicției ieșirii din țară se dispune la cererea organului judiciar prin instituirea consemnului nominal în sistemul de evidență a traficului la frontiera de stat de către Inspectoratul General al Poliției de Frontieră și prin aplicarea în documentele de trecere a frontierei a ștampilei cu simbolul „C” de către Autoritatea pentru străini și formațiunile teritoriale.

Dacă măsura a fost revocată sau se adoptă o soluție de netrimitere în judecată în cursul urmăririi penale, sau o soluție de achitare ori de încetare a procesului penal în cursul judecății, măsura interzicerii ieșirii din țară încetează.

Cu toate că textele menționate lasă să se înțeleagă că, în cursul procesului penal, organul judiciar care a luat măsura obligării de a nu părăsi țara poate aproba părăsirea țării de către învinut sau inculpat, legea nu prevede procedura aplicabilă.

Se pot întâlni următoarele situații:

- în cazul în care dosarul se află în curs de urmărire penală, considerăm că organul judiciar care va încuviința părăsirea țării este procurorul; în cazul în care dosarul se află în curs de judecată, apar două ipoteze:

- cererea de încuviințare a părăsirii țării este formulată în ședința de judecată la unul din termene; într-o astfel de ipoteză, conform art. 302 C.pr.pen., instanța va pune cererea în discuție și se va pronunța prin încheiere motivată;

- cererea, justificată de apariția unor împrejurări urgente (evenimente în familie, probleme de muncă, de sănătate etc.) este formulată între termenele de judecată; în această ipoteză considerăm că instanța se poate pronunța asupra cererii în camera de consiliu.

Față de cerințele principiului simetriei actelor juridice, după părerea noastră încuviințarea părăsirii țării se dispune de procuror prin ordonanță motivată, iar de instanță prin încheiere motivată.

Învinutul sau inculpatul trebuie să primească din partea procurorului ori din partea instanței o comunicare prin care se atestă încuviințarea părăsirii țării și perioada pentru care a fost acordată.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 955/2002, respectiv M. Of. nr. 537/2003.

Prin ordonanța nr. 25/P/2004 din 12 februarie 2004, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Suceava a luat măsura obligării de a nu părăsi țara, prevăzută de art. 145¹ C.pr.pen. (față de un învinuit ucrainean suspect de săvârșirea infracțiunii de trafic de persoane).

Plângerea făcută de învinuit a fost respinsă, ca tardivă, prin încheierea nr. 41 din 26 februarie 2004 a Tribunalului Suceava – secția penală, iar recursul a fost respins, ca nefondat, prin decizia penală 158 din 1 martie 2004 a Curții de Apel Suceava – secția penală.

Speța aduce în discuție câteva chestiuni de drept care merită să fie comentate.

În primul rând, s-a susținut că măsura obligării de a nu părăsi țara nu poate fi luată decât împotriva cetățenilor români suspecti de a fi săvârșit vreă infracțiune pe teritoriul României.

Susținerea nu are temei legal, întrucât dispozițiile art. 145¹ C.pr.pen., ca și întreg titlul IV referitor la măsurile preventive și alte măsuri procesuale nu fac distincție între cetățenii străini și cei români, iar art. 3 C.pen. prevede că legea penală (inclusiv cea procesuală) se aplică infracțiunilor săvârșite pe teritoriul României.

Principiul teritorialității legii penale se referă doar la infracțiuni, nu și la infractori. De aici, trebuie să concluzionăm că oricine săvârșește o infracțiune pe teritoriul României trebuie să se supună dispozițiilor legii penale și procesual penale române.

Învinuitul a invocat apoi că lui nu i s-a comunicat o copie tradusă a ordonanței și nici nu i s-a făcut cunoscut termenul în care poate face plângerea.

Sub aceste aspecte, trebuie să acceptăm că reglementarea este deficitară.

Dacă potrivit art. 278 alin. 3 C.pr.pen. împotriva rezoluției procurorului de neîncepere a urmăririi penale, de scoatere de sub urmărire penală sau de încetare a urmăririi penale, plângerea se face în 20 de zile de la înștiințarea persoanei interesate, dacă dispozițiile art. 278¹ C.pr.pen. prevăd că plângerea la instanță poate fi făcută în termen de 20 de zile de la data comunicării de către procuror a modului de rezolvare potrivit art. 277 și art. 278 C.pr.pen., dacă împotriva încheierii pronunțate în cursul urmăririi penale privind arestarea preventivă se poate face recurs în 24 de ore de la pronunțare sau de la comunicare, după caz, este de neînțeles de ce art. 140² alin. 1 C.pr.pen., prevede că împotriva ordonanței prin care se dispune luarea măsurii de a nu părăsi țara sau de a nu părăsi localitatea se poate face plângere în termen de 3 zile de la luarea măsurii (și nu de la înștiințare, de la pronunțare când este prezent sau de la comunicare când nu este prezent).

De altfel, nici un text nu obligă pe procuror (deși ar trebui să o facă) să încunoștințe pe cel interesat de măsura luată și de termenul în care poate face plângere, sau să-i comunice acestea, atunci când persoana nu este prezentă.

Singura obligație a procurorului și a instanței este aceea de a comunica ordonanța sau încheierea, după ce au rămas definitive (când este prea târziu pentru a exercita calea de atac), învinuitului sau inculpatului, secției de poliție în a cărei rază teritorială locuiește acesta, organelor competente să elibereze pașaportul, precum și organelor de frontieră (art. 145¹ alin. 3 C.pr.pen.). În sfârșit, este de discutat dacă împotriva încheierii prin care s-a respins plângerea, învinuitul avea deschisă calea de atac a recursului.

În ceea ce ne privește, suntem de părere că o asemenea cale de atac este inadmisibilă.

Art. 140² C.pr.pen. reglementează modul de soluționare a plângerii făcute împotriva ordonanței procurorului privind măsurile preventive prevăzute în art. 136 lit. b și c – respectiv obligarea de a nu părăsi localitatea și obligarea de a nu părăsi țara.

În alineatul final, textul impune că după soluționarea plângerii de către instanța competentă, dosarul să fie restituit procurorului în termen de 24 de ore.

În continuare, procedura nu cuprinde nici un text care să prevadă o cale de atac împotriva încheierii prin care s-a soluționat plângerea.

Calea de atac a recursului poate fi exercitată doar atunci când în cursul urmăririi penale, instanța a prelungit durata măsurii de a nu părăsi țara sau a măsurii de a nu părăsi localitatea, în condițiile art. 145 alin. 2 raportat la art. 145¹ alin. 2 și art. 159 alin. 8 C.pr.pen.

Prin urmare, în speță, recursul trebuia să fie respins ca inadmisibil¹⁷, în temeiul art. 385¹⁵ pct. 1 lit. a C.pr.pen.

Concluzii

Ca rezultat al cercetării problemelor măsurilor preventive de a nu părăsi țara sau de a nu părăsi localitatea, care au devenit deosebit de actuale în condițiile democratizării și renovării sociale a României, au fost obținute următoarele concluzii:

1. Măsurile preventive sunt măsuri procesuale, caracterizându-se printr-un mod concret de aplicare, temeuri precise de inițiere și grad diferențiat de constrângere.

2. Din punct de vedere al naturii măsurilor preventive în dreptul procesual penal român, obligarea de a nu părăsi localitatea și obligarea de a nu părăsi țara sunt măsuri preventive neprivative (restrictive) de libertate.

3. Potrivit Protocolului nr. 4, art. II, paragraful 3 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, libertatea de circulație a unei persoane poate fi limitată numai prin lege și numai dacă constituie o măsură necesară, într-o societate democratică, pentru securitatea națională, siguranța publică, menținerea ordinii publice, prevenirea faptelor penale, protecția sănătății sau a moralei ori pentru protejarea drepturilor și libertăților altora.

4. Constituția României, în art. 25, recunoaște și garantează cetățenilor dreptul la liberă circulație în deplinătatea elementelor sale constitutive. În spiritul prevederilor Convenției, reglementarea constituțională asigură cetățenilor libera circulație pe teritoriul României și în afara teritoriului și libertatea alegerii reședinței sau domiciliului.

Studiul efectuat pe marginea problemei ne permite să venim cu următoarele propuneri:

În cadrul dispozițiilor generale cuprinse în art. 136 C.pr.pen. ar trebui să se menționeze caracterul provizoriu și de excepție al acestor măsuri, pentru a se sublinia că libertatea fizică a individului este starea sa naturală, care ar putea fi restrânsă numai în mod excepțional și în cazuri strict limitate.

Din moment ce Constituția a lăsat în competența exclusiv a judecătorului, dintre toate măsurile preventive, doar arestarea, celelalte pot fi luate și de alte organe judiciare. O asemenea interpretare nu poate fi respinsă de plano pentru că ar fi lipsit de orice sens ca, de exemplu, reținerea să fie dispusă de judecător, necesitatea ei reieșind din primele constatări și cercetări care aparțin organelor de urmărire penală. Credem însă că, atunci când este vorba de măsuri care privesc o durată mai mare de timp, indiferent că afectează libertatea în sensul propriu al termenului sau chiar numai libertatea de mișcare, se impune de lege ferenda ca să poată fi luate numai de judecător, magistrat imparțial și independent, măsuri care ar fi în deplin acord cu prevederile art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și cu cele ale art. 2 din Protocolul nr. 4 la Convenție.

Referințe bibliografice

- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea Generală*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2010;
- Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010;
- Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București 2008;
- Ion Neagu, *Drept procesual penal. Tratat*, Editura Global Lex, București, 2002;
- Grigore Theodoru, *Drept procesual penal, Partea generală*, Editura Cugetarea, Iași, 1996;
- Grigore Theodoru, Lucia Moldovan, *Drept procesual penal*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1979;

¹⁷ A se vedea Decizia penală nr. 158 din 1 martie 2004.

- Constantin Butiuc, *Obligația inculpatului de a nu părăsi localitatea. Organul competent a lua această măsură preventivă. Neinvocarea de către procuror a prevederilor art. 136 alin. 4 din Codul de procedură penală, notă la C. Apel Alba Iulia, încheierea nr. 145/2003*, Revista Dreptul nr. 7/2004;
- Alexandru Țuculeanu, *Obligarea de a nu părăsi țara*, Revista de Drept Penal nr. 4/2004;
- Alexandru Țuculeanu, *Obligarea de a nu părăsi localitatea*, Revista Dreptul nr. 10/2001;
- Alexandru Țuculescu, *Restrângerea dreptului la liberă circulație*, Revista de Drept Penal nr. 3/1999;
- Ion Gh. Gorgăneanu, *Reglementarea măsurilor preventive*, Revista de Drept Penal nr. 4/1997;
- Site-ul Înaltei Curți de Casație și Justiție;
- Codul de procedură penală, Editura Hamangiu, București 2010;
- Codul penal, Editura Hamangiu, București 2010.

PSIHOLOGIA INTEROGATORIULUI

Teodora LUCA*

Abstract

Given the fact that most of offenses are committed into clandestinity, the discovery and administration of evidence requires a highly skilled work and professional skill adapted to the particularities of each case.

The investigator, under questioning, examines the expressive behavior, especially the accused or defendant mimics as an obvious reality, as a tonality of traits and characteristics dynamic-functional that highlight conditions, feelings and moods whose correct interpretation is an absolute necessity.

Listening tactics of the accused or defendant includes legal means and methods used in listening activity, in order to obtain complete and truthful statements that will contribute on finding the truth and clarify all aspects of the case.

Therefore, through this study, I intend to highlight the importance that an interrogation has during the criminal conduct, importance underlined by the obligation that legal authority have on listening the accused or defendant and especially that of finding the truth.

Cuvinte cheie: interogatoriu, învinuit sau inculpat, organe judiciare, proces penal, probă

1. Introducere

Din perspectivă psihologică, urmărirea penală – dar și cercetarea judecătorească – este o sumă de relații interpersonale ale unui subiect constant, reprezentantul organului de urmărire penală și ceilalți participanți, părți sau subiecți ai procesului.

Conform art. 200 C.pr.pen. „urmărirea penală are ca obiect strângerea probelor necesare cu privire la existența infracțiunilor, la identificarea făptuitorilor și la stabilirea răspunderii acestora pentru a se constata dacă este sau nu cazul să se dispună trimiterea în judecată”.

Art. 202 C.pr.pen. arată că organul de urmărire penală este obligat să strângă probele necesare pentru aflarea adevărului și pentru lămurirea cauzei sub toate aspectele în vederea justei soluționări a acesteia. În ajutorul acestei afirmații vin art. 262 alin. 1 și art. 265 C.pr.pen care stipulează necesitatea ca urmărirea penală să fie completă. Pe lângă toate acestea organele judiciare pot lua măsuri de constrângere cu caracter personal sau real (cele cu caracter personal fiind obligatorii în cazul în care legea prevede acest lucru) și măsuri de ocrotire în caz de reținere sau de arestare preventivă, acestea având tot caracter obligatoriu.

În cele ce urmează doresc să analizez elementele importante privitoare la interogatoriu, declarațiile învinuitului sau inculpatului, procedura de obținere a declarațiilor învinuitului sau inculpatului, valoarea probatorie a declarațiilor învinuitului sau inculpatului, acestea constituind primii pași în investigarea unei infracțiuni și totodată organele de cercetarea penală se află mai aproape de adevăr, putând să tragă la răspundere pe cel vinovat.

2. Interogatoriul – definiție

Una din modalitățile de abordare a persoanei de-a lungul procesului penal este indubitabil ascultarea¹: „desfășurarea procesului penal atât în cursul urmăririi penale cât și al judecății este de

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti; (lucateodoraraluca@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. drd. Mircea Damaschin;

¹ Ascultarea reprezintă actul procedural prin care anumite persoane, învinuitul sau inculpatul, celelalte părți, martorii, cu privire la care există o presupunere că dețin informații în legătură cu infracțiunea sau făptuitorul acesteia, sunt chemate să dea relații sau explicații în fața organelor judiciare penale.

neconceput fără ascultarea celui în jurul căruia se va concretiza întreaga activitate a organelor judiciare și a părților, purtătorul celor mai ample și utile informații – învinuitul sau inculpatul”.

Alături de termenul de ascultare se utilizează și termenul de audiere, fără a mai vorbi de consacrată anchetă judiciară, iar atunci când această activitate îl are în vedere pe învinuit sau inculpat este denumită interogatoriu².

Interogatoriul este definit ca fiind contactul interpersonal verbal, relativ tensionat emoțional, desfășurat sistematic și organizat științific, pe care îl poartă reprezentantul organului de stat cu persoana bănuită în scopul culegerii de date și informații despre o faptă infracțională în vederea prelucrării și lămurii împrejurărilor în care s-a comis fapta, a identifica făptuitorii și în funcție de adevăr a stabili răspunderile.

3. Caracteristicile interogatoriului

Imaginea poziției psihologice a reprezentantului autorității publice în interogatoriu nu va putea fi recepționată și înțeleasă corect, nici dimensiunea reală a responsabilității sale sociale, inclusiv sensul profesional, dacă se ignoră complexitatea fenomenului de criminalitate și dificultățile cauzelor complexe pline de hățișuri cu care acesta se confruntă, fără a mai lua în calcul riscurile și amenințările cărora adesea trebuie să le facă față.

Practica judiciară a impus evidențierea câtorva caracteristici distincte proprii interogatoriului judiciar: opozabilitatea intereselor; inegalitatea statutului; tensiunea comportamentului expresiv; demersul neuniform, contradictoriu, în „zig-zag”; intimitatea, stresul și riscul.

Opozabilitatea intereselor. Anchetatorul este motivat de standardele sale profesionale, aflarea adevărului cu privire la făptuitor și faptă, elucidarea comiterii faptei sub toate aspectele; pe când infracțorul este motivat de diminuarea responsabilității sale în cauză; pe unul îl animă prestigiul profesional, pe celălalt miza apărării cu orice preț a libertății sale.

Inegalitatea statutului. Inculpatul sau învinuitul apare în poziția celui ce a săvârșit infrațiunea, în poziția celui ce a nesocotit legea, iar în cazul confirmării învinuirii ce i se aduce, urmează să suporte consecințele faptei comise; organul judiciar ocupă o poziție opusă, el este investit cu autoritatea de stat, cu prerogative proprii funcției pe care o exercită în vederea tragerii la răspundere penală a învinuitului sau inculpatului.

Tensiunea comportamentului expresiv. Atitudinea învinuitului sau inculpatului în interogatoriu este una voluntară, în care persoana, autoare a infracțiunii, își dirijează comportarea în mod conștient, ținând seama de situația reală prezentă și prevăzând și urmările actelor sale. Există în jur de patru categorii de manifestări în timpul interacțiunii dintre anchetator și anchetat, care reprezintă elemente accesibile unei observări psihologice în timpul interogării:

- anumite trăsături de comportament care apar din prima clipă de când învinuitul sau inculpatul este introdus în cabinet (motricitate, timpul de reacție, disconfort psihic etc.);
- expresiile emoționale care se pot urmări fie prin libera lor manifestare, fie prin modul discret de inhibare a lor (modificări de paloare, spasm glotic etc.);
- gândirea învinuitul sau inculpatului este și ea obiectul observării, dar și parte în raționamentul logic sau mai puțin logic privind faptele expuse sau în contradicții mai mari sau mai mici care compun relatarea faptelor (raționamente și judecăți, argumentație logică sau afectivă etc.);
- atitudinea socială a învinuitului sau inculpatului care se reflectă în comportamentul pe care îl are față de anchetator sau în modul în care răspunde la avansurile, serviciile pe care organul judiciar i le oferă în timpul interogatoriului.

² Conform „Dicționarului limbii române moderne”, termenul de interogatoriu desemnează „totalitatea întrebărilor adresate de organul judiciar persoanelor care sunt ascultate în procesul penal cu privire la faptele ce formează obiectivul procesului și a răspunsurilor date de acesta”.

Demersul neuniform, contradictoriu în „zig-zag”. Practica judiciară demonstrează că infractorii, în special cei ocazionali, chiar dacă nu imediat, ajung să mărturisească din ce în ce mai mult din fapta comisă, iar în final, în funcție de abilitatea anchetatorului ajung la mărturisirii totale. De cele mai multe ori infractorul merge în „zig-zag”, recunoscând o parte la început, negând apoi cu înverșunare, revenind câteodată asupra celor declarate, pentru ca în cele din urmă să facă mărturisirea finală, dar și aceea de foarte multe ori incompletă. Aceste atitudini sunt expresia unor poziții tactice ale infractorului ce nu sunt determinate numai de gradul de vinovăție a lui, ci și de poziția relativă pe care o are față de anchetator.

Intimitatea, stresul și riscul sunt specifice derulării interogatoriului. Mărturisirea nu este o chestiune exclusiv tehnică, ci concomitent psihologică. În cabinetul de interogare nu trebuie să pătrundă alte persoane, camerele trebuie izolate fonic, să aibe luminozitate și confort minim.

Nu o dată învinuitul trebuie să treacă peste sentimentul de rușine, peste starea de teamă, știut fiind că este extrem de greu să fie mărturisite fapte reprobabile: viol, incest, crimă etc., în prezența unor persoane, altele decât anchetatorul. În același timp mărturisirea nu este posibilă decât odată cu câștigarea încrederii, cu trăirea sentimentului de înțelegere, cel puțin umană, a dramei judiciare pe care învinuitul o trăiește.

4. Strategii de interogare a învinuitului sau inculpatului

Cunoașterea împrejurărilor în care a fost săvârșită infracțiunea și stabilirea corectă a datelor privind persoana învinuitului (inculpatului) folosesc anchetatorului la stabilirea procedurilor tactice de efectuare a ascultării.

Tactica ascultării învinuitului (inculpatului) cuprinde metode și mijloace legale folosite în activitatea de ascultare, în scopul obținerii unor declarații complete și veridice, care să contribuie la aflarea adevărului și clarificarea tuturor aspectelor cauzei.

Procedurile tactice de ascultare a învinuitului, cunoscute în practica autorităților judiciare sunt

a. Strategii de interogare vizând folosirea întrebărilor de detaliu. Întrebările de această natură se folosesc pentru a obține de la învinuit amănunte referitoare la diferitele împrejurări ale faptei săvârșite, care să permită verificarea explicațiilor. Scopul utilizării acestor întrebări este de a demonstra bănuțului netemeinicia susținerilor sale și de a-l determina să renunțe la negarea faptelor săvârșite.

b. Strategii de interogare repetată. Acest procedeu constă în reaudieri ale învinuitului cu privire la aceleași fapte, împrejurări, amănunte, la intervale diferite de timp. Între diversele declarații ale învinuitului vor apare, inevitabil, contradicții, nepotriviri, cu toate încercările de a reproduce cele relatate anterior, pentru că detaliile nu vor putea fi puse la punct, nu vor putea fi repetate, cu toate pregătirile făcute în acest sens de către acesta, demonstrându-i-se astfel, netemeinicia afirmațiilor pe care le-a făcut anterior și putând fi determinant să recunoască adevărul.

c. Strategii de interogare sistematică. Acest procedeu se folosește atât în cazul învinuitului sincer, pentru a-l ajuta să lămurească complet toată problematica cauzei, mai ales în cauzele complexe, cât și al celor nesinceri pentru că îi obligă să dea explicații logice și cronologice la toate aspectele privind învinuirea.

În cadrul acestui procedeu, prin intermediul întrebărilor problemă, învinuitului i se solicită să clarifice sistematic cum a conceput și pregătit infracțiunea, persoanele participante și modul în care a acționat fiecare.

d. Strategii de interogare încrucișată. Scopul acestui procedeu este de a înfrânge sistemul de apărare al învinuitului nesincer, care se situează pe poziția negării totale a faptelor săvârșite. Este un procedeu ofensiv și constă în ascultarea aceluiași învinuit de către doi ori mai mulți anchetatori ce s-au pregătit în mod special în acest scop și cunosc problemele cauzei în care se face ascultarea.

e. Strategii de interogare vizând tactica complexului de vinovăție. Acest procedeu constă în adresarea alternativă a unor întrebări care conțin cuvinte afectogene (critice) privitoare la faptă și la rezultatele ei și a unor întrebări ce nu au legătură directă cu cauza. Pentru realizarea scopului – obținerea unor declarații sincere – trebuie observate atent reacțiile învinuitului la diverse întrebări ce i se adresează, întrucât reușita procedurii nu depinde numai de răspunsurile celui ascultat, ci și de observarea și aprecierea acestuia.

f. Strategii de interogare vizând folosirea probelor de vinovăție. Procedeu se folosește în ascultarea învinuitului nesincer, care încearcă să denatureze adevărul, să îngreuneze cercetările, mai ales dacă este recidivist, ce, de regulă, recunoaște faptele numai în măsura în care este convins despre existența și temeinicia probelor administrate împotriva sa.

Obținerea de rezultate bune prin folosirea acestui procedeu este asigurată de respectarea unor cerințe, printre care:

- cunoașterea temeinică de către anchetator a tuturor probelor din dosar, a legăturii ce există între acestea și activitatea ilicită desfășurată de către învinuit;
- cunoașterea valorii fiecărei probe din dosar;
- stabilirea celui mai indicat moment pentru folosirea probelor de vinovăție și a ordinii în care acestea vor fi prezentate;
- stabilirea judicioasă a întrebărilor ce vor însoți prezentarea probelor.

g. Strategia interogării unui învinuit sau inculpat despre activitatea celorlalți participanți la săvârșirea infracțiunii. Procedeu se aplică atunci când în cauză există mai mulți învinuiți (inculpați) participanți la săvârșirea aceleiași infracțiuni. Cunoașterea învinuirilor inculpaților implicați în cauză permite anchetatorului să găsească veriga cea mai slabă în rândul participanților și cu aceasta să înceapă ascultarea. Se solicită celui ascultat să declare ceea ce cunoaște despre activitatea celorlalți participanți la infracțiune, lăsându-i impresia că persoana sa interesează mai puțin organul de urmărire penală. În acest mod învinuitul poate prezenta date valoroase în legătură cu infracțiunea săvârșită, date pe care ulterior, va trebui să le explice, iar apoi să facă declarații despre propria activitate.

h. Strategia interogării vizând spargerea alibiului³ sau justificarea timpului critic. Timpul critic reprezintă suma duratei activităților ce au precedat săvârșirea infracțiunii a acțiunilor ce caracterizează săvârșirea infracțiunii și perioada imediat post-infracțională. Acest procedeu se folosește, de regulă, atunci când bănuitul refuză să facă declarații. Cunoscându-se activitatea bănuitulului i se va solicita să declare locul unde s-a aflat, cu cine a luat legătura, ce a întreprins înainte, în timpul și după săvârșirea infracțiunii.

i. Strategii vizând interogatoriul psihanalitic. Interogatoriul psihanalitic este interogatoriul viitorului, este inofensiv, curat, respectă „integral demnitatea, drepturile și libertățile cetățeanului din perspectiva prezumției de nevinovăție, este un joc al inteligenței prilejuit preponderent de o simplă discuție asupra cazului și care dă posibilitatea individului de a se apăra cu toate mijloacele - cele legale sau ilegale.”

5. Declarațiile învinuitului sau ale inculpatului

În vederea obținerii și punerii în valoare a probelor sunt necesare activități sau operațiuni legale pentru descoperirea lor; mijloacele de probă reprezintă tocmai acea categorie juridică care desemnează căile sau operațiunile prin care, în temeiul legii, se descoperă și se pune în valoare

³ Definim alibiul ca pe „un construct mental (strategie) cognitive-demonstrativă, parțial acoperită faptic, prin care persoana bănuită caută: în timp – să rămână cât mai aproape de timpul comiterii faptei; în spațiu – să se plaseze cât mai departe de locul comiterii faptei; să-și facă simțită prezența.

conținutul probelor. Mijloacele de dovadă apar în procesul penal ca veritabile instrumente prin intermediul cărora, în ultimă analiză, se relevă informația sau crâmpeii de informație – certă sau îndoielnică, principală sau secundară – pe care fiecare probă o conține cu privire la existența sau inexistența infracțiunii, la contribuția de autor, instigator sau complice a făptuitorului, la vinovăția acestuia sau a lipsei de vinovăție etc. Mijloacele de probă sunt așadar mijloace de investigație sau de descoperire a probelor, de administrare a dovezilor în procesul penal.

Potrivit art. 64 C. pr.pen. sunt mijloace de probă declarațiile învinutului sau ale inculpatului, declarațiile părții vătămate, ale părții civile și ale părții responsabile civilmente, declarațiile martorilor, înscrisurile, mijloacele materiale de probă, constatările tehnico-științifice, cele medico-legale și expertizele.

Declarațiile învinutului sau inculpatului constituie mijloc de probă cu o semnificație aparte deoarece, de regulă, învinutul sau inculpatul este persoana care cunoaște cel mai bine împrejurările în care a fost săvârșită fapta, are cunoștință despre mobilul faptei, despre mijloacele folosite etc. Din această perspectivă declarațiile sale prezintă o mare însemnătate în aflarea adevărului.

În funcție de momentul în care declarația a fost făcută, declarațiile învinutului sau ale inculpatului au fost clasificate în extrajudiciare și judiciare.

Declarația extrajudiciară este cea făcută în afara procesului penal, caz în care conținutul ei ajunge la cunoștința organului judiciar prin alte mijloace de probă – de exemplu, o scrisoare, declarația unui martor căruia învinutul sau inculpatul i s-a confesat, sau înscrisul în care s-a consemnat declarația dată de învinuit sau inculpat în cadrul unei anchete administrative.

Declarația este judiciară atunci când este făcută în cadrul procesului penal, în fața organelor judiciare, cu respectarea procedurii legale, constituind prin ea însăși mijloc de probă.

Declarațiile judiciare ale învinutului sau ale inculpatului prin care recunoaște săvârșirea infracțiunii de care este învinuit constituie un important mijloc de probă în procesul penal, deoarece relatările sincere, fidele și complete ale celui care a săvârșit infracțiunea cu privire la împrejurările care au precedat, au însoțit și au urmat comiterii faptei sunt de natură să reconstituie în amănunt și precis tot ceea ce este necesar pentru soluționarea cauzei în conformitate cu adevărul și legea. Aceste declarații pot fi folositoare și atunci când învinutul sau inculpatul nu recunoaște săvârșirea faptei; dacă nu a participat la săvârșirea infracțiunii, relatările sale pot conduce la constatarea nevinovăției, chiar dacă există probe care susțin vinovăția; dacă este autorul faptei pe care nu vrea să o recunoască, verificarea relatărilor sale și constatarea că sunt inexacte pot demasca reaua sa credință, întărind probele care susțin învinuirea.

În raport de funcționalitatea lor, declarațiile învinutului sau inculpatului au fost analizate ca fiind:

- mijloace de probă cu valențe informative necesare aflării adevărului;
- modalități de exercitare a dreptului la apărare al învinutului sau inculpatului, acesta făcându-și apărărilor și indicând probele în apărare prin declarațiile date în fața organelor judiciare.

În considerarea acestor aspecte, pe întreg parcursul procesului penal există obligația pentru organele judiciare de a proceda la ascultarea învinutului ori inculpatului în momente care prezintă deosebită importanță pentru soluționarea cauzei. Astfel, în faza de urmărire penală, învinutul este ascultat atât la începutul urmăririi cât și la terminarea cercetării penale. În ipoteza în care învinutul devine inculpat prin punerea în mișcare a acțiunii penale va fi ascultat în mod obligatoriu. De asemenea, ascultarea este obligatorie înainte de a se dispune arestarea preventivă, fie că cel față de care se ia măsura este învinuit, fie că este inculpat⁴. Nu în cele din urmă, la momentul prezentării materialului de urmărire penală, ascultarea inculpatului este obligatorie.

În timp ce organele judiciare au sarcina de a-l asculta pe învinuit sau inculpat, acesta nu poate fi obligat să dea declarații, darea declarațiilor reprezentând un drept al său și nu o obligație.

⁴ CCR, Decizia nr. 112 din 14 iulie 1998, publicată în M. Of. nr. 286 din 4 august 1998.

6. Procedura de obținere a declarațiilor învinuitului și inculpatului

Declarațiile învinuitului sau inculpatului sunt obținute prin trei procedee probatorii: 1) prezentarea unei declarații scrise personal cu privire la învinuirea care i se aduce; 2) ascultarea sa și 3) confruntarea cu alte persoane.

Procedura de obținere a declarațiilor învinuitului sau ale inculpatului cuprinde un complex de reguli de ordin procesual și de ordin tactic.

Regulile de ordin sunt comune atât organului de urmărire penală, cât și instanței de judecată – reguli generale – dar pot fi destinate numai unuia dintre aceștia – specifice.

Ascultarea învinuitului sau inculpatului cuprinde două etape.

În cadrul primei etape se procedează la cunoașterea datelor personale ale învinuitului sau inculpatului. Astfel, înainte de a fi ascultat, învinuitul sau inculpatul este întrebat cu privire la nume, prenume, poreclă, data și locul nașterii, numele și prenumele părinților, cetățenie, studii, situația militară, loc de muncă, ocupație, adresa la care locuiește efectiv, antecedente penale și alte date pentru stabilirea situației sale personale. Apoi, învinuitului sau inculpatului i se aduce la cunoștință fapta care formează obiectul cauzei, dreptul de a avea un apărător precum și dreptul de a nu face nicio declarație, atrăgându-i-se totodată atenția că ceea ce declară poate fi folosit și împotriva sa. Dacă învinuitul sau inculpatul dă o declarație i se pune în vedere să declare tot ce știe cu privire la fapta și la învinuirea ce i se aduce în legătură cu aceasta.⁵

Organul judiciar trebuie să-i aducă la cunoștință învinuitului sau inculpatului și încadrarea juridică și trebuie să-i asigure posibilitatea pregătirii și exercitării apărării.

Spre deosebire de martor, învinuitul sau inculpatul nu poate fi supus jurământului.

A doua etapă este consacrată ascultării propriu-zise. Învinuitul sau inculpatul este lăsat mai întâi să declare tot ce știe în cauză. Declarația lui este o expunere liberă asupra împrejurărilor în care s-a săvârșit fapta, învinuitul sau inculpatul nefiind întrerupt decât dacă se îndepărtează în mod vădit de la subiect și numai pentru a i se atrage atenția să revină la acesta. Rațiunea procedurii relatării libere constă în aceea că aceasta implică, într-un anumit fel, spontaneitate, nedisimulare, caracter care ar dispărea dacă s-ar permite apelarea la declarații anterioare.

Dacă în timpul ascultării învinuitului sau inculpatului, acesta acuză simptomele unei boli care i-ar putea pune viața în pericol, ascultarea se întrerupe, iar organul judiciar ia măsuri pentru ca acesta să fie ascultat de un medic. Ascultarea se reia imediat ce medicul decide că viața învinuitului sau inculpatului nu este în pericol.

Când învinuitul sau inculpatul nu se poate prezenta la organul judiciar pentru a fi ascultat, se poate proceda la ascultarea sa la locul unde se află, cu excepția cazurilor în care legea prevede altfel.

Dacă pentru organul de urmărire penală și pentru instanța de judecată ascultarea învinuitului sau inculpatului constituie o obligație procesuală, pentru acesta ascultarea se constituie un drept, a cărei exercitare îi dă posibilitatea de a-și face apărările necesare prin explicațiile date asupra învinuirii, precum și prin probele pe care le propune sau le prezintă în susținerea acestor explicații.

În cazul în care învinuitul sau inculpatul nu dorește să dea nicio explicație, acesta poate invoca dreptul la tăcere.

Dreptul la tăcere a fost instituit în legislațiile țărilor democratice, învinuitul sau inculpatul având astfel posibilitatea de a refuza să răspundă la întrebările care i se pun în legătură cu învinuirea ce i se aduce; acest drept se referă numai la explicațiile pe care ar urma să le dea cu privire la faptele și împrejurările cauzei ce se urmărește sau se judecă; învinuitul sau inculpatul nu poate folosi dreptul la tăcere cu privire la datele sale de identitate, a căror relatare constituie o obligație legală.

Folosirea dreptului la tăcere sau a dreptului de a nu face nicio declarație, constituie o garanție a fiecărei persoane la exprimare, în ideea de a nu accepta să se învinovățească de săvârșirea unei infracțiuni, de a furniza probe împotriva sa.

⁵ Art. 70 alin. (2) a fost modificat prin Legea 281 din 2003 în sensul reglementării dreptului la tăcere al învinuitului sau inculpatului.

O regulă specifică de ascultare este și cea care impune ca, în cursul urmăririi penale dacă sunt mai mulți învinuiți sau inculpați, fiecare să fie ascultat separat fără a fi de față ceilalți, pe când instanța de judecată ascultă pe inculpați, de regulă în prezența tuturor.

Pentru obținerea declarațiilor învinuitului sau inculpatului, este interzisă folosirea de amenințări, violențe, promisiuni sau alte mijloace de constrângere, încălcarea acestei dispoziții constituind infracțiunea de cercetare abuzivă.

Pentru a putea fi folosite ca mijloace de probă în cadrul procesului, declarațiile învinuitului sau inculpatului date în cursul urmăririi penale și declarațiile inculpatului date în faza judecătii, se consemnează în scris de către organul de urmărire, și respectiv, de către grefierul instanței de judecată. În fiecare declarație se va consemna, totodată, ora începerii și ora încheierii ascultării învinuitului sau inculpatului⁶. Declarația astfel consemnată se citește învinuitului sau inculpatului, iar dacă cere i se dă să o citească, asigurându-i-se posibilitatea de a verifica exactitatea celor consemnate. Când învinuitul sau inculpatul este de acord cu conținutul declarației, o semnează pe fiecare pagină și la sfârșit; dacă nu poate sau refuză să o semneze se face mențiune în declarația scrisă.

Declarația învinuitului sau inculpatului este retractabilă. Acesta înseamnă că, în timpul cât este ascultat, învinuitul sau inculpatul poate reveni asupra celor declarate sau să facă unele completări, rectificări sau precizări.

Declarațiile învinuitului sau inculpatului se pot înregistra pe suporturi de memorie, cu condiția ca cel ascultat să cunoască faptul înregistrării și să fie asigurate exactitatea și corectitudinea înregistrării. Înregistrarea se transcrie într-un proces-verbal semnat de cel ascultat.

7. Valoarea probatorie a declarațiilor învinuitului sau inculpatului

În literatura de specialitate s-a remarcat, în mod just, că declarațiile învinuitului ori ale inculpatului nu pot fi caracterizate întotdeauna ca fiind sincere, ceea ce conduce la necesitatea ca acestea să fie apreciate cu circumspecție de către organul judiciar. Importanța declarațiilor nu este diminuată, întrucât organul judiciar poate lua cunoștință de atitudinea învinuitului sau inculpatului față de fapta pe care a săvârșit-o, atitudine ce poate servi la individualizarea pedepsei.

În aceste circumstanțe, declarațiile învinuitului sau inculpatului au o valoare probatorie relativă, condiționată de confirmarea lor prin celelalte probe administrate. Astfel, declarațiile învinuitului sau inculpatului făcute în cursul procesului penal pot servi la aflarea adevărului, numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte și împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză (art.69 și 202 C.proced. pen.).

Valoarea probatorie a declarațiilor învinuitului sau inculpatului este relativă, existând în privința lor o inevitabilă suspiciune. În afară de probele evidente toate celelalte probe au un oarecare coeficient de relativitate, de unde și cerința de a examina dialectic toate materialele probatorii ale unui proces penal.

Concepția asupra forței probante a mărturisirii inculpatului a cunoscut de-a lungul timpului o evoluție care a mers de la atribuirea unei valori probatorii supreme „regina probelor”, până la considerarea acesteia ca o probă relativă a cărei valoare depinde de concordanța ei cu alte probe administrate în aceeași cauză penală.

Relativitatea acestui mijloc de probă trebuie privită în raport cu natura și importanța arătatărilor făcute de învinuit sau inculpat, de momentul în care au fost obținute, de atitudinea acestuia în desfășurarea procesului penal, de antecedentele sale judiciare și în special de menținerea constantă a declarațiilor sau de revenire asupra lor.

⁶ Obligația organului judiciar de a proceda la determinarea intervalului de timp a fost introdusă prin Legea nr. 281 din 2003.

Din punct de vedere al valorii probatorii, declarația învinuitului sau inculpatului prezintă două caracteristici importante:

1. este divizibilă, ceea ce înseamnă că din conținutul unei declarații se va reține numai ceea ce se confirmă prin alte probe.

2. este retractabilă, ceea ce înseamnă că învinuitul sau inculpatul poate retracta declarația și poate face relații contrare, organul judiciar apreciind asupra valorii retractării.

Divizibilitatea declarației învinuitului sau a inculpatului dă posibilitatea organului de urmărire penală sau instanței de judecată să considere ca adevărată numai acea parte din declarație care se coroborează cu toate celelalte probe, și să înlăture ca neadevărată altă parte a declarației, dacă aceasta nu este confirmată de ansamblul probelor.

Dacă declarațiile date de învinuit sau inculpat, în diferite momente ale procesului penal, sunt contradictorii, organul judiciar le reține numai pe cele pe care le consideră verosimile – se coroborează cu alte probe. Nu are importanță momentul în care au fost date – în faza de urmărire penală sau în faza de judecată.

Concluzii

Experiența activității de cercetare a infracțiunilor recomandă două principale procedee de prezentare a probelor învinuitoare față de învinuitul sau inculpatul care neagă faptele. Aceste două procedee sunt numite progresiv și frontal de audiere sau de interogare ori de prezentare a probelor de învinuire. Utilizarea uneia sau alteia pun în discuție chestiunea de ordin tactic a caracterului, a importanței probelor ce urmează a fi prezentate într-un anumit stadiu de desfășurare a ascultării învinuitului sau inculpatului și în raport cu importanța lor să se stabilească ordinea în care vor fi înfățișate pentru a convinge pe cel ce contestă faptele de inutilitatea negării lor.

Pentru a aprecia importanța și eficiența probelor ce vor fi prezentate, ele trebuie raportate la faptele și împrejurările a căror existență sau inexistență o dovedesc.

Apărarea valorilor sociale fundamentale ale societății împotriva infractorilor se realizează în România prin dispoziții procedurale corespunzătoare, la nivelul cerințelor europene. În centrul acestora se situează procedurile referitoare la probe și la mijloace de probă elaborate pe baza unei viziuni moderne și realiste asupra sistemului probator și asupra procesului penal în ansamblul său.

Afarea adevărului este cel mai anevoios proces, mai ales într-o societate care se dezvoltă pe sine drept un tren în mare viteză, ai cărui călător amestecă – în proporții niciodată stric definite – binele și răul, cinstea și necinstea, respectarea legii și infracțiunea.

Referințe bibliografice:

- Dongoroz Vintilă, Kahane Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. I*, Editura Academiei, București, 1976
- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Theodoru Grigore, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2008
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010
- Emilian Stancu, *Tratat de criminalistică*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Doltu Ioan, *Declarațiile învinuitului sau ale inculpatului, mijloc de apărare în procesul penal*, Revista de Drept Penal nr. 2/1995
- Popa Cristin-Nicolae, *În legătură cu luarea interogatoriului*, Revista Dreptul nr. 5/2001
- Tudorel Butoi, *Tratat universitar de psihologie judiciară*, Editura Phobos, București, 2003
- Tudorel Butoi, Voicu Zdrenghia, *Psihologie judiciară*, Editura Casa de Editură și Presă „Sausa” SRL, București, 2000.

SUPRAVEGHEREA EXERCITATĂ DE PROCUROR ÎN ACTIVITATEA DE URMĂRIRE PENALĂ

Maria-Livia DRĂGHICI*

Abstract

Supervision of a criminal investigation is the prosecutor's attribute. It's role is to discover any criminal offenses committed in order to apply liability. In his surveillance activities the prosecutor leads and controls the activity of criminal investigations. He may order measures such as switching one case from a research body to another, performing any act in order of his direct participation, verification, certification, confirmation of documents and procedural measures. As a result of his activities, it can be said that the prosecutor is "the master" of the prosecution.

Cuvinte cheie: urmărire penală, Ministerul Public, supraveghere, control.

1. Introducere. Cadrul legal.

Astfel de reglementări apar atât în Codul de procedură penală, în articolele 216-220 cât și în Legea 304/2006 privind organizarea judiciară. Potrivit articolului 63, litera b) din prezenta lege: "Ministerul Public conduce și supraveghează activitatea de cercetare penală a poliției judiciare; conduce și controlează activitatea altor organe de cercetare".

Această diferențiere rezultă din faptul că organele de cercetare ale poliției judiciare își desfășoară activitatea sub autorizarea Procurorului General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, al cărui aviz favorabil e necesar, existând astfel o conlucrare permanentă între procuror și acestea, de pe poziția de subordonați. Organele ierarhic superioare nu pot da acestora dispoziții sau îndrumări privind cercetarea penală, numai procurorul are acest drept. Dispozițiile date de procuror sunt obligatorii pentru organele de cercetare penală.

Referitor la celelalte organe de cercetare penală, acestea se afla doar parțial sub conducerea procurorului, acesta având doar atribuții de control a lucrărilor efectuate de acestea.

Reglementări similare apar și în Constituție, la articolele 131,132: „Parchetele conduc și supraveghează activitatea de cercetare penală a poliției judiciare.

Supravegherea urmăririi penale, prin obiectul și conținutul acestei reglementări se distinge ca o activitate specifică în prima fază a procesului penal, fiind exercitată în exclusivitate de procuror, ca principal organ de urmărire penală. Procurorii, care sunt magistrați și se conduc după principiile legalității și imparțialității, creează cadrul organizatoric necesar pentru ca activitatea de urmărire penală să se desfășoare numai în temeiul legii și pentru asigurarea respectării legii. Astfel parchetele sunt independente în relațiile cu instanțele judecătorești și celelalte autorități publice iar procurorul este independent în soluțiile dispuse.

2. Obiectul supravegherii

Obiectul supravegherii e reglementat în Codul de procedură penală la articolul 216. Acesta constă în activitatea de strângere de date în vederea începerii urmăririi penale și activității propriuzise de urmărire penală; asigurarea descoperirii tuturor infracțiunilor savârsite; tragerea la răspundere a oricărui infractor; garantarea ca nicio persoană să nu fie urmărită fără să existe indicii

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (e-mail: maria_livia88@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ.dr. Mircea Damaschin.

temeinice că a savârsit o faptă prevăzută de legea penală și nicio persoană să nu fie reținută sau arestată fără motive temeinice, fiind astfel respectată libertatea individuală a cetățenilor. Astfel de urmăriște scopul procesului penal, reglementat chiar din articolul 1 al Codului de procedură penală.

Supravegherea procurorului există încă din faza actelor pregătitoare, se are în vedere activitatea de strângere a datelor în vederea începerii urmăririi penale. Totodată, supravegherea procurorului s-a extins și asupra activităților desfășurate de investigatorii sub acoperire, care nu pot funcționa fără autorizația procurorului, căruia trebuie să-i raporteze datele pe care le-au cules în legătură cu pregătirea și săvârșirea de infracțiuni. Desfășurându-se în cadrul urmăririi penale supravegherea are caracter nepublic, necontradictoriu și actele efectuate în cadrul acesteia au formă preponderent scrisă.

3. Procurorul competent să exercite supravegherea

Potrivit articolului 209 alineatul 4 Cod procedură penală, competent să exercite supravegherea este „Procurorul de la parchetul corespunzător instanței care, conform legii, judecă în prima instanță cauza.”

Supravegherea se poate exercita de către procurorii din cadrul parchetelor ierarhic superioare numai în anumite condiții: când imparțialitatea procurorilor ar putea fi știrbită datorită împrejurărilor cauzei, dușmăniilor locale sau calității părților; una dintre părți are o rudă sau un afin până la gradul patru inclusiv printre procurorii ori grefierii parchetului sau judecătoria, asistenții judiciari ori grefierii instanței; există pericol de tulburare a ordinii publice; urmărirea penală este împiedicată sau îngreunată datorită complexității cauzei ori altor împrejurări obiective, cu acordul procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală. Referitor la aceste dispoziții, Curtea Constituțională a statuat că sunt neconstituționale, încalcând prevederile articolului 132 alineatul 1 din Constituție, potrivit cărora: „Procurorii își desfășoară activitatea potrivit principiului legalității, al imparțialității și al controlului ierarhic sub autoritatea ministrului justiției.”

În cazul în care supravegherea s-ar exercita de către procurorul din cadrul parchetului ierarhic inferior, acesta fiind incompetent în acest sens ar interveni sancțiunea nulității absolute.

O cauză poate fi preluată în vederea efectuării urmăririi penale de un organ de cercetare penală ierarhic superior, în baza aprobării procurorului de la parchetul care efectuează supravegherea.

Supravegherea urmăririi penale în cauzele de competența secțiilor maritime și fluviale se efectuează de către procurorii acestor secții ale Parchetelor din Constanța și Galați.

Referitor la situația în care urmărirea penală se efectuează în mod obligatoriu de către procuror, în literatura de specialitate au existat controverse pe această temă. Unii autori afirmă că în acest caz nu se poate vorbi de o supraveghere a urmăririi penale, confirmarea rechizitorului de către procurorul ierarhic superior neputând echivala cu instituția supravegherii, care presupune o arie mai complexă de activități. Într-o altă opinie, se consideră că supravegherea este posibilă și în cazurile în care urmărirea penală se efectuează obligatoriu și personal de către procuror prin posibilitatea verificării sistematice a actelor de urmărire penală de către procurorul ierarhic superior. Personal consider că în acest caz nu se poate vorbi de o supraveghere a urmăririi penale, faptul că procurorul ierarhic superior poate efectua verificări este o consecință a principiului controlului ierarhic și al subordonării.

Recent, ca urmare a intrării în vigoare a Legii nr.202/2010 Codul de procedură penală a fost completat cu un nou articol:217 indice 1:*Trimiterea cauzei la un alt parchet.* Acesta are următorul conținut:”Când există o suspiciune rezonabilă că activitatea de urmărire penală este afectată din cauza împrejurărilor cauzei sau calității părților ori există pericolul de tulburare a ordinii publice, procurorul general de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, la cererea părților sau din oficiu, poate trimite cauza la un parchet egal în grad.” Observăm că trimiterea cauzei la un alt parchet se poate cere pentru motive asemănătoare celor din materia strămutării, bazate pe bănuială

legitimă sau siguranță publică. Consider că acest nou articol a fost introdus în scopul preîntâmpinării lipsei de legalitate, imparțialitate și obiectivitate în desfășurarea urmăririi penale dar și pentru a se crea o simetrie față de articolul 61 indice 1: Desemnarea altei instanțe pentru judecarea cauzei, procedură a cărei inițiere reprezintă atributul exclusiv al procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală.

4. Mijloace de realizare a supravegherii

După ce ia cunoștință de începerea urmăririi penale procurorul desfășoară, din oficiu, supravegherea de pe poziția de conducere și control a activității de cercetare penală.

Căile prin care se poate realiza supravegherea sunt: trecerea cauzei de la un organ la altul; participarea directă a procurorului la efectuarea urmăririi penale; verificarea dosarului de cercetare; autorizarea, confirmarea, încuviințarea și infirmarea actelor și măsurilor procesuale.

4.1. Posibilitatea trecerii cauzei de la un organ de cercetare la altul. Această măsură se poate dispune pentru a asigura obiectivitatea și operativitatea rezolvării cauzei. Se cere ca atât organul de cercetare de la care se ia cauza cât și cel la care se trece să fie sub supravegherea aceluiași procuror, iar organul la care se trece cauza să fie competent a efectua cercetarea și procurorul să fie competent a efectua supravegherea.

În cazul în care urmărirea penală se efectuează obligatoriu de către procuror, pentru efectuarea unor acte din afara razei teritoriale se poate da dispoziție altui procuror egal în grad pe bază de comisie rogatorie, printr-o ordonanță. De asemenea se poate dispune delegarea către procurorul ierarhic inferior sau anumite organe de cercetare în vederea efectuării unor acte de urmărire penală.

Anumite acte se efectuează obligatoriu numai de procuror: punerea în mișcare a acțiunii penale, suspendarea urmăririi penale, precum și soluțiile prin care se pune capăt urmăririi penale (scoaterea de sub urmărire penală, încetarea urmăririi penale, clasarea cauzei penale). Funcția de învinuire a fost încredințată procurorului, astfel acesta poate pune în mișcare și exercita acțiunea penală pe tot parcursul procesului penal, conform legii. Pe parcursul urmăririi penale, organele de cercetare penală pot face doar propuneri motivate procurorului privind luarea unor măsuri de prevenție, efectuarea de percheziții etc. Dacă organul delegat efectuează acte dintre cele ce-i revin exclusiv procurorului sau întreaga cercetare intervine sancțiunea nulității absolute, încalcându-se competența după materie.

Organul de cercetare penală are o independență relativă de acțiune, poate efectua activități din proprie inițiativă dar dispozițiile procurorului sunt obligatorii. Împotriva acestora se poate face plângere potrivit articolelor 275-278 Cod procedură penală.

4.2. Participarea directă a procurorului la efectuarea oricărui act de urmărire penală. Aceasta are ca scop asigurarea respectării legii în cadrul activităților mai complexe, oferind condiții de eficiență și legalitate. Procurorul poate să asiste la efectuarea oricărui act de cercetare penală, ocazie cu care dă îndrumări organului de cercetare penală, sau poate să efectueze personal orice act de cercetare penală. Intervenția procurorului în cadrul desfășurării urmăririi penale prin îndeplinirea unor activități nu trebuie să ducă la afirmarea că întreaga urmărire penală a fost efectuată de acesta. Astfel confirmarea rechizitorului se dispune indiferent dacă urmărirea penală a fost efectuată de către procuror sau de către organele de cercetare penală.

4.3. Verificarea dosarului de cercetare penală. Se dispune pe tot parcursul urmăririi penale și obligatoriu la terminarea acesteia. Astfel procurorul poate cere spre verificare orice dosar de la organul de cercetare penală care e obligat să-l trimită acestuia de îndată însoțit de toate actele, lucrările, materialele și datele referitoare la fapta care formează obiectul cauzei. Această verificare nu este echivalentă cu verificarea pe care procurorul o face la terminarea urmăririi penale, ocazie cu care se verifică aspecte privind legalitatea și temeinicia cercetării.

4.4. Autorizarea, confirmarea, încuviințarea sau infirmarea actelor și măsurilor procesuale ale organelor de cercetare penală. În vederea efectuării urmăririi penale organele de cercetare penală pot efectua unele acte din proprie inițiativă sau pe baza aprobării date de procuror.

Autorizarea este o operațiune anterioară efectuării actului de urmărire penală, prin care se împuternicește organul de cercetare penală să-l efectueze. Este necesară în cazul percheziției domiciliare, al interceptărilor și înregistrărilor audio-video. De asemenea organul de cercetare penală poate dispune începerea urmăririi penale pentru o infracțiune săvârșită în afara teritoriului țării, de către un cetățean străin sau de o persoană fără cetățenie, care nu domiciliază pe teritoriul țării, prin care s-a adus o vătămare gravă integrității corporale sau sănătății unui cetățean român, numai cu autorizarea prealabilă a procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție (articolul 5 Cod penal). Un act efectuat fără autorizația cerută de lege este lovit de nulitate.

Confirmarea este actul ulterior al procurorului prin care ratifică, legitimând unele acte efectuate de organele de cercetare penală, fiind deci posterioară efectuării actului. În lipsa acestei confirmări actul nu poate produce efecte juridice; e obligatorie confirmarea de către procurorul care efectuează supravegherea a rezoluției sau a procesului-verbal prin care organul de cercetare penală a dispus începerea urmăririi penale. De asemenea rechizitoriul este apt să producă sesizarea instanței de judecată numai dacă, în urma verificării legalității și temeiniciei sale, este confirmat de procurorul ierarhic superior. Neconfirmarea rechizitoriului atrage sancțiunea nulității absolute dacă neregularitatea acestuia nu poate fi înlăturată de îndată sau prin acordarea unui termen.

Incuviințarea are în vedere acele acte a căror efectuare intra în atribuțiile organului de cercetare, dar valabilitatea actului este condiționată de aprobarea procurorului. Se dispune în caz de exhumare în vederea constatării morții sau atunci când procurorul, la propunerea organului de cercetare penală dispune neînceperea urmăririi penale. Incuviințarea poate fi prealabilă dar și posterioară efectuării actului.

Infirmarya este actul prin care procurorul, în calitatea sa de conducător al urmăririi penale, constatând că un act sau o măsură procesuală a organului de cercetare penală nu sunt efectuate cu respectarea dispozițiilor legale, le infirmă motivat printr-o ordonanță. Infirmarya înseamnă desființarea actului care nu mai produce efecte juridice. Dacă este posibilă refacerea actului, procurorul poate dispune refacerea acestuia de către organul de cercetare penală sau îl poate reface personal. Astfel rezoluția de începere a urmăririi penale emisă de organul de cercetare penală poate fi infirmată de către procuror, dacă acesta constată existența în dosarul cauzei a vreunei cauze de împiedicare a punerii în mișcare a acțiunii penale. Un act sau o măsură procesuală dată cu nerespectarea dispozițiilor legale va fi infirmată numai dacă s-a produs o vătămare ce nu poate fi înlăturată decât prin infirmarya actului sau a măsurii procesuale.

Ansamblul de activități desfășurate de organele de cercetare penală se afla sub supravegherea procurorului, acesta având ultimul cuvânt în privința aspectelor de care depinde buna rezolvare a cauzelor penale.

5. Concluzii

Procurorul exercită supravegherea de pe poziția de conducător al urmăririi penale, cu drept de intervenție și de decizie asupra oricăror acte de urmărire penală efectuate de organele aflate sub supravegherea sa. Supravegherea este permanentă, completă și complexă, se exercită din momentul începerii urmăririi penale și până la finalizarea ei, cuprinzând toate aspectele de legalitate și temeinicie. Astfel, ca urmare a rolului său procurorul poate fi numit „stăpânul” primei faze a procesului penal.

Instituția Ministerului Public, alături de instanțele judecătorești, contribuie la desfășurarea procesului penal, fiind înscris în cadrul autorității judecătorești. Prevederi în acest sens apar în Constituție și în Legea nr.304/2004 privind organizarea judiciară. Ministerul Public, în activitatea

judiciară reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor, își exercită atribuțiile în temeiul legii și este condus de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție. Procurorii sunt constituiți în parchete care funcționează pe lângă instanțele de judecată, în condiții de independență în relațiile cu instanțele, precum și cu celelalte autorități publice.

Conform articolului 132 alineatul 1 din Constituție și articolului 62 alineatul 2 din Legea nr.304/2004, Ministerul Public își desfășoară activitatea potrivit principiului legalității, al imparțialității și al controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justiției, în condițiile legii.

Principiul legalității constituie axul dominant al activității magistraților, fiind transpunerea pe plan particular a principiului legalității procesului penal „nulla justitia sine lege”. Legalitatea activității Ministerului Public se raportează la obligațiile pe care acesta le are de a exercita acțiunea penală, în vederea protejării interesului public sau personal, prin aducerea în fața organelor care îndeplinesc justiția a celui vinovat de comiterea unei infracțiuni, în vederea tragerii la răspundere penală a acestuia și aplicarea unei sancțiuni penale. Ca o garanție a respectării legalității, în articolul 62 alineatul 4 din Legea nr.304/2004 se arată că Ministerul Public este independent în relațiile cu instanțele de judecată și cu celelalte autorități publice și își exercită atribuțiile numai în temeiul legii și pentru asigurarea respectării acesteia, reprezentând interesele generale ale societății. Pornind de la prevederile Constituției și ale legii privind organizarea judiciară, în literatura de specialitate s-au exprimat opinii diferite în legătură cu natura juridică a Ministerului Public. Într-o primă opinie, s-a susținut apartenența Ministerului Public la puterea executivă, pe ideea că procurorii sunt constituiți în parchete, care funcționează pe lângă instanțele judecătorești și își desfășoară activitatea sub autoritatea ministrului justiției. Poziția de agent al puterii executive și-ar găsi explicația prin atribuțiile procurorului de a fi un apărător al intereselor generale ale societății, al ordinii de drept, al drepturilor și libertăților cetățenilor. La cealaltă extremă, s-a statuat în sensul apartenenței Ministerului Public la puterea judecătorească, fiind direct implicat în exercitarea acesteia, apreciindu-se că autoritatea Ministrului Justiției asupra acestora nu semnifică un raport de subordonare, deoarece reprezentantul puterii executive nu are niciun mijloc legal pentru a opri sau influența în vreun fel exercitarea de către aceștia a atribuțiilor lor stabilite de lege. Această opinie este majoritară, pe considerentul că autoritatea Ministrului Justiției asupra procurorilor de pe lângă instanțele judecătorești exprimă un raport administrativ de aceeași natură cu raportul dintre Ministrul Justiției și judecători. Există și autori care consideră Ministerul Public ca o instituție de putere sui generis, unică în felul ei, cu dublă natură: executivă și judecătorească. Controversele au apărut deoarece Procurorul General nefăcând parte din Guvern nu răspunde politic, eventual alături de Ministrul Justiției, pentru politica judiciară desfășurată, îndeosebi cea penală, cu impact covârșitor asupra întregii societăți; fapt ce a determinat punerea Ministerului Public sub autoritatea Ministrului Justiției.

Indiferent de raportul dintre Ministerul Public și celelalte puteri, de dependență sau independență, statul trebuie să instituie garanții pentru exercitarea activităților sale în condiții de transparență totală.

Principiul imparțialității care stă la baza activității Ministerului Public decurge din principiile legalității și oficialității procesului penal; procesul penal se desfășoară potrivit dispozițiilor prevăzute de lege iar actele necesare desfășurării procesului penal se îndeplinesc din oficiu, afară de cazul când prin lege se prevede altfel. Acest principiu obligă pe procuror să se manifeste, în același mod, față de toți cei care au intrat în conflict cu legea penală. Acesta e dator să afișeze o atitudine caracterizată prin obiectivitate, nepărtinire în vederea realizării actului de justiție, să-și exercite atribuțiile numai în temeiul legii, fără privilegii și discriminări.

Principiul controlului ierarhic este acela care diferențiază statutul procurorilor de cel al judecătorilor. Constituția prevede în articolele 124,125 faptul că judecătorii numiți de Președinte sunt independenți, se supun numai legii și sunt inamovibili. Inamovibilitatea este considerată cea mai puternică garanție a independenței și imparțialității judecătorilor, constând în dreptul legal al acestora de a putea fi mutați prin transfer, delegare, detașare sau promovare numai cu acordul lor. În schimb,

procurorii potrivit dispozițiilor Legii 304/2004 se conduc potrivit principiului subordonării ierarhice; astfel că procurorii din fiecare parchet sunt subordonați conducătorului acelui parchet, iar conducătorul unui parchet este subordonat conducătorului parchetului ierarhic superior din aceeași circumscripție. Dispozițiile procurorului ierarhic superior, date în scris și în conformitate cu legea, sunt obligatorii pentru procurorii din subordine iar soluțiile date de procuror pot fi infirmate motivat de către procurorul ierarhic superior, când sunt apreciate ca nelegale. Remarcăm în această materie o diferențiere de reglementare între actuala Constituție și fosta Constituție care prevedea că organele de procuratură funcționează pe baza principiului subordonării ierarhice și nu al controlului ierarhic așa cum prevede actuala Constituție. Astfel, corelând între principiul Constituțional al controlului ierarhic și principiul subordonării ierarhice reglementat prin Legea nr.304/2004 privind organizarea judiciară deducem că controlul ierarhic implică și subordonarea ierarhică.

Procurorii numiți de Președintele României se bucură de stabilitate și sunt independenți, în condițiile legii. Se observă astfel diferența de statut, constând în aceea că judecătorii se bucură de inamovibilitate, în vreme ce procurorii numiți de Președintele țării beneficiază doar de stabilitate. Datorită acestor considerente, ca urmare a modificărilor aduse Codului de procedură penală prin O.U.G nr.109/2003, măsura arestării preventive poate fi dispusă, în orice fază a procesului penal, numai de către judecător.

În baza celor expuse, prin *Minister Public* se înțelege autoritatea însărcinată să vegheze, în numele societății și în interesul general, la aplicarea legii atunci când este sancționată din punct de vedere penal, ținând cont, de pe o parte, de drepturile indivizilor și pe de altă parte, de eficacitatea necesară a sistemului de justiție penală.

Referințe bibliografice

- Cochinescu Nicolae, *Supravegherea exercitată de procuror în activitatea de urmărire penală*, Revista de Drept Penal nr.2/1999
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010
- Manea Tamara, *Confirmarea de către procuror a rezoluției și a procesului-verbal de începere a urmăririi penale emise de organul de cercetare penală*, Revista Dreptul nr.11/2004
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea specială, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Pătulea Vasile, *Corelația dintre principiile „controlului ierarhic” și „subordonării ierarhice”specifice organizării și funcționării parchetelor*, Revista Dreptul nr.5/2002
- Retca Ion, *Atribuția Ministerului Public de efectuare a urmăririi penale*, Revista Dreptului nr.1/1998
- Theodoru Grigore, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007
- Tulbure Ștefan Adrian, *Supravegherea exercitată de procuror în activitatea de urmarire penală*, Revista de Drept Penal nr.3/1999
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Paideia, București

MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE

Andrei-Alexandru GUȚĂ*

Abstract

Conform legislației comunitare, "mandatul european de arestare" este o decizie judiciară emisă de un stat membru în vederea arestării și a predării de către un alt stat membru a unei persoane căutate, pentru efectuarea urmării penale sau în scopul executării unei pedepse sau a unei măsuri de siguranță privative de libertate. Statele membre execută orice mandat european de arestare, pe baza principiului recunoașterii reciproce. Un mandat european de arestare poate fi emis pentru fapte pedepsite de legea statului membru emitent cu o pedeapsă sau o măsură de siguranță privative de libertate a căror durată maximă este de cel puțin douăsprezece luni sau, atunci când s-a dispus o condamnare la o pedeapsă sau s-a pronunțat o măsură de siguranță, pentru condamnări pronunțate cu o durată de cel puțin patru luni.

Cuvinte cheie: mandat european de arestare, Deciziei-Cadru a Consiliului Uniunii Europene nr. 2002/584/JHA, cooperarea judiciară în materie penală, recurs în interesul legii

1. Introducere

Tratatul de la Amsterdam stipulează ca Uniunea Europeană trebuie să mențină și să dezvolte un spațiu de libertate, securitate și de 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.

Se impune 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 recunoaștere reciprocă, pe baza valorilor comune ale statelor membre. Asadar, 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 apreciază ca fiind "cheia de boltă" a cooperării judiciare. Ea înlocuiește în relația dintre statele membre ale Uniunii Europene procedurile clasice de extradare, cu excepția cazurilor pentru care unele state membre au declarat că vor continua să aplice tratatele de extradare. 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 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, astfel cum a fost modificat și completat prin Legea nr. 224/2006.

Dacă din punct de vedere juridic mandatul european de arestare 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 (a nu se confunda cu mandatul de arestare preventivă din dreptul intern, întrucât mandatul

* Student, anul IV, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: andrei_guta@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ.dr. Mircea Damaschin.

europăean 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), din punct de vedere practic, acesta poate fi găsit ca formular, în anexa la Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 224/2006.

Practic, în loc de întreaga documentație ce se anexează unei cereri de extradare, este suficient ca autoritatea judiciară română competentă să completeze, cu atenție, rubricile acestui formular, 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, în condiții care permit ca autoritatea judiciară de executare să poată verifica autenticitatea. Dacă autoritatea judiciară emitentă nu cunoaște autoritatea judiciară de executare, se va efectua cercetarea necesară, inclusiv prin punctele de contact ale Rețelei Judiciare Europene sau prin direcția de specialitate a Ministerului Justiției (Direcția Drept Internațional și Tratat), pentru a obține informațiile necesare de la Statul Membru de executare.

Potrivit legii, o copie a mandatului european de arestare emis sau primit de autoritățile judiciare române se transmite Ministerului Justiției.

Deși mandatul european de arestare a fost introdus încă din ianuarie 2004, se pare că acesta, din diferite motive, nu este folosit la potențialul său maxim. O problemă importantă o reprezintă practica în domeniul penal a diferitelor state europene. Germania, Polonia și Ciprul au mai întâmpinat și un alt gen de problemă, aceea a contradicției dintre mandatul european de arestare și propriile Constituții. Traducerea acestui mandat în diferitele limbi oficiale ale Uniunii Europene a provocat și ea numeroase dificultăți.

În urma acestor greutăți întâmpinate, oficialii europeni au propus câteva soluții printre care se numără: o mai bună cooperare între parlamentele naționale și Parlamentul European; asigurarea faptului că nici un aspect politic nu va interveni în aplicarea acestui mandat; neafectarea drepturilor fundamentale ale omului. S-a sugerat și ca oficialii europeni să se inspire în reforma modului de aplicare a acestui mandat din caracteristicile mandatului de arestare infirmat de țările nordice, care se bucură de un mult mai mare succes.

2. Noțiuni

La data de 13 iunie 2002, a fost adoptată de Consiliul Uniunii Europene Decizia-cadru 2002/584/JI, referitoare la mandatul european de arestare, publicată în Buletinul Oficial al Comunităților Europene la data de 18 iulie 2002.

Decizia-cadru reprezintă varianta modificată pe baza concluziilor Consiliului European de la Tampere, din 15 – 16 octombrie 1999. Procedura extrădării oficiale va trebui abolită în relațiile dintre statele membre cu privire la persoanele care se sustrag executării pedepsei, după ce au fost condamnate definitiv, dar va trebui accelerată în cazul persoanelor bănuite de a fi comisiți infracțiuni. Mandatul european de arestare astfel cum este reglementat de această Decizie-cadru este

prima măsură concretă, în materie penală, care transpune principiul recunoașterii reciproce, pe care Consiliul European l-a denumit ‘piatra de temelie’ a colaborării judiciare. Procedura de predare trebuie să se finalizeze în maximum 60 de zile.

Decizia-cadru nu are valoare executorie prin ea însăși, de aceea, conform prevederii Art. 34, par. 2, lit b, al Tratatului UE, ea trebuie transpusă în legislația națională. În legislația română, ea a fost transpusă prin Legea 302/2004, modificată și completată prin Legea 224/2006, Partea a III-a, care a intrat în vigoare odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, la 1 ianuarie 2007.

Mandatul european de arestare reprezintă o hotărîre judecătorească emisă de un stat membru în scopul arestării și predării unei persoane de către un alt stat membru, în scopul desfășurării urmăririi penale, sau al executării unei sentințe privative de libertate sau a unui ordin de reținere. Mandatul european de arestare trebuie să aibă la bază o condamnare la închisoare sau o ordonanță de reținere.

Mandatul european de arestare poate fi emis pentru fapte pasibile, conform legii statului membru, de pedeapsa cu închisoarea, sau de o hotărîre de detenție de cel puțin 12 luni, sau, acolo unde s-a dat deja sentința sau s-a emis deja ordonanța de reținere, pentru sentințe de cel puțin patru luni. Decizia-cadru enumeră 32 de infracțiuni care, dacă sunt pasibile în statul membru emitent de o pedeapsă privativă de libertate sau de o ordonanță de reținere de maximum trei ani, în funcție de cum prevede legea statului membru, vor duce la predarea persoanei, conform mandatului de arestare, fără verificarea dublei incadrări penale a faptei în cele două țări. În cazul altor infracțiuni decât cele 32 din Art. 85 al Legii române 302/2004, predarea se poate face cu condiția ca faptele pentru care a fost emis mandatul european de arestare să constituie infracțiune și din punctul de vedere al legii statului membru de executare, indiferent de elementele constitutive sau de felul în care este prezentată fapta.

Autoritatea judecătorească emitentă va completa, în acest caz, un formular al cărui model este anexat la Legea 302/2004. Mandatul european de arestare va trebui să conțină următoarele informații: a) identitatea și cetățenia persoanei urmărite; b) numele, adresa poștală, numerele de telefon și fax, și adresa electronică a autorității emitente; c) dovada existenței unei sentințe executorii, a unui mandat de arestare sau a oricărei alte hotărîri judecătorești executorii, care să aibă același efect; d) caracterul faptei și încadrarea juridică a acesteia; e) descrierea împrejurărilor în care a fost comisă fapta, cu arătarea datei, a locului și a gradului de implicare în fapta respectivă a persoanei urmărite; f) pedeapsa pronunțată, dacă există o hotărîre definitivă, precum și care sunt termenele minim și maxim de pedeapsă pentru fapta respectivă conform legii statului membru emitent; g) alte consecințe ale infracțiunii (în măsura în care este posibil).

Mandatul european de arestare poate fi transmis de autoritatea emitentă direct autorității judiciare de executare, prin SIS, prin INTERPOL sau prin sistemul de comunicații sigur al Rețelei Judiciare Europene. Mandatul european de arestare trebuie tradus în limba agreată de statul membru de executare.

Autoritatea judiciară de executare – în România, curțile de apel – va hotărî, în termenele și în condițiile stabilite de Legea 302/2004, dacă persoana respectivă trebuie predată. Dacă da, în 24 ore, persoana va fi adusă în fața instanței competente, care, printr-o decizie motivată, va dispune arestarea persoanei. În termen de 48 ore, persoana va fi audiată de un complet de doi judecători de la curtea de apel, cu privire la fondul mandatului european de arestare.

Dacă persoana urmărită este de acord cu predarea sa, pe această bază se va emite o hotărîre în termen de 10 zile de această audiere, care va rămâne definitivă. Dacă persoana nu este de acord, se va emite o decizie în termen de 5 zile, care va putea fi contestată tot în termen de 5 zile. Decizia finală va aparține Înaltei Curți de Casație și Justiție.

În maximum 10 zile, trebuie emisă o hotărîre definitivă și trebuie predată persoana către statul membru emitent. Nu este voie ca toate aceste etape ale procedurii să dureze mai mult de 60 zile, în caz contrar persoana trebuind să fie eliberată.

Autoritatea judecătorească poate refuza executarea mandatului european de arestare atunci când:

- infracțiunea pentru care a fost emis mandatul de arestare face obiectul unei amnistii în statul membru de executare, acolo unde statul respectiv are competența de a urmări penal fapta respectivă conform propriei legi penale;

- autoritatea judecătorească de executare este informată că persoana urmărită a primit o sentință definitivă din partea unui stat membru, pentru aceeași faptă, cu condiția ca, acolo unde s-a pronunțat sentința, aceasta să fi fost executată sau să nu mai poată fi executată conform legii statului membru care a pronunțat-o, sau

- persoana care face obiectul mandatului european de arestare nu poate fi trasă la răspundere penală, din cauza vârstei, pentru fapta pentru care a fost emis mandatul, din punctul de vedere al legislației statului membru de executare.

În Art. 88, par. 2, al Legii 302/2004 se precizează și alte motive, facultative, ale refuzului de a executa mandatul, respectiv:

- Atunci când fapta pentru care a fost emis mandatul european de arestare nu constituie infracțiune conform legii statului membru de executare, cu excepția infracțiunilor legate de impozite, taxe, obligații vamale și schimb valutar;

- Atunci când persoana care face obiectul mandatului european de arestare este sub urmărire penală în statul membru de executare pentru aceeași faptă pentru care a fost emis mandatul (*non bis in idem*).

Autoritatea judecătorească de executare, după ce a decis să execute mandatul european de arestare, poate amâna predarea persoanei, astfel încât aceasta să poată fi urmărită penal în statul membru de executare sau, dacă persoana a fost deja condamnată, pentru ca aceasta să poată ispăși, pe teritoriul său, o sentință dată pentru o altă faptă decât cea prevăzută în mandatul european de arestare. Ca alternativă la amânarea predării, autoritatea judiciară de executare poate preda temporar persoana către statul membru emitent, în condiții ce pot fi stabilite de comun acord de către cele două autorități judecătorești: cea emitentă și cea de executare.

La cererea autorității judecătorești emitente sau din proprie inițiativă, autoritatea judecătorească de executare va confisca și va preda bunurile ce pot servi drept mărturie în procesul penal.

3. Emiterea mandatului european de arestare

3.1 Obiectul și condițiile emiterii mandatului european de arestare. Legea specială, în speta Legea 302/2004 din 28 iunie 2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare, a reglementat cazul în care un mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei nu poate fi dus la îndeplinire, întrucât inculpatul ori condamnatul nu se mai afla pe teritoriul României, instanța care a emis mandatul de arestare preventivă sau instanța de executare, după caz, la propunerea procurorului sesizat în acest scop de către organele de poliție, urmand a emite un mandat de urmărire internațională în vederea extradării, care se transmite Centrului de Cooperare Polițienească Internațională din cadrul Ministerului Administrației și Internelor, în vederea difuzării prin canalele specifice.

Mandatul de urmărire internațională în vederea extradării conține toate elementele necesare identificării persoanei urmărite, o expunere sumară a situației de fapt și date privind încadrarea juridică a faptelor, precum și solicitarea de arestare provizorie în vederea extradării. Totodată, semnarea introdusă în Sistemul Informatic Schengen echivalează cu un mandat de urmărire internațională în vederea extradării.

De reținut este că dispozițiile articolului 661 alin. 1 din lege nu aduc atingere prevederilor art. 81 din același act normativ, care se aplică în relația cu statele membre ale Uniunii Europene. În situația în care nu se cunoaște statul pe teritoriul căruia se afla persoana în cauză, dispozițiile articolului 661 alin. 1 din lege și prevederile art. 81 se aplică deopotrivă. Astfel ca, în situația

prevazuta la art. 661 alin. 1, respectiv dupa emiterea unui mandat de arestare preventiva in cursul urmaririi penale ori al judecatii, sau a mandatului de executare a pedepsei privative de libertate de catre instanta de executare, aceasta din urma instanta emite un mandat european de arestare ori de cate ori nu a intervenit, potrivit legii romane, prescriptia raspunderii penale sau a executarii pedepsei ori amnistia sau gratierea, si este indeplinita, dupa caz, una dintre urmatoarele conditii:

„a) pedeapsa prevazuta de lege este de cel putin un an, daca arestarea si predarea se solicita in vederea exercitarii urmaririi penale ori a judecatii;

b) pedeapsa sau masura de siguranta privativa de libertate aplicata este de cel putin 4 luni, daca arestarea si predarea se solicita in vederea executarii pedepsei sau a masurii de siguranta privative de libertate”.

Din prevederile alin. 2 al art. 81 din Legea 302/ 2004 rezulta ca mandatul european de arestare este emis, astfel:

- in faza de urmarire penala, de catre judecatorul delegat de presedintele instantei careia i-ar reveni competenta sa judece cauza in fond,

- iar in faza de judecata si de executare, de catre judecatorul delegat de presedintele primei instante ori de cel al instantei de executare, in urmatoarele situatii:

a) la sesizarea procurorului care efectueaza sau supravegheaza urmarirea penala a persoanei solicitate, daca arestarea si predarea se solicita in vederea efectuării urmaririi penale;

b) la sesizarea instantei care a dispus asupra luării măsurii arestării preventive a inculpatului ori care a hotarat cu privire la masurile de siguranta, dupa caz, sau a organului la care se afla spre executare mandatul, daca arestarea si predarea se solicita in vederea judecatii ori executarii pedepsei inchisorii sau a unei masuri de siguranta privative de libertate.

Pentru a emite mandatul european de arestare, sau dimpotriva pentru a refuza emiterea unui astfel de mandat alin. 3 al art. 81 din Legea 302/2004 instituie obligatia pentru judecatorul competent de a verifica indeplinirea conditiilor prevazute la alin. (1) din art. 81 si de a proceda, dupa caz, astfel:

a) emite mandatul european de arestare si supravegheaza luarea masurilor pentru transmiterea acestuia, potrivit dispozitiilor art. 82 si 83; in cazul in care persoana este localizata pe teritoriul unui stat membru al Uniunii Europene, dispune traducerea mandatului european de arestare, in termen de 24 de ore, potrivit alin. (6);

b) constata, prin incheiere motivata, ca nu sunt indeplinite conditiile prevazute la alin. (1) pentru a emite un mandat european de arestare. Incheierea poate fi atacata cu recurs de procuror, in termen de 3 zile de la comunicare. Recursul se judeca de instanta superioara, in termen de 3 zile de la inregistrarea cauzei, iar in caz de admitere a acestuia, prima instanta este obligata sa emita un mandat european de arestare.

Pentru evidenta activitatii instantei, legea susmentionata instituie prin alin. 7 al aceluasi art. 81 intocmirea si pastrarea unui Registru de evidenta a mandatelor europene de arestare, care nu este destinat publicitatii, dar in care trebuie facute urmatoarele mentiuni: numarul curent; numele, prenumele si cetatenia persoanei solicitate; numarul si data adresei parchetului ori a instantei pe rolul careia se afla cauza penala; numarul dosarului instantei de executare; data emiterii mandatului european de arestare; data transmiterii mandatului european de arestare; informatii asupra executarii mandatului european de arestare; motivele neexecutarii mandatului european de arestare; data predării persoanei solicitate; data retragerii mandatului european de arestare.

In doctrina si jurisprudenta penala din Romania s-au purtat dezbateri asupra conditiilor de emitere a mandatului european, instanta emitandu-l numai daca, in afara uneia dintre conditiile prevazute de art. 81 alin. 1 din Legea 302/2004, sunt indeplinite cumulativ alte trei conditii, si anume:

- „a fost emis un mandat de arestare preventiva sau de executare a pedepsei;
- persoana impotriva careia s-a emis acel mandat se sustrage de la executare;
- acea persoana se gaseste pe teritoriul unui alt stat membru al Uniunii Europene”.

Cat priveste prima conditie, in doctrina s-a retinut ca emiterea mandatului de arestare preventiva in cursul urmaririi penale sau al judecatii se face in conditiile legii procesual penale (in cazul Romaniei - Codul de procedura penala publicat in Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania, Partea I, nr. 145 - 146 din 12 noiembrie 1968, cu modificarile si completarile ulterioare, inclusiv prin Legea nr. 57 din 19 martie 2008), la propunerea procurorului care exercita supravegherea urmaririi penale sau efectueaza urmarirea penala, de catre judecatorul instantei competente, procedandu-se in mod diferentiat, in functie de calitatea de invinuit sau de inculpat a persoanei impotriva careia se solicita luarea unei asemenea masuri. Daca este vorba de executarea pedepsei, instanta de executare trebuie sa emita mandatul de executare a pedepsei privative de libertate ramase definitive (sau dupa caz a unei alte masuri de siguranta, in conditiile legii penale si respectiv procesual penale).

Daca este vorba de cea de-a doua conditie sus-mentionata, adica persoana „beneficiara” a unui mandat de arestare preventiva sau a unui mandat de executare a unei pedepse privative de libertate (sau, dupa caz, a unei masuri de siguranta) se sustrage de la executarea unui astfel de mandat (adica lucratorii de politie au efectuat activitatile specifice, pentru a-l gasi, identifica, aresta si depune la asezamantul de detinere - fie acesta arestul preventiv din sistemul politienesc, fie unitatea penitenciara indicata de instanta de executare), caz in care organul local de politie, care a primit spre executare mandatul in cauza, va solicita darea in urmarire, activitate care se va dispune prin ordin de catre Inspectoratul General al Politiei Romane. Darea in urmarire se desfasoara potrivit prevederilor Codului de procedura penala din 12 noiembrie 1968, cu modificarile si completarile ulterioare, Cap. 21 Procedura dării in urmarire - respectiv art. 4931- 4937- introduse prin Ordonanta de urgenta a Guvernului nr. 60 din 6 septembrie 2006 (pentru modificarea si completarea Codului de procedura penala, precum si pentru modificarea altor legi).

In privinta celei de-a treia conditii, aceea ca persoana urmarita se ascunde pe teritoriul unui stat membru al Uniunii Europene, aceasta se implineste ca urmare a parcurgerii procedurii dării in urmarire, a constatarii ca persoana urmarita nu este de gasit pe teritoriul national si ca, din datele concrete, stranse prin grija Politiei Romane (inclusiv a structurii specializate - Centrul de Cooperare Politieniasca Internationala din cadrul Ministerului Internelor si Reformei Administrative), cu concursul si a altor institutii statale, europene sau internationale (Eurojust, Europol, Interpol sau altele) se confirma localizarea persoanei solicitate pe teritoriul unui anumit stat membru al Uniunii Europene, instanta competenta putand astfel emite mandatul european de arestare.

Din practica judiciara, rezulta indubitabil ca, odata cu aderarea Romaniei la Uniunea Europeana la 1 ianuarie 2007, instantele judecatoresti din Romania au pus deodata in aplicare prevederile Titlului III al Legii 302/2004, cu privire la mandatul european de arestare, invocand in acest sens, urmatoarele:

- Incheierea penala nr. 3 din 29 ianuarie 2007 pronuntata de Tribunalul Bihor
- Incheierea din 5 februarie 2007 pronuntata de Judecatoria Oradea;
- Incheierea penala nr. 2/C/MEA din 2 februarie 2007 pronuntata de Judecatoria Cluj-Napoca, din acestea rezultand ca instantele romane au verificat indeplinirea celor doua conditii prevazute de alin. 1 al art. 81 din Legea 302/2004, inclusiv a celor trei conditii cumulative susmentionate - cu titlu de exemplu redand comentariile privind emiterea unui mandat european de arestare de catre Judecatoria Oradea, cu privire la un urmarit international, condamnatul C.D.:

„Prin sentinta penala nr. 313/2002 a Judecatoriei Oradea, definitiva prin neapelare, s-a dispus condamnarea inculpatului C.D. la o pedeapsa de 1 an si 2 luni inchisoare, cu aplicarea art. 71 si art. 64 C.pen (pentru trei infractiuni: complicitate la fals material in inscrieri oficiale, fals privind identitatea si tentativa la trecerea frauduloasa a frontierei de stat). La data de 18 martie 2002 a fost emis de catre Judecatoria Oradea mandatul de executare a pedepsei nr. 458/2002, iar prin ordinul I.G.P.R din 13 august 2002 a fost dat in urmarire generala fiind dat si in urmarire internationala.

Prin adresa din 31 ianuarie 2007 Ministerul Administratiei si Internelor- Centrul de Cooperare Politieniasca Internationala - Biroul National Interpol a comunicat instantei emitente a mandatului de

executare un mesaj primit de la Interpol Paris referitor la urmaritul international C.D. in care se arata ca acesta nu va putea fi arestat daca va fi localizat in tarile membre ale U.E., in lipsa unui mandat european de arestare, urmand ca instanta sa se pronunte asupra oportunitatii emiterii unui mandat european de arestare...

Fata de cele expuse mai sus, instanta a retinut urmatoarele:

- impotriva condamnatului s-a pronuntat o sentinta penala definitiva de condamnare;
- impotriva condamnatului a fost emis mandatul de executare a pedepsei pentru o pedeapsa de un an si doua luni inchisoare;
- condamnatul se sustrage executarii pedepsei, fiind dat in urmarire internationala;
- in cauza nu a intervenit prescriptia executarii pedepsei.

Vazand cele expuse mai sus, instanta a constatat ca sunt indeplinite conditiile prevazute de art. 81 din Legea 302/2004 modificata prin Legea 224/2006, motiv entru care va admite sesizarea din oficiu si in baza art. 81 alin. 1 cu referire la art. 79 si 83 alin. 2 din Legea 302/2004 modificata prin Legea 224/2006, va emite mandat european de arestare pe numele condamnatului C.D. in vederea predarii in Romania, pe numele acestuia fiind emis un mandat de urmarire international”.

Desigur ca, in practica judiciara au existat si cazuri de refuz de emitere a mandatului european de arestare intrucat nu erau indeplinite conditiile legii pentru emiterea acestuia, spre exemplu, pe motiv ca pedeapsa aplicata de instanta nu se incadreaza in limitele legale:

„Judecatoria Cluj-Napoca, Incheierea penala nr. 1/C/MEA din 24 ianuarie 2007 pr in sentinta penala nr. 200 din 7 februarie 2006 a Judecatoriei Cluj-Napoca, definitiva prin decizia penala nr. 213/2006 a Tribunalului Cluj, inculpatul V.I. a fost condamnat pentru savarsirea infractiunii de vatamare corporala grava prevazuta de art. 182 alin. 1 c.en., la o pedeapsa de 4 luni inchisoare, fiind emis mandatul de executare a pedepsei nr. 336/2006....

Mandatul de executare a pedepsei nu a fost pus in executare deoarece condamnatul nu a fost identifica pe teritoriul tarii, din verificarile efectuate pana in prezent reiesind ca acesta ar fi parasit Romania in mod legal, in data de 23 februarie 2005, prin P.T.F. Bors, cu destinatia Spania.

...Sesizarea instantei priveste situatia unei persoane condamnata definitiv la executarea unei pedepse de 4 luni inchisoare prin sentinta penala nr. 200 din 7 februarie 2006 a Judecatoriei Cluj-Napoca.

Formularea din textul art. 81 alin. 1 lit. B din Legea 302/2004, cu privire la cuantumul pedepsei pentru executarea careia se poate emite mandatul european de arestare, respectiv pedeapsa mai mare de 4 luni duce la concluzia ca pedeapsa de 4 luni inchisoare nu se incadreaza in conditia prevazuta de lege.

...In cauza de fata instanta a apreciat ca nu este intrunita conditia prevazuta de art. 81 alin. 1 lit.b din Legea 302/2004 pentru emiterea mandatului european de arestare, pentru motivele susaratare.

Fata de cele de mai sus, in temeiul art. 77, 78, art. 81 alin. 1 lit. b din Legea nr. 302/2004 modificata prin Legea nr. 224/2006, se va respinge sesizarea Parchetului de pe langa Judecatoria Cluj-Napoca cu privire la emiterea mandatului european de arestare in privinta condamnatului V.I. S-a dispus comunicarea incheierii Centrului de Cooperare Politienesca Internationala-Biroul National Interpol din M.A.I. ”

Intr-o alta cauza, Judecatoria Vaslui, prin incheierea penala din 10 ianuarie 2007 a respins sesizarea pentru emiterea mandatului european de arestare motiva de faptul ca, in cauza a intervenit prescriptia executarii pedepsei de 2 ani inchisoare, cauza care inlatura executarea pedepsei. De altfel, in cauza, prin sentinta penala 3310 din 12 decembrie 2006, Judecatoria Vaslui, in baza art. 126 alin. 1 lit. b C.pen., a constatat ca a intervenit prescriptia executarii pedepsei de 2 ani inchisoare aplicata prin sentinta penala nr. 1686/1998 a Judecatoriei Vaslui inculpatului R.L. si a dispus anulara formelor de executare, respectiv mandatul de executare nr. 2305/1998 din 1 noiembrie 1999 emis de Judecatoria Vaslui.

„S-a constatat ca, potrivit dispozitiilor art. 126 alin. 1 lit. b Cod penal termenul de prescriptie de 7 ani s-a implinit la data de 26 octombrie 2006. ... Pe cale de consecinta instanta urmeaza sa respinga sesizarea privind emiterea unui mandat european de arestare privind pe numitul R.L. 2”.

3.2 Procedura de transmitere a mandatului european de arestare

Atat reglementarile comunitare, cat si cele nationale au avut in vedere ca, dupa emiterea mandatului european de arestare, acesta sa fie transmis autoritatii judiciare de executare, tocmai pentru a se ajunge la scopul scontat, adica sa-i dea curs in sensul predarii infractorului pentru executarea mandatului de arestare ori a executarii pedepsei privative de libertate ori a unei masuri de siguranta(deasemeni privativa de libertate).

Decizia-cadru C.E.(2002/584/JAI) a reglementat procedura de transmitere a mandatului european de arestare prin art. 9-10, stipuland ca, in cazul in care se cunoaste locul unde se afla persoana cautata, autoritatea judiciara emitenta poate transmite direct autoritatii judiciare de executare mandatul european de arestare, totodata putand decide(in toate cazurile) sa semnaleze persoana cautata in Sistemul de Informatii Schengen (SIS). O astfel de semnalare este efectuata in conformitate cu dispozitiile articolului 95 din Conventia de punere in aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 privind eliminarea treptata a controalelor la frontierele comune, din 19 iunie 1990. In acest fel, o semnalare in SIS are valoarea unui mandat european de arestare, insotit de informatiile prevazute la articolul 8 alineatul (1) din Decizia-cadru.

Totodata, „pentru o perioada tranzitorie, pana in momentul in care SIS va avea capacitatea sa transmita toate informatiile mentionate la articolul 8, semnalarea are valoare de mandat european de arestare, pana la primirea originalului, in buna si cuvenita forma, de catre autoritatea judiciara de executare”.

Pentru ca autoritatea judiciara emitenta sa poata sa solicite introducerea semnalmentelor persoanei in cauza in Sistemul de Informatii Schengen, trebuie aplicate dispozitiile art. 95 ale Conventiei din 19 iunie de punere in aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 privind eliminarea treptata a controalelor la frontierele comune, articol care prevede „ procedura de introducere „a alertei”, mentionandu-se si informatiile esentiale care trebuie s-o insoteasca, si anume:

- autoritatea care a formulat cererea de arest;
- daca exista un mandat de arestare sau un alt document cu acelasi efect juridic sau o hotarare executorie;
- natura si incadrarea juridica a infractiunii;
- o descriere a imprejurarilor in care s-a comis infractiunea, inclusiv data, locul si masura in care persoana pentru care s-a emis alerta a participat la comiterea infractiunii;
- in masura in care este posibil consecintele infractiunii.”

Cert este ca, daca informatiile susmentionate insotesc semnalarea facuta in Sistemul de Informatii Schengen, aceasta semnalare echivaleaza cu un mandat european de arestare(potrivit alin. 4 al art.9 din Decizia-cadru).

Avand in vedere transpunerea cat mai fidela a prevederilor Deciziei-cadru, in legislatia romana, transmiterea mandatului european de arestare a fost reglementata prin art. 82 din Legea 302/2004, care are urmatorul continut:

„Art 82 Transmiterea mandatului european de arestare

(1) In cazul in care se cunoaste locul unde se afla persoana solicitata, autoritatea judiciara romana emitenta poate transmite mandatul european de arestare direct autoritatii judiciare de executare.

(2) Autoritatea judiciara emitenta poate sa solicite introducerea semnalmentelor persoanei in cauza in Sistemul de Informatii Schengen (SIS), prin intermediul Sistemului Informativ National de Semnalari. In acest scop, se aplica dispozitiile articolului 95 al Conventiei din 19 iunie 1990 de punere in aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 privind eliminarea treptata a controalelor la frontierele comune, Schengen.

(3) Semnalarea introdusa in Sistemul Informatic Schengen echivaleaza cu un mandat european de arestare, daca este insotita de informatiile prevazute in anexa nr. 1. Cu titlu tranzitoriu, pana la data la care Sistemul Informatic Schengen va avea capacitatea de a transmite toate informatiile mentionate in anexa nr. 1, semnalarea echivaleaza cu un mandat european de arestare in asteptarea transmiterii originalului.”

Desigur ca, in aplicarea acestor reglementari, autoritatile judiciare romane pot transmite mandatul european de arestare prin orice mijloc de transmitere sigur, care lasa o urma scrisa, cu conditia ca autoritatea de executare sa poata verifica autenticitatea acestuia(asa cum mentioneaza art. 83 alin. 1 din Legea 302/2004 cu completarile si modificarile ulterioare).

Alin. 2 al art. 83 din Legea 302/2004 cu completarile si modificarile ulterioare reglementeaza si situatia in care locul unde se afla persoana solicitata nu este cunoscut, in sensul ca transmiterea mandatului european de arestare se realizeaza prin intermediul Centrului de Cooperare Politieniasca Internationala din cadrul Ministerului Internelor si Reformei Administrative, care procedeaza la difuzarea in Sistemul Informatic Schengen sau pe canalele Organizatiei Internationale a Politiei Criminale (Interpol), dupa caz. In acest caz, transmiterea se poate efectua si prin sistemul securizat al Retelei Judiciare Europene, cand acesta va fi operational.

Este, de asemenea, indubitabil ca prevederile art. 10 din Decizia-cadru au fost transpuse in mod corespunzator in prevederile art. 83 din Legea 302/2004 cu completarile si modificarile ulterioare, aspectele procedurale fiind riguros reglementate in alin.3-6 ale articolului susmentionat, in sensul ca:

„In situatia in care autoritatea judiciara emitenta nu cunoaste autoritatea judiciara de executare, aceasta va efectua verificari, inclusiv prin punctele de contact ale Retelei Judiciare Europene sau prin directia de specialitate a Ministerului Justitiei(Directia Drept International si Tratatate), pentru a obtine informatiile necesare de la statul membru de executare.

Legea mai prevede ca orice dificultate care ar interveni in legatura cu transmiterea sau verificarea autenticitatii unui mandat european de arestare se va solutiona prin contact direct intre autoritatea judiciara emitenta si autoritatea judiciara de executare sau daca nu este posibil, prin intermediul Ministerului Justitiei.

Dupa transmiterea mandatului european de arestare, autoritatea judiciara romana emitenta poate transmite orice informatii suplimentare necesare pentru executarea mandatului.

O copie a mandatului european de arestare emis de instantele judecatoresti romane va fi trimis Ministerului Justitiei.”

Din punct de vedere statistic,(si nu numai), pentru eficientizare si uniformizare a practicii judiciare, legiuitorul a prevazut si ca:

„ In cazul transmiterii directe, autoritatile judiciare emitente romane informeaza Ministerul Justitiei in ultima zi lucratoare a fiecarui trimestru cu privire la mandatele europene de arestare emise in perioada de referinta si stadiul executarii acestora. „

Exista, evident, si cazuri care implica un transfer temporar pe teritoriul statului de executare. Este, desigur, ipoteza avuta in vedere de art. 18 din decizia-cadru, astfel:

„ 1) Atunci cand mandatul european de arestare a fost emis pentru desfasurarea urmaririi penale, autoritatea judiciara de executare trebuie:

(a) fie sa accepte audierea persoanei cautate, in conformitate cu articolul 19;

(b) fie sa accepte transferul temporar al persoanei cautate

(2) Conditiiile si durata transferului temporar sunt stabilite de comun acord de autoritatea judiciara emitenta si autoritatea judiciara de executare.

3) In caz de transfer temporar, persoana trebuie sa se poata intoarce in statul membru de executare pentru a asista la audierile care o privesc, in cadrul procedurii de predare.”

Prin prisma reglementarii romanesti, in spiritul alin. 1 al art. 84 din Legea 302/2004 cu completarile si modificarile ulterioare, autoritatea judiciara emitenta romana va putea solicita autoritatii judiciare de executare, inainte ca aceasta sa se fi pronuntat asupra predarii definitive,

predarea temporara in Romania a persoanei urmarite, in vederea ascultarii sale, sau va putea solicita sa fie autorizata luarea declaratiei acestei persoane pe teritoriul statului de executare a mandatului.

Reglementarea din Romania mentioneaza si alte situatii similare(alin. 2 al art. 84 din Legea 302/2004 cu completarile si modificarile ulterioare, dar reglementate diferit in Decizia-cadru, si sub alta denumire(predarea amanata sau conditionata- art. 24), spre exemplu:

”...daca autoritatea judiciara de executare, dupa ce a aprobat predarea persoanei urmarite, dispune suspendarea predarii pana la terminarea unui proces in curs sau pana la executarea pedepsei aplicate in statul de executare a mandatului pentru o fapta diferita de cea care face obiectul mandatului european, autoritatea judiciara romana emitenta va putea solicita predarea temporara a persoanei in vederea ascultarii sale sau a judecatii.”

4. Executarea mandatului european de arestare. Persoana condamnata in lipsa. Garantii

In procedura de executare a mandatului european de arestare de catre instantele de judecata romane, in conformitate cu prevederile art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 302/2004, daca mandatul european de arestare a fost emis in scopul executarii unei pedepse aplicate printr-o hotarare pronuntata in lipsa sau daca persoana in cauza nu a fost legal citata cu privire la data si locul sedintei de judecata care a condus la hotararea pronuntata in lipsa, autoritatea judiciara emitenta va da o asigurare considerata suficienta care sa garanteze persoanei care face obiectul mandatului european de arestare ca va avea posibilitatea sa obtina rejudicarea cauzei in statul membru emitent, in prezenta sa.

Aplicarea principiului „ne bis in idem”, potrivit caruia nicio persoana nu poate sa fie judecata de doua ori pentru aceeasi fapta, nu exclude rejudicarea cauzei privitoare la persoana condamnata in lipsa si, prin urmare, in cazul in care autoritatea judiciara emitenta comunica instantei de judecata romane atat informatii referitoare la reglementarea principiului „ne bis in idem”, cat si la reglementarea posibilitatii persoanei condamnate in lipsa de a obtine rejudicarea cauzei in statul membru emitent, cerinta prevazuta in art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 302/2004 este indeplinita.

Prin sentinta nr. 16/P din 31 ianuarie 2008 pronuntata de Curtea de Apel Constanta, Sectia penala si pentru cauze penale cu minori si de familie, a fost respinsa cererea privind mandatul european de arestare emis la 23 aprilie 2007 de catre Biroul procurorului din cadrul Tribunalului Padova, privind persoana solicitata I.C.

Pentru a pronunta aceasta sentinta, Curtea de Apel Constanta a aratat ca a fost sesizata cu cererea privind executarea mandatului european de arestare emis pe numele lui I.C., de autoritatea judiciara Tribunalul din Padova.

La dosarul cauzei, a fost depusa hotararea judecatoreasca a Tribunalului din Padova, emisa la 9 iunie 2005, confirmata de catre Curtea de Apel din Venetia la 24 februarie 2006, definitiva la 21 octombrie 2006.

Din continutul hotararii judecatoresti pronuntata de Tribunalul Padova, curtea de apel a retinut ca, la dezbaterile cauzei in care persoana solicitata a figurat ca inculpat, aceasta nu a fost prezenta, procedura de citare fiind realizata la domiciliul aparatorului sau din oficiu.

Calea de atac impotriva sentintei penale a fost exercitata tot de aparatorul din oficiu, in lipsa numitului I.C., care a fost citat tot la domiciliul avocatului.

Instanta de fond a mai retinut, pe baza comunicarii Procurorului Curtii din Padova - Biroul executarii penale, in urma solicitarilor facute, ca sentinta penala de condamnare a persoanei solicitate este definitiva din 21 octombrie 2006 si ca, potrivit procedurii nationale, nu se mai permite o a doua judecare a cauzei pe marginea acelorasi fapte si impotriva aceleiasi persoane.

Avand in vedere faptul ca persoana solicitata a fost judecata de autoritatile judiciare in lipsa si ca, urmare a necitarii la localitatea de domiciliu sau resedinta, nu beneficiaza de nicio cale de atac

extraordinara (prevazuta de legislatia romana) in care poate invoca procedura de citare, precum si declaratia persoanei solicitate prin care arata ca nu a luat cunostinta de procesul penal, in care a figurat in calitate de inculpat, Curtea de Apel Constanta a apreciat ca persoanei solicitate nu i-a fost respectat dreptul la un proces echitabil in sensul Conventiei europene pentru apararea drepturilor omului si a libertatilor fundamentale si, ca atare, a respins cererea de executare a mandatului european de arestare privind persoana solicitata I.C.

Impotriva acestei decizii, in termen legal, a declarat recurs Parchetul de pe langa Curtea de Apel Constanta, care a criticat sentinta primei instante sub aspectul legalitatii si temeiniciei, aratand in motivarea recursului ca au fost incalcate dispozitiile art. 88 din Legea nr. 302/2004 privind cazurile in care poate fi refuzata executarea unui mandat european de arestare. Parchetul a mai sustinut ca prima instanta a dat o interpretare gresita a actelor dosarului, atunci cand a apreciat ca nu au fost date suficiente garantii ca un proces judecat in lipsa poate sa fie rejudecat.

Examinand sentinta recurata, in raport cu motivele de recurs formulate si cu dispozitiile art. 3856 alin. (3) C. proc. pen., Inalta Curte de Casatie si Justitie constata ca recursul parchetului este fondat.

Tribunalul Padova a emis la 23 aprilie 2007 un mandat european de arestare pe numele intimatului I.C., in baza hotararii judecatoresti a Tribunalului din Padova din 9 iunie 2005, confirmata de hotararea Curtii de Apel din Venetia la 24 februarie 2006, definitiva la 21 octombrie 2006, prin care intimatul a fost condamnat la pedeapsa de 10 ani si 7 luni inchisoare, aplicata pentru savarsirea infractiunilor de tentativa la omor si trafic de persoane.

Rezulta, astfel, ca mandatul european de arestare contine toate informatiile prevazute in art. 8 din Decizia - cadru a Consiliului Uniunii Europene din 13 iunie 2002 si cele cuprinse in art. 79 alin. (1) din Legea nr. 302/2004 si ca pedeapsa pentru care mandatul european s-a emis si pentru care se solicita predarea cetateanului roman a fost aplicata pentru fapte incriminate si de legislatia romana, iar in cauza nu este incident niciunul din temeiurile de refuz a executarii mandatului european de arestare prevazute in art. 88 din Legea nr. 302/2004.

Inalta Curte de Casatie si Justitie mai constata ca au fost indeplinite si conditiile prevazute in art. 87 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 302/2004, in sensul ca persoana solicitata, fiind condamndata in lipsa, are posibilitatea potrivit art. 175 C. proc. pen. italian „sa ceara respingerea sentintei”, respectiv sa ceara rejudecarea cauzei, fiind asigurate astfel garantiile la care se face referire in art. 87 alin. (1) lit. a).

Instanta de fond, referindu-se la aceasta imprejurare, a dat o interpretare gresita celor comunicate de Procurorul Curtii din Padova - Biroul executarii penale, care se refera la principiul „ne bis in idem” prevazut in art. 649 C. proc. pen. italian, dar si de Codul de procedura penala roman, potrivit caruia „nicio persoana nu poate sa fie judecata de doua ori pentru aceeași fapta.” Aplicarea acestui principiu nu exclude posibilitatea reluării judecatii unei cauze, atunci cand aceasta a avut loc cu incalcarea normelor de procedura privind prezenta partilor la proces, asa cum este si cazul intimatului I.C., care a fost condamnat si judecat in lipsa sa.

Fata de aceste considerente, Inalta Curte de Casatie si Justitie constata ca sentinta primei instante este nelegala, intrucat a respins cererea de executare a mandatului european, in conditiile in care nu exista niciun motiv de refuz al executarii mandatului european de fata si intrucat, prin punerea lui in executare, nu se aduce nicio atingere dreptului la un proces echitabil al persoanei solicitate, aceasta avand, potrivit legislatiei italiene, posibilitatea sa ceara respingerea sentintei de condamnare si rejudecarea sa.

In consecinta, in temeiul art. 38515 pct. 2 lit. d) C. proc. pen., recursul a fost admis, sentinta recurata a fost casata si, rejudecand, Inalta Curte de Casatie si Justitie, in baza art. 94 alin. (1) din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciara internationala in materie penala, a admis cererea de executare a mandatului european de arestare din 23 aprilie 2007 emis de Biroul procurorului din cadrul Tribunalului Padova privind persoana solicitata I.C., a dispus punerea in executare a mandatului european de arestare mentionat si predarea persoanei solicitate catre autoritatile judiciare italiene.

Totodata, Inalta Curte de Casatie si Justitie a dispus fata de persoana solicitata masura preventiva a obligarii de a nu parasi tara, pe o durata de 30 zile, incepand cu 26 martie 2008, in vederea predarii.

5. Recurs in interesul legii pentru aplicarea unitara a art. 81 alin. 1 din Legea 302/2004

In mai 2008 Procurorul general al Romaniei a intenta un recurs in interesul legii inaintat Inaltei Curti de Casatie si Justitie, Procurorul General a precizat ca in jurisprudenta actuala s-au conturat doua orientari cu privire la interpretarea si aplicarea unitara a dispozitiilor art. 81 alin. 1 din Legea nr.302/2004 privind cooperarea judiciara internationala in materie penala, cu modificarile si completarile ulterioare, referitoare la emiterea mandatului european de arestare.

Intr-o prima orientare, instantele de judecata emit direct mandatul european de arestare constatand ca sunt indeplinite conditiile prevazute de art.81 alin.1 lit.a si b din Legea nr.302/2004.

Alte instante dispun emiterea mandatului european de arestare printr-o incheiere prealabila, prin care se constata indeplinirea conditiilor de fond prevazute in dispozitia legala invocata.

Procurorul General considera ca emiterea directa a mandatului european de arestare reprezinta solutia legala. Practica neunitara privind acest subiect a fost generata de faptul ca art. 81 din Legea nr.302/2004 modificata prin Legea nr.224/2006, nu reglementeaza o procedura expresa de emitere a unui mandat european de arestare de catre instantele judecatoresti, ca autoritati judiciare competente. Prin urmare, in absenta unei astfel de reglementari exprese, o parte a jurisprudentei a aplicat prin analogie regulile de procedura din materia masurii preventive a arestarii, considerand necesara pronuntarea unei incheieri prealabile prin care sa se dispuna cu privire la emiterea mandatului european de arestare.

Premisele legale ale practicii neunitare ce fac obiectul prezentului recurs in interesul legii sunt urmatoarele:

Potrivit art. 77 din Legea nr.302/2004 mandatul european de arestare este o decizie judiciara emisa de autoritatea judiciara competenta a unui stat membru al Uniunii Europene, in vederea arestarii si predarii catre un alt stat membru a unei persoane solicitate in vederea efectuarii urmaririi penale, a judecatii sau in scopul executarii unei pedepse sau a unei masuri privative de libertate. De asemenea, conform art.81 alin.1 din actul normativ invocat, instanta care a emis mandatul de arestare preventiva in cursul urmaririi penale ori al judecatii sau instantei de executare emite, din oficiu sau la cererea procurorului, un mandat european de arestare in urmatoarele scopuri: in vederea efectuarii urmaririi penale sau al judecatii, daca fapta este pedepsita de legea penala romana cu o pedeapsa privativa de libertate de cel putin un an, sau in vederea executarii pedepsei, daca pedeapsa aplicata este mai mare de 4 luni. Astfel, scopul acestui act procedural este acela de a aduce cat mai curand in tara persoana suspectata ca a comis o infractiune sau a fost condamnata definitiv in Romania, constituind un „vehicul” pentru mandatul national de arestare preventiva ori de executare a pedepsei inchisorii. Pe de alta parte, arestarea preventiva reprezinta o masura de exceptie, cu caracter special, reglementata prin dispozitii speciale in Titlul IV al Partii speciale a Codului de procedura penala, ce sunt derogatorii de la dreptul comun. Acestea sunt incidente ori de cate ori obiectul judecatii il reprezinta masura preventiva a arestarii, fie exclusiv, fie conexa altor raporturi juridice penale.

Astfel, potrivit dispozitiilor procedurale prevazute in art.146 – 150 si art.160 din Codul de procedura penala, masura preventiva a arestarii poate fi luata de un singur judecator, prin incheiere si in camera de consiliu, cu participarea procurorului, invinuitului sau inculpatului precum si a aparatorului acestuia, atat in cursul urmaririi penale cat si in cursul judecatii. Impotriva acestei hotarari se poate exercita calea de atac a recursului, care nu este suspensiv de executare conform art.1403 alin.8 si art.141 alin.3 din Codul de procedura penala.

Prin urmare, in materia arestarii preventive exista o reglementare speciala cu privire la luarea si punerea in executare a acestei masuri.

De asemenea, conform art.418 din Codul de procedura penala, hotararea definitiva prin care s-a solutionat actiunea penala si s-a dispus condamnarea inculpatului la pedeapsa inchisorii sau detentiunii pe viata se pune in executare de catre prima instanta de judecata, cu exceptia hotararilor pronuntate in prima instanta de catre Inalta Curte de Casatie si Justitie.

In ambele cazuri, masura arestarii va fi adusa la indeplinire prin parcurgerea a doua etape.

Punerea in executare a incheierii prin care se dispune luarea masurii preventive a arestarii ori a hotararii definitive de condamnare se va face fie prin emiterea mandatului de arestare preventiva (art.151 din Codul de procedura penala), fie prin emiterea mandatului de executare a pedepsei inchisorii ori a pedepsei detentiunii pe viata (art.419 – 422 din acelasi cod).

Totodata, executarea efectiva a acestui ordin se va face de catre organele de politie si administratia locului de detinere, cu respectarea procedurii si conditiilor prevazute in art.152 si art.154, in primul caz, respectiv art.421 din Codul de procedura penala in cel de-al doilea caz.

Activitatea procesuala si procedurala de punere in executare a privarii de libertate, ca masura preventiva sau punitiva a invinuitului, inculpatului sau condamnatului aflat pe teritoriul Romaniei este reglementata deci prin norme de drept pozitiv ce apartin atat procedurii penale cat si unor legi speciale (Legea nr.275/2006 pentru executarea pedepsei si a masurilor dispuse de organele judiciare in cursul procesului penal s.a.).

Mandatul de arestare preventiva sau cel de executare a pedepsei inchisorii, prin care judecatorul sau judecatorul delegat ordona si imputerniceste organele de politie si Administratia Penitenciarelor sa caute pe teritoriul national si sa incarcereze persoana mentionata, devine inoperant in cazul in care aceasta a parasit Romania, insa caracterul executoriu al incheierii prin care s-a dispus arestarea preventiva precum si al hotararilor definitive de condamnare la pedeapsa inchisorii impune ca aceste hotarari sa fie puse in aplicare si in afara tarii, in baza tratatelor si conventiilor internationale si europene privind cooperarea juridica internationala in materie penala.

Pentru declansarea procedurii de emitere a mandatului european de arestare trebuie avut in vedere un aspect esential, si anume ca persoana urmarita sa nu se mai afle pe teritoriul Romaniei, epuizandu-se in prealabil procedura dării in urmarire in conditiile reglementate de art.4931 – 4937 din Codul de procedura penala.

Emiterea mandatului european de arestare isi are originea, conform art.81 alin.1 din Legea nr.302/2004, tot in incheierea prin care se dispune arestarea preventiva sau hotararea definitiva de condamnare la pedeapsa inchisorii, in executarea carora, initial, tot judecatorul sau judecatorul delegat a emis mandatul de arestare preventiva sau mandatul de executare a pedepsei inchisorii.

Asa cum este definit si in art.77 alin.1 din Legea nr.302/2004 modificata, mandatul european de arestare este o „decizie judiciara” prin care magistratul roman imputerniceste autoritatea judiciara competenta a unui stat membru al Uniunii Europene sa procedeze la arestarea si predarea persoanei solicitate in vederea aducerii la indeplinire a unui mandat de arestare preventiva sau de executare a pedepsei inchisorii. Acest act procedural intervine deci in faza „executionala” a hotararilor pronuntate de instantele judecătorești din Romania, avand menirea de a continua executarea lor si in afara teritoriului national de catre alti subiecti oficiali.

Legea speciala recunoaste judecatorului, in art.81, dreptul de dispozitie, dupa verificarea conditiilor si competentelor legale, cu privire la emiterea sau nu a acestui act de cooperare judiciara internationala in materie penala. Prin urmare, este inutila si inoportuna parcurgerea unei alte proceduri jurisdictionale in acest sens, cata vreme dispozitia de arestare a parcurs garantiile privind dreptul la aparare si caile de atac. De altfel, conform art.2 alin.1 din Codul de procedura penala, procesul penal se desfasoara potrivit dispozitiilor prevazute de lege, iar conform art.126 alin.2 din Constitutia Romaniei, revizuita, procedura de judecata este prevazuta numai prin lege. Rezulta, deci, ca orice judecata, inclusiv caile de atac, nu poate avea loc decat in conditiile si formele prevazute de lege. Or, cata vreme legea speciala nu prevede o procedura expresa de emitere a mandatului european de arestare, a considera ca emiterea acestui act procedural trebuie dispusa printr-o judecata prealabila, finalizata printr-o incheiere, inseamna a adauga la lege.

În concluzie, constatând că sunt îndeplinite condițiile de fond impuse de art. 81 alin.1 din actul normativ invocat, instanța trebuie să emită direct mandatul european de arestare, fiind nejustificată și inoportună pronunțarea în prealabil a unei încheieri prin care judecătorul să-și dispună exercitarea acestui drept propriu și exclusiv.

Aceeași concluzie se impune și analizând Proiectul de lege privind unele măsuri pentru consolidarea cooperării judiciare cu state membre ale Uniunii Europene care, prin dispozițiile cuprinse în Titlul I, modifică și completează Legea nr.302/2004. Astfel, prin art.I pct. 28 se intenționează modificarea art. 81 din Legea nr.302/2004 care va purta denumirea marginală „procedura de emitere a mandatului european de arestare”, legiuitorul cautând, prin precizările pe care le aduce, să lamurească neclaritățile generate de actuala reglementare. Astfel, cu precădere, în alineatele 2 și 3 ale articolului 81 se reglementează activitățile ce se întreprind în vederea emiterii mandatului european de arestare. Din alineatul 2 rezultă că și condiție prealabilă (asemenea procedurii actuale) preexistența unui mandat național de arestare preventivă sau de executare a pedepsei (emis cu respectarea procedurii prevăzute de legea națională). În măsura în care se verifică existența acestui mandat și respectarea condițiilor impuse cu privire la pedeapsa prevăzută de lege sau aplicată, alineatul 3 lit.a prevede că judecătorul emite mandatul european. Faptul că, în această ipoteză (a îndeplinirii condițiilor legale impuse pentru emitere) nu mai este necesară o încheiere constatatoare a acestui aspect rezultă din compararea alin.3 lit.a cu alineatul 3 lit.b. Acesta din urmă prevede expres existența unei încheieri numai atunci când nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru emitere, încheierea constatând acest rezultat negativ al verificării cu consecința imposibilității emiterii mandatului european .

6. Concluzii

Mandatul european de arestare a înlocuit procedurile referitoare la extrădare începând cu data de 1 Ianuarie 2004 pentru toate statele membre ale UE. Impulsul declanșator al inițierii unei astfel de proceduri simplificate - mandatul european de arestare - a fost determinat de atacurile teroriste din Statele Unite ale Americii din 11 septembrie 2001. Atacurile teroriste nu numai că au întărit importanța unor măsuri în securitatea internă a UE, dar au creat presiune în justiția Uniunii Europene, dând naștere într-un timp foarte scurt la acțiuni legislative substanțiale. Între aceste inițiative de cooperare, mandatul european de arestare este de departe cea mai ancorată în actualitate, răspunzând nevoii resimțite de statele membre de a reacționa rapid și prompt la stimulii infracționali întru realizarea scopurilor Uniunii Europene.

Referințe bibliografice

- Ion Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat* (București, Editura Global Lex, 2008), 535
- Vasile Pavaleanu, *Drept procesual penal. Partea specială, vol II*, (București, Editura Lumina Lex, 2007) 503-522
- Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, (București, Editura Hamangiu, 2007) 982-983
- Costel Niculeanu, “Aspecte cu privire la natura juridică a reținerii și procedura acesteia în cazul mandatului european de arestare”, *Revista Dreptul*, nr. 10 (2008), 173-178
- Florin Razvan Radu, “De la extradare la mandatul european de arestare. O privire istorică și juridică”, *Revista Dreptul*, nr. 2 (2006), 197-208
- Ioana Cristina Morar, “Conceptul de mandat european de arestare în legislația română”, *Curierul judiciar*, nr. 7-8 (2006)
- Deciziei-Cadru a Consiliului Uniunii Europene nr. 2002/584/JHA din 13 iunie 2002
- Legea nr. 224/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr.302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală
- Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare

ARESTUL LA DOMICILIU

Andrei BĂICOIANU*

Abstract

Home confinement also called house arrest or home detention is a measure of safety for society that implies detention of a person to his or her residence, ensured by the authorities of the state. This measure restricts or denies the right to travel but it is a better alternative to prison time. During the trial, the impeached will be monitored through a G.P.S. system and any violation of the restrictions established by the judge will be punished. There are certain conditions provided by the law, such as presenting himself or herself at the terms of the trial, going to work, going to classes or sustaining any activity essential for providing the means necessary to live. In these cases there are proceedings that must be followed. The judge or the evidence office must be notified and confirm or deny movement of the indicted. As a historical reference, this measure started to be applied since the end of the 19th century, as an alternative to parole. The efficiency of the system increased dramatically when electronic monitoring devices started to be used. These were not expensive and very easy to use and manage. The first trial that ended with a house arrest sentence using an electronic bracelet happened in 1983. During time, house arrest was used by governments as a measure of silencing their political opponents. In these particular cases the person was forbidden to use any means of communication, and if allowed, the calls or electronic mail would have been intercepted. In Romania this measure is not being applied yet, but it is force since the 15 of July 2010, when the Parliament voted for the Criminal Procedure Code.

Cuvinte cheie: arest, domiciliu, G.P.S., supraveghere, drept la libertate

1. Introducere

Arestul la domiciliu reprezintă o măsură prin care inculpatul este obligat să nu părăsească spațiul locativ pe perioada stabilită de judecător. Respectarea acesteia se verifică printr-un sistem de monitorizare prin G.P.S. precum și de către ofițerul delegat, iar încălcarea poate duce la înlocuirea măsurii cea a cu arestului preventiv.

Chiar dacă această sancțiune nu este aplicată deocamdată în legislația română, sunt opinii care descriu arestul la domiciliu ca fiind un compromis între interdicția de a părăsi localitatea și cea de arest preventiv efectiv.

În alte state (S.U.A), arestul la domiciliu poate fi soluția definitivă a unui caz. Astfel, prin hotărâre judecătorească definitivă se poate dispune ca inculpatul să nu părăsească domiciliul pe o perioadă de timp stabilită de judecător. Doctrina găsește utilă această pedeapsă datorită suportării mai ușoare a șocului eliberării și reintroducerii în societate, precum și din punctul de vedere al costurilor de întreținere a sistemului penitenciar. Beneficii sunt de ambele părți, condamnatul putând să mențină relații normale cu familia sa, să poată naviga pe internet, își poate căuta un job, și cu aprobarea instanței de judecată, se poate prezenta la locul de muncă și desfășura o activitate lucrativă de natură a-i oferi mijloacele necesare existenței, ca orice alt angajat. Astfel, din punctul acesta de vedere se aplică 2 tipuri de restrângere a libertății persoanei: într-un prim exemplu, arest permanent (24/24) iar într-un al doilea exemplu, o restrângere limitată, arestul la domiciliu fiind valabil în afara programului de lucru. Excepții de la pedeapsa ar fi întâlnirile cu ofițerul de probațiune, vizitele la secția de poliție, vizitele medicale precum și motivele ce țin de religia persoanei condamnate. Ca și în legislația noastră, ofițerul delegat are datoria de a verifica, prin sondaj, dacă cel ce suportă pedeapsa se află la domiciliu în intervalul stabilit.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: andrey_dizzy@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

Mijloacele tehnologice ce fac posibilă această pedeapsă constau într-un sistem de monitorizare prin satelit, (G.P.S.) și brățări de plastic care emit un impuls electro-magnetic unic, ce sunt aplicate la glezna condamnatului. Pentru a descuraja tentativele de „evadare” aceste brățări au fost prevazute cu un senzor de presiune ce depistează încercarea de înlăturare a acestora. Supravegherea condamnaților este adeseori cedată prin contracte încheiate între stat și diverse companii de supraveghere, pază și protecție care repartizează angajaților săi sarcina monitorizării a numeroși condamnați simultan. Un alt sistem de ținere sub supraveghere constă în folosirea unui serviciu automat ce nu necesită contact inter-uman. Vocea condamnatul ce trebuie să răspundă la telefon este înregistrată și comparată automat cu tiparul stabilit prin expertiză audio-fonică. Dacă vocea celui ce răspunde la telefon nu coincide cu amprenta fonică a condamnatului, compania de supraveghere va anunța de urgență ofițerul de probațiune ce se ocupă de acest caz, iar acesta va fi obligat ca în cel mai scurt timp să verifice prezența condamnatului la domiciliu.

2. Arestul la domiciliu - prezentare comparată

Ca dată istorică, instituția arestului la domiciliu există și este aplicată încă din anii 1900, ca alternativă la eliberarea condiționată. Fenomenul a luat amploare abia după ce tehnologia a permis monitorizarea la distanță, costurile de achiziționare și întreținere a acestui sistem constituind un atu al acestuia. Primul caz ce a avut ca soluție arestul la domiciliu, folosindu-se de acest sistem a avut loc în anul 1983, cele soluționate anterior fiind puse în executare prin verificări ale organelor ce aveau datoria legală de a verifica respectarea hotărârii definitive.

Exemple de cazuri celebre din S.U.A. ar fi reprezentative, având în vedere faptul că această instituție este introdusă ca premieră legislativă acolo și aplicată cu succes și astăzi.

Cazul William Calley, ofițerul reponsabil de masacrul My Lai, săvârșit pe data de 16 martie 1968, în timpul războiului din Vietnam, de către o unitate a armatei Statelor Unite ale Americii. În acea zi un număr cuprins între 347 și 504 de civili neînarmați din sudul Vietnamului, în mare parte copii, femei și bătrâni au fost bătuți, torturați, abuzați sexual, omorâți iar corpurile lor au fost găsite mutilate. 26 de soldați au fost puși sub acuzare pentru această atrocitate, dar doar William Calley a fost găsit vinovat și condamnat la detențiune pe viață, dar beneficiind de clemența prezidențială, pedeapsa i-a fost înlocuită cu 3 ani și șase luni de arest la domiciliu.

Cazul Riddick Bowe, un fost campion mondial la box. Acesta a fost pus sub arest la domiciliu pentru o perioadă scurtă de timp după ce a fost eliberat din închisoare, pentru a se readapta în mod treptat vieții sociale cotidiene. În timpul procesului, reprezentantul său legal a adus probe conform cărora loviturile primite în viața de sportiv i-au cauzat acestuia grave tulburări psihice și modificări psihotrope, ce au fost luate în considerare, prin comparație între discursul acestuia înregistrat înainte de meciul cu Golota și după acest meci.

Cazul Debra Lafave, o profesoară de origine americană, la gimnaziul Angelo L. Greco, a fost acuzată și a pledat vinovată pentru act sexual cu un minor, acesta din urmă având vârsta de 14 ani. Organele de cercetare au fost sesizate de mama copilului. Aceștia au obținut mandat de arestare pe baza ascultării telefonice a conversațiilor dintre profesoară și elev. În primă fază, arbitrajul nu a avut succes, deoarece mama elevului nu a fost de acord să participe, dar cu puțin timp înainte de judecarea cauzei aceasta a aflat că procesul va fi televizat, iar pentru a evita expunerea fiului său, a acceptat arbitrajul. Astfel, înțelegerea a fost ca Lafave să se declare vinovată iar judecătorul să îi acorde pedeapsa arestului la domiciliu pe o perioadă de 3 ani și alți 7 ani termen de încercare. S-au născut controverse din întrebarea dacă un bărbat ar fi putut beneficia de un asemenea tratament în acest caz. Pe 8 decembrie 2005 procurorul a renunțat la acuzare, iar pe 29 octombrie s-a anunțat că Debra Lafave poate interacționa liber cu copii.

Paris Hilton este de asemenea un caz mediatizat în care s-a aplicat arestul la domiciliu. În septembrie 2006, faimoasa moștenitoare a „imperului” Hilton a fost acuzată de conducere a unui

autovehicul având în sânge o concentrație alcoolică mai mare de 0.08% ce depășește limita legală stabilită în acest stat. În noiembrie 2006 i s-a suspendat carnetul de conducere. În ianuarie 2007 a fost acuzată de conducere imprudentă. A pledat vinovat, și a fost obligată la plata unei amenzi de 1500\$ și 36 de luni termen de încercare. Pe 15 ianuarie 2007 a fost oprită pentru conducerea unui autovehicul fără carnet de circulație. Pe 27 februarie 2007 aceasta a fost surprinsă având viteza de 70 de mile pe oră, când limita maximă era de 35, de asemenea, având permisul suspendat și fără a folosi farurile deși condițiile de drum necesitau folosirea acestora. (în jurul orei 3 dimineața). Procurorii au considerat că aceste abateri repetate și consecutive constituie o încălcare a termenului de probă, iar pe data de 4 mai 2007 judecătorul Michael Sauer a condamnat-o pe Paris la 45 de zile de detenție. Aceasta a început executarea pedepsei pe data de 5 iunie 2007 iar pe 7 iunie, șeriful districtului Los Angeles a dispus înlocuirea pedepsei detențiunii cu cea a arestului la domiciliu pe o perioadă de 40 de zile datorită unei condiții medicale nespecificate. Baca (șeriful) a declarat că „mesajul meu pentru cei ce nu agreează celebritățile este că pedepsirea lor mai dur decât am pedepsi un cetățean obișnuit nu este justiție”.

Această intuiție își găsește aplicarea și în legislația unor țări europene: Italia, Marea Britanie, Moldova, etc...

În Italia măsura arestului la domiciliu (*arresti domiciliari*) este o practică frecventă și constituie o măsură legală de limitare a dreptului la libertate a suspectilor, alternativă a detenției în instituții specializate de corecție. Această măsură se aplică cu titlul de pedeapsă și condamnațiilor ce mai au de executat o mică parte din aceasta sau acelorora a căror sănătate nu le permite permanența într-un penitenciar, cu excepția cazurilor în care aceștia prezintă un grad de pericol social ridicat. Codul de procedură penală italiană dă dreptul judecătorului de a obliga pe inculpat să nu părăsească casa, domiciliul, reședința, proprietatea ori orice alt loc de recuperare ori reeducare unde el sau ea ar putea fi găzduit momentan. În cazurile în care se consideră necesar, judecătorul poate dispune interzicerea contactului între condamnat și orice altă persoană înafară de cei ce locuiesc cu acesta ori care îl asistă. Dacă subiectul nu își poate satisface necesitățile, aflându-se într-o accentuată stare de sărăcie, judecătorul îi poate permite acestuia să părăsească locul de detenție stabilit pentru intervalul strict stabilit de aceștia pentru exercitarea unei meserii sau profesii din care să își poată procura mijloacele necesare supraviețuirii. Autoritățile îl pot verifica oricând pe condamnat, care este considerat, de facto, în stare de detenție. Încălcarea termenilor de detenție duc imediat la transferul într-o unitate corecțională (penitenciar). Această măsură nu se poate aplica unei persoane ce a fost găsită vinovată de săvârșirea unei evadări în ultimii 5 ani.

În Marea Britanie în anul 2005 parlamentul a adoptat un act ce reglementează prevenirea actelor teroriste pe teritoriul acestei țări. Printre numeroasele măsuri preventive de securitate reglementate de acest act se află și arestul la domiciliu pentru persoanele implicate ori suspectate a aparține unor grupuri teroriste, precum și restrângerea drepturilor acestora de a comunica prin intermediul telefoanelor mobile ori a internetului cu lumea exterioară, iar dacă doresc să primească vizite, să declare numele vizitatorului în avans, așa încât persoana respectivă să poată fi identificată și verificată de MI5.

Dacă această măsură se aplica în mod excepțional condamnațiilor de rând, aceasta este în majoritatea statelor aflate sub un regim autoritar (libertatea de expresie neputând fi comparată cu cea percepută în cadrul unei democrații) una dintre modalitățile de represiune preferate împotriva opoziției. În aceste cazuri, subiectului infracțiunii i se interzice comunicarea de orice fel ori prin orice mijloc cu lumea exterioară. În cazul în care i se permite comunicarea telefonică, aceste convorbiri sunt ascultate pentru a se obține dovezi cu privire la infracțiuni privind siguranța ori securitatea statului, dovezi ce pot aduce pedepse mult mai mari, executate în centre speciale de detenție, ori chiar pedeapsa cu moartea în unele state mai puțin civilizate, care, printre altele, nu sunt membre la convențiile privind dreptul la viață ori libertate de gândire și exprimare.

Un astfel de exemplu ar fi cazul lui Zhao Ziyang, un cunoscut lider comunist chinez care a fost pus sub arest la domiciliu timp de 16 ani după protestele din piața Tiananmen din anul 1989.

Toate mișcărilor sale trebuiau să fie aprobate de biroul central al parlamentului comunist chinez care îi aproba numai vizite scurte și „tăcute” în diverse locuri din țară precum și anumite activități de recreere, cum ar fi golful.

Un exemplu de măsură represivă politică de actualitate este punerea sub arest la domiciliu a liderului opoziției egiptene Mohamed ElBardei, în urma manifestațiilor violente de la Cairo împotriva regimului președintelui Hosni Mubarak. Acesta a fost somat să nu părăsească moscheea unde se ruga în cursul zilei de vineri. Măsura a fost încălcată, polițiștii recurgând la forță pentru a controla mulțimea ce în final a reușit să înlăture regimul Mubarak.

3. Arestul la domiciliu în viitoarea legislație procesual penală din România

În legislația română, arestul la domiciliu nu este prevăzut ca pedeapsă ci ca măsură procesuală. Aceasta poate fi aplicată atât în faza de urmarire cat si pe parcursul fazei de judecată a procesului penal, deci atât învinutului cât și inculpatului. Prin această măsură se limitează dreptul la libertate de circulație al persoanei, și nu dreptul la libertate, în general. (Libertatea de circulație este specie/parte a dreptului la libertate). Și limitarea are limitările ei: subiectului pasiv al pedepsei i se permite totuși să lucreze, să urmeze cursuri de formare profesională, să își procure mijloacele necesare supraviețurii, să părăsească imobilul (domiciliul) în anumite cazuri de excepție – cutremur, incendiu. Aceștia îi pot fi permise dacă sunt anunțate anterior vizite ale unor alte persoane decât cele ce locuiesc cu el ori îl asistă.

Conform noului Cod de procedură penală¹ arestul la domiciliu constă în obligația impusă inculpatului, pe o perioadă determinată, de a nu părăsi imobilul unde locuiește în mod statornic fără

¹ Art. 221. Conținutul măsurii arestului la domiciliu (1) Măsura arestului la domiciliu constă în obligația 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. (2) Pe durata arestului la domiciliu, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată impune inculpatului respectarea următoarelor obligații: a. să se prezinte în fața organului de urmărire penală, a judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată ori de câte ori este chemat; b. să nu comunice, pe nicio cale, cu persoana vătămată sau membrii de familie ai acesteia, cu alți participanți la comiterea infracțiunii, cu martorii ori experții, precum și cu orice alte persoane care nu locuiesc în mod obișnuit împreună cu el sau nu se află în îngrijirea sa. (3) Judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată poate dispune ca, pe durata arestului la domiciliu, inculpatul să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere. (4) Obligația prevăzută în alin. (3) poate fi dispusă numai cu acordul inculpatului. (5) În cuprinsul încheierii prin care se dispune măsura sunt prevăzute în mod expres obligațiile pe care inculpatul trebuie să le respecte și i se atrage atenția că, în caz de încălcare cu rea-credință a măsurii sau a obligațiilor care îi revin, măsura arestului la domiciliu poate fi înlocuită cu măsura arestării preventive. (6) Pe durata măsurii, inculpatul poate părăsi imobilul prevăzut în alin. (1) pentru prezentarea în fața organelor judiciare, la chemarea acestora. (7) La cererea scrisă și motivată a inculpatului, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, prin încheiere, îi poate permite acestuia părăsirea imobilului pentru prezentarea la locul de muncă, la cursuri de învățământ sau de pregătire profesională ori la alte activități similare sau pentru procurarea mijloacelor esențiale de existență, precum și în alte situații temeinic justificate, pentru o perioadă determinată de timp, dacă acest lucru este necesar pentru realizarea unor drepturi ori interese legitime ale inculpatului. (8) În cazuri urgente, pentru motive întemeiate, inculpatul poate părăsi imobilul fără permisiunea judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată, informând imediat despre aceasta, pe orice cale, organul de poliție desemnat cu supravegherea sa și organul judiciar care a luat măsura arestului la domiciliu ori în fața căruia se află cauza. (9) Copia încheierii judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată prin care s-a luat măsura arestului la domiciliu se comunică, de îndată, inculpatului și organului de poliție desemnat cu supravegherea sa, în vederea asigurării respectării de către inculpat a măsurii dispuse și a obligațiilor care îi revin pe durata acesteia. (10) Organul de poliție desemnat de organul judiciar care a dispus arestul la domiciliu verifică periodic respectarea măsurii și a obligațiilor de către inculpat, iar în cazul în care constată încălcări ale acestora, sesizează de îndată procurorul, în cursul urmăririi penale, judecătorul de cameră preliminară, în procedura de cameră preliminară sau instanța de judecată, în cursul judecății. (11) Pentru supravegherea respectării măsurii arestului la domiciliu sau a obligațiilor impuse inculpatului pe durata acesteia, organul de poliție

permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza și de a se supune unor restricții stabilite de acesta. De asemenea, se prevede că limita de timp în cursul urmăririi penale, pentru care se poate dispune această măsură este de 30 de zile. Acest termen poate fi prelungit, în condițiile legii. În situația în care asupra inculpatului planează suspiciunea întemeiată conform căreia acesta a săvârșit fapte cu violență asupra unui membru al familiei nu se poate lua măsura arestului la domiciliu. La fel și în cazul în care inculpatul a mai fost condamnat pentru infracțiunea de evadare, dacă nu a intervenit reabilitarea ori s-a împlinit termenul de reabilitare de drept. Această măsură se dispune de către judecătorul de cameră preliminară ori de judecătorul în fața căruia se află cauza, la cererea motivată a procurorului ori din oficiu. Tot cu titlu de noutate absolută se constituie instituția judecătorului de drepturi și libertăți, ce are ca îndatoriri luarea măsurilor privative de orice fel pentru inculpați.

Pe durata arestului la domiciliu, judecătorul de drepturi și obligații, de cameră preliminară sau instanța de judecată impune inculpatului respectarea următoarelor obligații:

a. Să se prezinte la serviciul de probațiune (precum și în fața organului de cercetare penală, a judecătorului de drepturi și obligații, a celui de cameră preliminară ori a instanței de judecată) ori de câte ori este chemat.

b. Să nu comunice, pe nicio cale, cu persoana vătămată sau membrii de familie ai acesteia, cu alți participanți la săvârșirea infracțiunii, cu martorii ori experții, precum și cu orice alte persoane care nu locuiesc în mod obișnuit împreună cu el sau care nu se află în îngrijirea sa.

4. Concluzii

Beneficii ale acestei măsuri sunt de ambele părți ale raportului penal: inculpatul poate petrece timp alături de familia sa, fără a fi dislocat din cadrul acesta, putând avea o viață cotidiană relativ obișnuită; iar statul nu mai alocă resursele necesare deținerii acestuia în detenție (mâncare, căldură, îmbrăcăminte, consiliere psihologică, medicală, supraveghere, etc.) și nu mai trebuie să se preocupe de reintroducerea acestuia în societate, funcție care oricum în sistemul nostru legislativ și penitenciar pare să nu dea roade, dovadă fiind procentajul imens al recidiviștilor.

Această măsură este binevenită, mai ales în condițiile economice actuale, cu condiția ca prețul pe care îl vom da pentru achiziționarea sistemului de monitorizare american să nu fie la fel de disproportionat ca cel pe care l-am dat pentru proiectul autostrăzii Bechtel. Părerea mea e ca merităm ceva mai bun de atât..

Referințe bibliografice:

1. Lexis Nexis:
 - a. „Home-arrest monitors make digital a buy” by Steve Halpern, The Miami Herald, December the 3rd 1990
 - b. „Climb-down; Prevention of terrorism bill” anonymous author, The Economist, February the 26th 2005
 - c. „Home sweet jail” by Rebecca Dube, The Globe and Mail (Canada), May the 31st 2007
2. Legea 135 din 1 iulie 2010 privind Codul de procedură penală
3. Wikipedia
4. Mediafax

poate pătrunde în imobilul unde se execută măsura, fără învoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc împreună cu acesta. (12) În cazul în care inculpatul încalcă cu rea-credință măsura arestului la domiciliu sau obligațiile care îi revin ori există suspiciune rezonabilă că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară ori instanța de judecată, la cererea motivată a procurorului sau din oficiu, poate dispune înlocuirea arestului la domiciliu cu măsura arestării preventive, în condițiile prevăzute de lege.

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PRINCIPIUL „NON REFORMATIO IN PEJUS” ÎN PROCESUL PENAL DIN ROMÂNIA

Sorin ILIE*

Abstract

The judicial review of the court decisions has an important role in justice. This type of control is achieved through procedure called appeal. The appeals regarding judge decisions, in most of the cases, are performed by the parties. To encourage the parties on performing the appeals and to eliminate their fears that they could worsen their procedural situation, a democratic principle was introduced in the law. It is recognized as the non reformatio in pejus principle. According to this, nobody could worsen his situation on its appeal. Because of this rule the eventual errors can be eliminated and the parties will receive a fair trial.

Cuvinte cheie: *Proces penal, Căi de Atac, Efecte, Non reformatio in pejus, Controlul judecătoresc.*

1. Considerații introductive

Judecând cauzele cu care sunt investite, instanțele pot comite greșeli în privința stabilirii cu corectitudine a faptelor și în aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor legale. De asemenea, în cazul comiterii unor erori în procesul de înfaptuire a justiției culpa poate plana asupra părților, care cu buna știință omit prezentarea adevărului. Remedierea erorilor necesită supunerea pricinii unei noi judecăți. În acest context apare instituția căii de atac.

Controlul judecătoresc declanșat prin prisma exercitării căilor de atac are atât un rol preventiv cât și unul reparator, deoarece prin acesta, pe de-o parte organele judiciare sunt determinate să depună mai multă diligență atunci când acționează, iar totodată, erorile apărute pot fi înlăturate.

Calea de atac reprezintă un mijloc procesual indispensabil pentru garantarea drepturilor individuale împotriva hotărârilor judecătorești greșite. Posibilitatea amplificării gradelor de jurisdicție contribuie la atingerea în cât mai bune condiții a scopului urmărit de orice procedură judiciară, respectiv acela de a descoperi adevărul și de a face lumină pe deplin în cauza penală¹.

În doctrină au fost propuse diferite clasificări ale căilor de atac în funcție de anumite criterii de diferențiere. Una dintre cele mai importante clasificări împarte căile de atac în două categorii: căi de atac ordinare și extraordinare.

Căile de atac ordinare sunt acelea pe care legea le conferă în mod normal, fără a cere îndeplinirea vreunei condiții excepționale și care se folosesc contra hotărârilor nedefinitive, care nu au dobândit putere de lucru judecat². Acestea sunt apelul și recursul.

Căile de atac extraordinare sunt acelea pe care legea le acordă în mod excepțional și pot fi exercitate numai împotriva unor hotărâri definitive care au intrat în puterea lucrului judecat (contestația în anulare, revizuirea și recursul în interesul legii)³.

Apelul și recursul manifestă natura juridică a unor remedii procesuale menite a repara erorile apărute atât în cadrul judecăților în primă instanță, cât și pe cele ulterior semnalate, până la rămânerea definitivă a hotărârilor penale⁴. Aceste căi de atac ordinare, odată admise, produc

* Student, anul IV, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București (e-mail: sorinilie_26@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

¹ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedura penală*. Partea specială, vol. II, editia a III-a, Editura Paideia, București.

² Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwers, București, 2010, p.451.

³ *ibidem*

⁴ Tr. Pop, vol. IV, p.339 *apud* N. Volonciu, *op.cit.*

următoarele patru efecte: suspensiv, devolutiv, extensiv și efectul neagrării situației în propria cale de atac, cunoscut sub denumirea de *non reformatio in pejus*.

2. Aplicarea principiului *non reformatio in pejus* în dreptul procesual penal

Având o veche aplicabilitate, principiul *non reformatio in pejus* ajută la încurajarea părților să utilizeze căile de atac, în speranța că vor obține o hotărâre mai apropiată de propriile deziderate. Potrivit acestuia, nimănui nu i se poate crea o situație defavorabilă prin intermediul exercitării propriei sale căi de atac.

Folosirea căii de atac nu poate crea titularului o situație mai grea, deoarece în acest caz s-ar putea determina abținerea părții de la exercitarea drepturilor sale procesuale de teama asumării acestui risc⁵. Grație regulii „*non reformatio in pejus*”, instituția procesuală a controlului judecătoresc prin intermediul căilor de atac capătă o nestânjenită posibilitate de a funcționa⁶.

Dupa cum se poate observa, principiul funcționează atât în interesul justițiabililor cât și în interesul bunei înfaptuirii a justiției.

Regula este instituită în dreptul procesual penal în art.372 C.pr.pen., potrivit căruia „instanța de apel soluționând cauza, nu poate crea o situație mai grea pentru partea care a declarat apel”. Deasemenea, potrivit alin. 2 al aceluiaș articol, dispoziția se aplică și în cazul apelului declarat de procuror în favoarea unei părți. În materia recursului, conform 385⁸ C.p.p. sunt menționate aceleași aspecte. Din modul de exprimare al legiuitorului se înțelege faptul că neagrarea poate privi doar soluția, nu și considerentele hotărârii⁷.

În afara căilor ordinare de atac principiul beneficiază de o largă aplicabilitate, găsindu-și întrebuintărea ori de câte ori sunt rezolvate probleme legate de hotărârile judecătorești.

În privința contestației în anulare, deși nu se prevede în mod expres în lege, se admite faptul că instanța de recurs investită cu rejudecarea cauzei care a făcut obiectul deciziei desființate, în virtutea principiului *non reformatio in pejus*, nu poate crea contestatarului o situație mai grea decât cea rezultată din hotărârea retractată⁸.

Fiind analizat în doctrina, de cele mai multe ori din perspectiva aspectelor sale pozitive, adesea, prin aplicarea acestui principiu se îngreșește posibilitatea instanței de apel/recurs de a îndrepta hotărârile nelegale și netemeinice, dacă prin aceasta s-ar crea o situație mai grea pentru partea care a utilizat respectiva cale de atac.

Din considerentele menționate, regula *non reformatio in pejus* reprezintă o derogare de la principiile legalității și aflării adevărului. Așadar, atunci când instanța de apel constată că hotărârea este nelegală și netemeinică, nu poate dispune anularea și pronunțarea unei alte hotărâri prin care s-ar înrăutăți situația părții care a declarat apel⁹.

Efectul neagrării situației în propria cale de atac devine incident numai în situația în care partea este singurul titular care a declarat apel/recurs, sau singurul titular căruia i s-a admis respectiva cale de atac. Prin urmare, în situația în care una din părți declară apel, dar, în același timp, procurorul a declarat apel în defavoarea părții și a fost admis apelul procurorului, apelul părții fiind respins, nu acționează regula *non reformatio in pejus*.

Referitor la apelul declarat de procuror se impun următoarele precizări: În cazul în care procurorul declară apel și în motivarea scrisă critică hotărârea într-un sens care este favorabil inculpatului, se trage concluzia că apelul a fost declarat în favoarea părții și, în consecință, procurorul de ședință nu poate cere desființarea hotărârii pentru alte motive decât cele arătate în scris, dacă, prin

⁵ Nicolae Volonciu, *op.cit.*

⁶ Ion Neagu, „Tratat de procedura penală. Partea specială, Editura Universul Juridic, București, 2009.

⁷ Gh. Mateuț, *Procedura penală. Partea specială, Vol. II, Editura Lumina Lex, București, 1998.*

⁸ M. Damaschin, *op.cit.*, p.536.

⁹ Ion Neagu, *op. cit.*, p.317.

motivele expuse în ședința de judecată, s-ar crea inculpatului o situație mai grea¹⁰. Pe de altă parte, când în apelul declarat de procuror s-au invocat motive, atât în favoarea, cât și în defavoarea părții, situația inculpatului poate fi agravată, deoarece un asemenea apel nu poate fi considerat ca fiind exercitat în favoarea părții¹¹. Așadar pentru ca apelul sau recursul procurorului să poată opera în favoarea unei părți este necesar să existe o manifestare explicită, neechivocă în acest sens, deoarece o formulare ambiguă din care poate să rezulte și elemente în favoare, dar și în defavoare, nu produce efectul de neagravare¹².

Se poate lesne observa că atunci când apelul procurorului a fost făcut ad mitiorem, adică în favoarea inculpatului, instanța de apel nu are de ales decât între două alternative: aceea de a ușura situația intimatului, admitând apelul, și aceea de a menține soluția adoptată de prima instanță, prin respingerea apelului; în nici un caz însă ea nu va putea să agraveze situația inculpatului, sub aspect penal sau civil¹³.

Principiul *neagravării situației în propria cale de atac* subzistă și în ipoteza în care cu ocazia judecării apelului inculpatului sunt descoperite acte materiale noi. În acest sens, nu poate fi agravată situația inculpatului în cazul în care, în urma judecării apelului declarat de acesta, instanța a restituit cauza procurorului în vederea completării urmăririi, și cu ocazia completării urmăririi s-au descoperit noi acte materiale care intră în conținutul aceleiași infracțiuni. Astfel, prin instituirea acestei reguli se înlătura posibilitatea înrăutățirii situației părții care a declarat apel, indiferent de aspectele noi ce se ivesc în judecarea căii de atac.

Dispozițiile art.372 C.pr.pen. sunt aplicabile nu numai în fața instanței de apel, ci și în fața instanței la care s-a trimis cauza după admiterea apelului, ori la care cauza a revenit spre rejudecare după restituirea ei procurorului pentru refacerea sau completarea urmăririi penale. Instanța care a primit cauza în urma desființării cu trimitere spre rejudecare, nu poate aplica o pedeapsă mai mare decât aceea stabilită în hotărârea desființată în urma apelului inculpatului. Această soluție se impune și în situația în care cauza a fost restituită de către instanța de apel procurorului în vederea completării urmăririi penale și acesta a sesizat prima instanță printr-un nou rechizitoriu¹⁴.

Principiul are un caracter absolut, acesta aplicându-se chiar și în situația în care pe parcursul procesului apar modificări legislative. Astfel, dacă după admiterea apelului inculpatului, în cursul rejudecării cauzei apare o lege penală care prevede pedepse mai aspre, situația inculpatului nu poate fi agravată corespunzător în exercitarea propriei sale căi de atac.

În cele mai multe cazuri ivite în practică, interpretarea și aplicarea corectă a principiului nu ridică dificultăți. Prin urmare, în apelul declarat de inculpat, instanța de apel nu poate reține starea de recidivă, care, în mod greșit, nu fusese reținută de prima instanță sau nu poate schimba încadrarea juridică a faptei într-o infracțiune mai gravă, chiar dacă pedeapsa aplicată ar fi mai mică.¹⁵ Tot în practică s-a stabilit că, rejudecând cauza, în urma apelului declarat de inculpat, instanța de apel nu poate reține în sarcina acestuia mai multe infracțiuni în concurs față de o singură infracțiune reținută de prima instanță, chiar dacă pedeapsa pronunțată de prima instanță se menține.¹⁶

În agravarea situației inculpatului pot contribui și anumite aspecte de drept procesual intervenite pe parcursul judecării cauzei. Acest aspect a fost susținut în practică în situația în care instanța superioară a schimbat încadrarea dintr-o infracțiune pedepsită la plângere prealabilă într-o infracțiune pentru care acțiunea penală se exercită din oficiu.

O decizie demnă de luat în considerare cu privire la încălcarea principiului *non reformatio in pejus* a fost pronunțată de către instanța supremă în următoarea situație: După cum este cunoscut,

¹⁰ T.S., s. pen., decizia nr. 1960/1985, în I. Neagu, *op.cit.*, p. 324.

¹¹ T.S., s. pen., decizia nr.2791/1971, în I. Neagu, *op.cit.*, p.324.

¹² Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007.

¹³ Mircea Damaschin, *op.cit.*, p.484.

¹⁴ T. jud. Mureș, dec. penala nr. 1205/1972, în I. Neagu, *op.cit.*, p.320.

¹⁵ I. Poenaru, *apud* I. Neagu, *op.cit.*, p.318.

¹⁶ T. jud. Galați, dec.pen. nr. 356/1970, în I. Neagu, *op.cit.*

învinuitul față de care s-a dispus scoaterea de sub urmărire penală prin rechizitoriu, poate solicita schimbarea temeiului de drept al dispoziției de scoatere de sub urmărire penală cuprinsă în rechizitoriu, prin intermediul unei plângeri adresată judecătorului în temeiul art. 278¹ C.p.p.

În caz de admitere a plângerii, judecătorul nu poate pronunța decât soluția prevăzută în art.278¹ alin.8 lit.b) C.p.p., iar nu și soluția prevăzută de litera c) al aceluiaș articol, întrucât reținerea cauzei spre judecare prevăzută în acest din urmă text de lege implică dobândirea calității de inculpat de către învinuitul care a formulat plângerea și, în consecință, agravarea situației acestuia în propria cale de atac.¹⁷

În practică au existat și împrejurări mai puțin evidente în ceea ce privește agravarea situației părții în propria cale de atac, acestea generând controverse.

Astfel în practică s-a decis că se încalcă dispozițiile art.372, când instanța, în apelul inculpatului, înlocuiește suspendarea executării pedepsei închisorii cu executarea pedepsei la locul de muncă. Mai mult, în anumite opinii s-a susținut că în calea de atac a inculpatului nu se poate dispune, nici chiar la cererea lui, ca prestarea muncii să aiba loc în altă unitate, deoarece s-ar încălca principiul *non reformatio in pejus*. După alte opinii mai bine argumentate s-a susținut că instanța de control judiciar, ținând seama de interesul celui condamnat, poate schimba locul de prestare a muncii fără a determina prin aceasta o agravare a situației inculpatului. Diferențele de regim între ipoteza în care munca se prestează în unitatea în care condamnatul își desfășoară activitatea și aceea când pedeapsa este executată în altă unitate sunt legate de interesele concrete ale inculpatului și nu de conținutul reglementării legale¹⁸. Concluzionând, în apelul inculpatului, instanța va putea schimba unitatea în care inculpatul își va executa pedeapsa la locul de muncă, fără ca prin aceasta să se încalce principiul neagrării situației în propria cale de atac.

O altă controversă aparută în practică a vizat luarea măsurii de siguranță a obligării la tratament medical, de către instanța de apel, față de inculpatul condamnat, chiar dacă sentința de condamnare a fost apelată numai de către acesta. Instanța de apel a aplicat această măsură inculpatului motivând că acesta prezintă tulburări de comportament și, din cauza intoxicației cronice prin alcool, prezintă pericol pentru societate.

În anumite opinii se consideră că măsurile de siguranță cu caracter medical sunt sancțiuni coercitive având drept efect restângerea libertății persoanei. Cel față de care s-a luat măsura și constrâns să se supună unui tratament medical și prin acest fapt libertatea acestuia suferă o limitare, acest lucru conducând la agravarea situației inculpatului în propria cale de atac.

În mod justificat, potrivit altor puncte de vedere, se considera că prin luarea măsurii de siguranță a obligării la tratament medical se înlătură atât starea de pericol pentru societate cât și pericolul la care ar putea fi expusă sănătatea inculpatului. Prin urmare, măsura obligării la tratament medical se înfațișează ca o modalitate legală prin care este ocrotit însuși interesul celui față de care se aplică¹⁹. De aceea, prin obligarea inculpatului la tratament medical în urma apelului exercitat de către acesta nu se încalcă principiul *non reformatio in pejus*.

Tot din practica instanțelor de judecată au rezultat aspecte interesante atunci când în apelul inculpatului s-a dispus înlocuirea pedepsei închisorii cu suspendarea condiționată a acesteia, cu pedeapsa amenzii. Într-o opinie se consideră că instanța care soluționează calea de atac a apelului, poate aplica pedeapsa amenzii în locul închisorii cu suspendarea condiționată a executării pedepsei, fără a agrava situația inculpatului, deoarece pedeapsa închisorii este întotdeauna mai grea decât cea a amenzii chiar dacă prima este suspendată condiționat, iar cea de-a doua este imediat executabilă²⁰. Potrivit altei opinii, la determinarea raportului de gravitate dintre două pedepse, trebuie să se țină cont de situația existentă în momentul pronunțării deciziei, făcându-se abstracție de posibilitatea ca

¹⁷ I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 3554 din 2 noiembrie 2009

¹⁸ I. Neagu, *op.cit.*, p.319.

¹⁹ C. Bulai, St.Bocăneț, Condiții procesuale pentru luarea măsurilor de siguranță, *apud* I.Neagu, *op.cit.*, p.322.

²⁰ Gh. Mateuț, Procedură penală. Partea specială, vol. II, Editura Lumina Lex, București, 1998.

măsura suspendării să fie revocată ca urmare a săvârșirii unei eventuale infracțiuni în termenul de încercare. Așadar, în momentul pronunțării deciziei inculpatul nu este ținut să execute pedeapsa închisorii. De aceea înlocuirea acestei pedepse neexecutabile, cu pedeapsa amenzii supusă imediat executării, produce o agravare a situației inculpatului.

În concluzie, înlocuirea pedepsei închisorii cu suspendarea executării, cu pedeapsa amenzii poate reprezenta o încălcare a principiului *non reformatio in pejus*, dar, considerăm că instanța de apel, pentru a nu încălca principiul, trebuie să analizeze fiecare caz în parte raportându-se la situația personală a celui cărui urmează să-i fie aplicată sancțiunea. Astfel, în cazul în care inculpatul are o situație financiară rezonabilă, acestuia îi va fi mult mai ușor să execute pedeapsa amenzii și prin aceasta să se elibereze de orice obligație.

După cum se poate observa din cele expuse, cele mai frecvente referiri legate de acest principiu au fost făcute cu privire la inculpat, însă regula *non reformatio in pejus* se aplica asemănător și celorlalte părți.

Pot constitui agravări ale situației părții civile, în propria cale de atac, următoarele împrejurări: respingerea acțiunii civile, deși aceasta fusese admisă prin hotărârea atacată; micșoarea sumelor acordate cu titlu de despăgubiri de către prima instanță; înlăturarea solidarității inculpaților la plata despăgubirilor civile; scoaterea din cauza penala a părții responsabile civilmente.

În ceea ce privește partea responsabilă civilmente, va fi încălcat principiul neagrării situației în propria cale de atac, atunci când, în apelul/recursul exercitat de aceasta, pentru a i se acorda cheltuieli judiciare, ar fi obligată în solidar cu inculpatul la reparații civile, deși anterior nu se reținuse o astfel de obligație. De asemenea, i se va agrava situația și în ipoteza în care, în apelul/recursul promovat de aceasta i se va majora cuantumul despăgubirilor la care era obligată conform primei hotărâri.

Referitor la apelul sau recursul părții vătămate, practica a decis că nu se poate considera o agravare a acesteia, schimbarea sau modificarea soluției în favoarea inculpatului, deoarece aplicarea corectă a legii penale nu poate depinde de interesele acestei părți²¹.

Pentru martor, expert, interpret, apărător, persoană ale cărei interese au fost vătămate printr-o măsură sau printr-un act al instanței, în apelul sau recursul lor nu se poate înlătura și nici diminua ceea ce li s-a acordat prin hotărârea atacată.

3. Concluzii

Având în vedere cele expuse, constatăm faptul că, prin aplicarea principiului *non reformatio in pejus* are loc, în anumite situații, o derogare de la principiile legalității și aflării adevărului. Uneori acest principiu împiedică înlăturarea erorilor din hotărârile atacate. Cu toate acestea, el are un rol benefic în realizarea controlului judecătoresc prin intermediul căilor de atac, deoarece fără existența acestuia, părțile procesuale ar manifesta reticență în privința exercitării acestor căi.

Referințe bibliografice

- Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010
- Gheorghiu Mateuț, *Procedură penală. Partea specială, Vol. II*, Editura Lumina Lex, 1998
- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală, partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2009
- Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu 2007
- Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea specială, vol. II*, Ediția a III-a, Editura Paideia
- Jurisprudența I.C.C.J., Secția penala, 2009
- Codul de procedură penală

²¹ Grigore Theodoru, *op.cit.*, p.747.

PREZENTAREA MATERIALULUI DE URMĂRIRE PENALĂ

Cristina GLEVESANU*

Olimpia ILIE**

Abstract

This article covers the main issues that created discussion regarding the method used in presenting the evidence of criminal proceedings as well as the procedure as stated in the Criminal Procedure Code. This evidence is a crucial part of the defendant's right to a defense, this entails a need for a closer look at the activity that takes place when the prosecutor using all available methods and authorities which are set in motion after the investigation is done, after which it is decided that the defendant should be sent to stand trial. As a procedural aspect of this, the prosecution calls forth the defendant so that he can take notice of the charges against him, the evidence sustaining this claim as well as possible sentencing at which time the defendant can offer up other testimonies and other requests that might help his defense. All of these proceedings are documented thoroughly and can be used as evidence during the trial. During all of these acts that precede the actual trial the defendant has the right to be represented by an attorney in accordance to article 171 and 172 of the Criminal Procedure Code. As well as those presented above the article will also analyze actual trials and exemplify such cases which prove relevant to the topic to be discussed.

Cuvinte cheie: prezentare, material, urmărire penală, organ de cercetare penală, procedură, învinuit/inculpat, nulitate.

Noțiuni introductive

1. Prezentarea materialului de urmărire penală – concept

Încheierea fazei de urmărire penală, ca prima fază a procesului penal, are o deosebită importanță atât pentru organele de cercetare penale cât și pentru învinuit sau inculpat. Legea procesual penală conține numeroase dispoziții legale care stabilesc conținutul actelor procedurale îndeplinite de către organele competente cât și procedura ce trebuie făcută în vederea îndeplinirii unor asemenea acte.

Prezentarea materialului de urmărire penală reprezintă unul din acele momente care încheie desfășurarea urmăririi penale. De asemenea, este o garanție a dreptului la apărare înscris în art. 24 din Constituția României care prevede că „dreptul la apărare este garantat” (alin. 1) și totodată „în tot cursul procesului, părțile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu” (alin. 2)¹, precum și în art. 6 C. pr. pen.

În literatura de specialitate², s-a dat o definiție prezentării materialului de urmărire penală ca reprezentând acea activitate desfășurată de organele de urmărire penală, la sfârșitul urmăririi penale, prin care probele administrate sunt aduse la cunoștința învinuitului sau inculpatului în vederea cunoașterii de către acesta a întregului material probator și pentru a i se da posibilitatea de a combate probele în acuzare prin noi cereri sau declarații suplimentare.

* Student, Facultatea de drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (e-mail: cristina.glevesanu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

** Student, Facultatea de drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (olimpia.ilie@yahoo.com).

¹ A se vedea și Convenția Europeană a Drepturilor Omului, art.6, parag. 3; Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, art. 15; Codul de procedură civilă, art. 42, art. 44, O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă (M.Of. nr. 327 din 25 aprilie 2008).

² M. Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p. 380

Importanța instituției prezentării materialului de urmărire penală este evidențiată de strictă reglementare din dispozițiile art. 250-254 C. pr. pen., și totodată, de sancțiunile aplicate în cazul nerespectării procedurii prevăzute de lege.

2. Condițiile preexistente prezentării materialului de urmărire penală

Normele procesual penale care reglementează procedura prezentării materialului de urmărire penală, stipulează că pentru a putea prezenta materialul de urmărire penală inculpatului, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

a) Actul procedural al prezentării materialului de urmărire penală are loc dacă a fost pusă în mișcare acțiunea penală în cauza respectivă, după s-au efectuat toate actele de urmărire necesare și dacă nu se constată că există vreunul din cazurile de încetare a urmăririi penale sau de scoatere de sub urmărire penală prevăzute de art. 10 C. pr. pen. Per a contrario, prezentarea materialului de urmărire penală devine facultativă. Însă, conform recentelor modificări aduse art. 257 C. pr. pen. această condiție nu mai este de actualitate.

Anterior modificării textului de lege³, în cazul în care acțiunea penală nu a fost pusă în mișcare, procurorul dispunea prezentarea materialului de urmărire penală numai „dacă socotește necesar”. În acest fel, prezentarea materialului învinuitului sau inculpatului rămânea la latitudinea procurorului. Curtea Constituțională s-a pronunțat cu privire la expresia „dacă socotește necesar” ca fiind neconstituțională, considerând că prezentarea materialului de urmărire penală este obligatorie în toate cazurile. Astfel, se asigură învinuitului sau inculpatului un proces penal echitabil și, în același timp, se garantează dreptul la apărare, dreptul de a fi asistat de un avocat ales sau numit din oficiu conform dispozițiilor art. 24 din Constituție.

a. Să existe posibilitatea ca organele de urmărire penală să ia contact cu inculpatul în vederea prezentării materialului de urmărire penală pe care acestea sunt obligate să îl pună la dispoziție învinuitului sau inculpatului. În cazul în care învinuitul sau inculpatul se află în arest preventiv organul de cercetare penală va dispune aducerea acestuia, iar în cazul în care învinuitul sau inculpatul se află în stare de libertate, organul de cercetare penală va dispune chemarea sa prin intermediul instituției citării.

b. Administrarea probelor în cauză să ducă la concluzia că inculpatul trebuie trimis în judecată. Probele pot fi definite ca fiind elemente de fapt cu relevanță informativă asupra tuturor cauzelor laturii penale.⁴ Astfel, este necesar să se constate dacă fapta săvârșită constituie sau nu infracțiune, precum și identificarea făptuitorului pentru justa soluționare a cauzei.

Unii autori⁵ vorbesc și despre o a patra condiție „cercetarea penală să fie terminată în sensul că organul de urmărire să considere elucidată cauza sub toate aspectele.

3. Organele competente

Prezentarea materialului de urmărire penală, potrivit art. 250, este de competența organelor de cercetare penală sau de procuror, după caz.

Este competent *organul de cercetare penală* în următoarele situații:

a) În cazul în care infracțiunea săvârșită este de competența acestuia, adică să fi fost cel care a efectuat cercetările în cauza respectivă.

³ Art. 257 este reprodus astfel cum a fost modificat prin art. I, pct. 161 din Legea nr. 181/2003.

⁴ Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. V, ediția a II-a*, Editura Academiei & Editura All Beck, București, 2003, p. 171.

⁵ Alexandru Pinte, *Urmărirea penală, fază a procesului penal*, Editura Ministerului Administrației și Internelor, București, 2004, p. 263; Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Paideia, București, p. 73

Competența organelor de cercetare penale este diferită în funcție de tipul lor. Astfel că, organele de poliție judiciară au o competență generală, ocupându-se de orice tip de infracțiune care nu este dată în competența procurorului sau organelor de cercetare penale speciale. Acestea din urmă sunt enumerate de art. 208 C.pr.pen: a) ofițeri anume desemnați de comandanții unităților militare, b) ofițeri desemnați de șefii comendurilor de garnizoană, c) cei desemnați de comandanții centrelor militare, d) ofițeri desemnați din cadrul Poliției de Frontieră și e) căpitani porturilor, fiecăroră revenindu-le competențe potrivit infracțiunilor specifice mediului lor de activitate.

b) Acțiunea penală să fi fost pusă în mișcare. În cazul în care nu există vreo situație specială competent va fi organul de cercetare penală.

Competența *procurorului* intervine:

a) În situația în care nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală. Se au în vedere dispozițiile legale care prevăd ca dosarul va fi înaintat procurorului pentru ca acesta, ulterior, să cheme învinuitul și să îi prezinte materialul de urmărire penală conform art. 250 C.pr.pen.

b) Există și anumite infracțiuni, enumerate de art. 209 alin. (3) C.pr.pen.⁶, de a căror strictă competență este procurorul, incluzând și prezentarea materialului. Aceste infracțiuni sunt: infracțiuni contra statului, omorul, omorul calificat, omorul deosebit de grav, pruncuciderea, determinarea sau înlesnirea sinuciderii, lipsirea de libertate, sclavia, pirateria, tâlhăria agravată, luarea de mită, nerespectarea regimului privind materialele nucleare, infracțiunea săvârșită cu intenție care a avut ca urmare moartea unei persoane, infracțiunea săvârșită de judecători de la judecătorii și tribunale, și procurori de pe lângă acestea, infracțiuni rezultate ca urmare a încălcărilor privind protecția muncii etc.

4. Procedura prezentării materialului de urmărire penală

Procedura prezentării materialului de urmărire penală este, așa cum am arătat, o instituție ce garantează dreptul la apărare al învinuitului sau inculpatului. Această procedură, conform legii procesual penale, este obligatorie indiferent dacă s-a pus sau nu în mișcare acțiunea penală în cursul urmăririi penale.

Prin prezentarea materialului de urmărire penală se oferă învinuitului sau inculpatului posibilitatea de a lua la cunoștință de probele existente împotriva sa și de a-și organiza apărarea. În același timp, instituția oferă acestora posibilitatea să ia cunoștință de eventualele lipsuri în ceea ce privește caracterul complet al urmăririi penale.⁷

4.1. Efectuarea prezentării materialului de urmărire penală. În conformitate cu art. 250 C.pr.pen., după efectuarea tuturor actelor de urmărire penală și punerea în mișcare a acțiunii penale, inculpatului i se pune în vedere dreptul său de a lua la cunoștință de materialul de urmărire penală, arătându-i-se totodată și încadrarea juridică a faptei. În acest moment dosarul își pierde caracterul său secret devenind accesibil inculpatului pentru garantarea dreptului său la apărare. În urma luării la cunoștință de dosar, inculpatul împreună cu apărătorul său, fie din oficiu, fie ales, își vor pregăti o apărare. Astfel, sunt asigurate toate drepturile persoanei în cauză, precum și garantarea unui proces echitabil.

Organul de cercetare penală este obligat să asigure inculpatului condițiile de loc și timp pentru luarea la cunoștință de materialul prezentat. Dacă acesta nu poate să citească organul are obligația de a îi face prezentarea materialului. În cazul în care inculpatul este asistat de un apărător, acesta din urmă poate face lecturarea materialului. Se recurge la folosirea unui interpret în cazul în care inculpatul nu cunoaște limba în care redactat dosarul.

⁶ Alin. (3) al art.209 este reprodus astfel cum a fost modificat prin art. XVIII pct. 26 din Legea nr. 202/2010.

⁷ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.

4.2. Procesul-verbal de prezentare a materialului de urmărire penală

În situația în care dispozițiile cuprinse în art. 250 au fost aduse la îndeplinire este necesară întocmirea unui proces-verbal în care se specifică declarațiile, cererile și răspunsurile inculpatului. Pe lângă acestea din urmă, vor fi consemnate și mențiunile arătate de art. 91 C.pr.pen: data și locul unde a fost încheiat; numele, prenumele și calitatea celui care îl încheie, precum și a martorilor atunci când aceștia există; descrierea amănunțită a celor constatate și a măsurilor luate; numele, prenumele, ocupația și adresa persoanelor la care se referă procesul-verbal, obiecțiile și explicațiile acestora și mențiunile prevăzute de lege pentru cazurile speciale. De asemenea, același articol din lege, prevede și obligativitatea semnării procesului verbal pe fiecare pagină de persoanele la care se referă textul legal. În cazul refuzului sau a imposibilității vreuneia din aceste persoane de a semna se va face mențiune despre această.

Procesul-verbal are ca și funcție dovedirea efectuării prezentării materialului de urmărire penală, cât și a declarațiilor și cererilor pe care inculpatul le-a făcut cu această ocazie.

4.3. Cereri noi formulate. Conform alin. (3) al art. 250 C.pr.pen. organul de cercetare penală îl cheamă pe inculpat în fața sa, și „*il întreabă, după ce a luat la cunoștință de materialul de urmărire penală, dacă are de formulat cereri noi sau dacă vrea să facă declarații suplimentare*”. În situația în care învinutul sau inculpatul intervine în completarea urmăririi penale prin aceste modalități, are loc examinarea noilor cereri, declarații sau răspunsuri ale acestuia.⁸

Noile cereri formulate de inculpat sau de apărătorul său trebuie să fie examinate cu atenție și obiectivitate pentru a se evita întârzieri nejustificate în desfășurarea procesului penal.⁹ De asemenea, cererile noi formulate de către învinut sau inculpat trebuie să fie pertinente și concludente. Este necesar să se aibă în vedere acele cereri întemeiate, deoarece în cazul respingerii se poate ajunge în situația reluării cercetării penale și deci, se va dispune restituirea dosarului în vederea completării fie procurorului, fie instanței de judecată.

În concluzie, în urma analizării cu atenție de către organul de cercetare penală a cererilor noi sau a declarațiilor suplimentare formulate, în baza art. 252 C.pr.pen. se va dispune prin ordonanță motivată conform dispozițiilor din alin. (2) art. 203 C.pr.pen.:

- a) Admiterea noilor cereri și completarea urmăririi penale
- b) Respingerea noilor cereri; în acest caz, procedura materialului de urmărire penală se va considera finalizată.

4.4. Prezentarea din nou a materialului de urmărire penală. Se procedează la prezentarea din nou a materialului de urmărire penală în cazul în care organul de cercetare penală sau procurorul a dispus completarea prin efectuarea de noi acte de cercetare penală¹⁰ sau dacă se constată că trebuie schimbată încadrarea juridică a faptei.

Baza legală a prezentării din nou a materialului de urmărire penală o constituie art. 253 din Codul de procedura penală, care prevede în dispozițiile sale obligativitatea organului de cercetare penală de a dispune din nou prezentarea în cazurile mai sus menționate. Când în dosar se depune un înscris nou după prezentarea materialului de urmărire penală, nu mai este necesară o nouă prezentare inculpaților a căror situație nu este vizată prin înscrisul respectiv.¹¹

În literatura de specialitate, s-a făcut mențiunea că prezentarea din nou a materialului de urmărire penală potrivit art. 253 C.pr.pen., se face numai cu condiția ca inculpatul să fie trimis în

⁸ C. Paraschiv, M. Damaschin, *Procedura prezentării materialului de urmărire penală*, Revista de Drept Penal, nr. 2/2000, p. 65.

⁹ *ibidem*⁸, p. 55

¹⁰ A. Stoicescu, *Din nou despre prezentarea materialului de urmărire penală*, R.D.P., nr. 2/1997, p. 121 și urm.

¹¹ T.S., s. pen, dec. nr. 1481/1975.

judecată. Pentru cazurile prevăzute în art. 10 C.pr.pen. nu se va mai proceda astfel, ci, conform dispozițiilor din art. 243, respectiv art. 249, se va înainta dosarul procurorului împreună cu propuneri de încetarea urmăririi penale sau de scoatere de sub urmărire.

Pentru a se constata din dosarul cauzei ca organul de urmărire penală a prezentat materialul de urmărire penală și a respectat prevederile legale privind dreptul la apărare, legea instituie obligativitatea întocmirii unui proces-verbal și în cazul prezentării din nou a materialului. Se asigură învinutului sau inculpatului posibilitatea luării la cunoștință de noile acte de cercetare penală, de noi probe administrate ori, după caz, de schimbarea încadrării juridice a faptei în vederea pregătirii unei apărări împotriva acuzațiilor aduse acestuia.

Dacă în cauză sunt mai mulți inculpați, materialul de urmărire penală se prezintă individual, încheindu-se separat proces-verbal de prezentare a materialului pentru fiecare inculpat. Când, datorită propunerii unui singur inculpat, s-au efectuat noi acte de cercetare penală, se va proceda potrivit art. 253, în această situație prezentarea materialului făcându-se tuturor inculpaților.¹²

Și în cazul unei noi prezentări a materialului de urmărire penală este necesară prezența apărătorului învinutului sau inculpatului fie ales, fie din oficiu.

4.5. Cazuri de neprezentare a materialului de urmărire penală

Cazurile de neprezentare a materialului de urmărire penală sunt reglementate de art. 254¹³ C. pr. pen. Așadar, materialului de urmărire nu poate fi prezentat în cazul în care inculpatul sau apărătorul său a lipsit în mod nejustificat la chemarea organului de urmărire penală ori refuză¹⁴ în mod nejustificat prezentarea materialului de urmărire penală ori este dispărut.

Potrivit art. 254 alin. (1) C. pr. pen., referatul de terminare a urmăririi penale trebuie să includă împrejurările concrete care au condus la neprezentarea materialului de urmărire penală. Prezentarea materialului de urmărire penală va redeveni obligatorie când, conform art. 254 alin. (2), învinutul sau inculpatul se prezintă, este prins sau adus înaintea organului judiciar. Se vor distinge două modalități¹⁵ în funcție de momentul în care cauza de împiedicare dispăre:

- Dacă învinutul sau inculpatul se prezintă, este prins sau adus anterior înaintării dosarului la procuror, se va dispune prezentarea materialului de urmărire penală

- Dacă învinutul sau inculpatul se prezintă, este prins sau adus ulterior înaintării dosarului la procuror, iar instanța nu a fost sesizată, procurorul procedează la prezentarea materialului de urmărire penală și inculpatul este trimis în judecată conform alin. (2) al art. 261 C. pr. pen.

5. Rolul apărătorului în cadrul prezentării materialului de urmărire penală

Constituția, ca lege fundamentală a statului, instituie în art. 24 dreptul la apărare al persoanelor: „*în tot cursul procesului penal părțile au dreptul să fie asistate de un avocat ales sau numit din oficiu.*” Astfel, se asigură tuturor persoanelor dreptul de a se apăra ea însăși sau de a beneficia de un apărător.

¹² M. Damaschin, *op. cit.*, p. 383 și urm.

¹³ Modificat prin Legea nr. 281/2003. Anterior adoptării Legii nr. 281/2003, în lege se prevedea posibilitatea de a nu proceda la prezentarea materialului de urmărire penală și atunci când inculpatul nu locuia în țară. Modificarea art. 254, în sensul eliminării sintagmei “sau nu locuiește în țară”, s-a impus ca urmare a Deciziei Curții Constituționale nr. 294 din 2002, publicată în M. Of. Nr.891 din 10 dec. 2002, prin care s-a constatat neconstituționalitatea textului legal în discuție statuând că acesta contravenea art. 16 din Constituție care consacră egalitatea în drepturi a cetățenilor precum și dreptul la apărare prevăzut de art. 24 din Constituție.

¹⁴ Refuzul inculpatului de a i se prezenta materialul de urmărire penală nu constituie o piedică pentru continuarea procesului penal.

¹⁵ C. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 66.

Tot astfel, este prevăzut dreptul la apărare și de Codul de procedura penală în art. 6 precum și în Declarația Universală a Drepturilor Omului și Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

Considerată ca o activitate procesuală complexă, apărarea impune ca, la eforturile persoanei ce luptă pentru apărarea drepturilor și intereselor sale, să se alăture și participarea unui apărător, care poate fi o persoană aleasă sau numită în procesul penal, în scopul de a ajuta părțile să-și apere interesele ocrotite de lege.¹⁶

Asistența juridică este o componentă a dreptului la apărare și poate fi exercitată numai de către avocați. Se face o diferență între noțiunea de „avocat” și cea de „apărător”, făcându-se precizia, în literatura de specialitate, că noțiunea de apărător este mai extinsă comparativ cu aceea de avocat. Spre exemplificare, apărarea poate fi realizată și de persoane care nu au calitatea de avocat, cum ar fi magistrații, în ipoteze reglementate expres în lege.

Asistența juridică, potrivit dispozițiilor art. 171 C. pr. pen., poate fi atât facultativă, cât și obligatorie în cazurile prevăzute de lege, chiar și atunci când inculpatul este arestat într-o altă cauză¹⁷. Potrivit aceluiași articol, organele judiciare au obligația să aducă la cunoștința învinutului sau inculpatului dreptul său de a fi asistat de un apărător în tot cursul urmăririi penale.

Potrivit art. 172 alin. (1) C. pr. pen., în cursul urmăririi penale, apărătorul învinutului sau inculpatului are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală și poate formula cereri și depune memorii. Conform aceluiași alineat, efectuarea actului de urmărire penală nu este împiedicată de lipsa aparatatorului în cazul în care acesta a fost încunoștințat de către organele de cercetare penală; aceasta din urmă, reprezintă o obligație a organului de cercetare penală pentru a asigura învinutului sau inculpatului dreptul său la apărare.

În cazul în care asistența juridică este obligatorie prezentarea materialului de urmărire penală nu se va face în lipsa apărătorului. S-a casat o hotărâre de retrimiteră a dosarului la procuror într-o cauză în care inculpatul arestat nu a fost asistat de apărător la prezentarea materialului de urmărire penală.¹⁸

Apărătorul învinutului sau inculpatului poate participa atât la prezentarea materialului de urmărire penală, cât la orice alte acte de urmărire penală, activitatea sa concretizându-se prin studierea dosarului și, de asemenea, prin formularea de cereri în interesul învinutului sau inculpatului. În cazul unei asemenea participări, se va face mențiunea despre aceasta, iar actul de urmărire penală va trebui semnat și de către apărător.

În situația în care există inculpați arestați cu interese contrare, aceștia nu vor putea fi asistați la prezentarea materialului de urmărire penală de către același apărător. *Per a contrario*, va interveni nulitatea relativă deoarece vătămarea produsă nu este prezumată *juris et jure*, ci urmează a fi dovedită.

În doctrină¹⁹, se arată faptul că prezentarea materialului de urmărire penală învinutului sau inculpatului se poate face fără prezența apărătorului dacă se îndeplinesc cumulativ două condiții. În primul rând, învinutul sau inculpatul să nu se afle în vreuna din situațiile prevăzute în art. 171 alin. (2) C. pr. pen. Mai exact, asistența juridică este obligatorie în cazurile în care: învinutul sau inculpatul este minor, militar în termen, militar cu termen redus, rezervist concentrat sau mobilizat, elev al unei instituții militare de învățământ, internat într-un centru de reeducare sau într-un institut medical educativ, când este arestat chiar în altă cauză ori când organul de urmărire penală sau instanța apreciază că învinutul ori inculpatul nu și-ar putea face singur apărarea, precum și în alte

¹⁶ Pop II, pp. 388-400; O.Stoica – *Rolul avocatului în realizarea dreptului de apărare al cetățenilor*, în R.R.D., nr.3, 1977, p. 106.

¹⁷ Jud. Roman, sent. pen. nr. 497/1985, R.R.D. nr. 5/1986, p. 69.

¹⁸ Trib. Suprem, secț. pen., dec. nr. 992/1982, R.R.D., nr. 2/1983, p. 64.

¹⁹ C. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 63.

cazuri prevăzute de lege. O a doua condiție este aceea că apărătorul să considere că nu este cazul să-l asiste pe învinuit sau inculpat.

6. Cazuri de nulitate

Există și situații în care nu se respectă prevederile legale în legătură cu prezentarea materialului de urmărire penală, iar atunci când s-a produs o vătămare care nu poate fi înlăturată decât prin anularea aceluși act va interveni nulitatea relativă sau absolută, după caz. În continuare, vom prezenta aceste încălcări care atrag nulitatea.

În condițiile art. 197 alin. (1) C. pr. pen. sancțiunea neprezentării materialului de urmărire penală este nulitatea relativă. Nulitatea absolută, intervine numai în cazurile speciale prevăzute de art. 197 alin. (2) ce privesc asistența juridică obligatorie. În urma constatării nulității dosarul va fi restituit procurorului în vederea refacerii urmăririi penale în conformitate cu art. 250 și următoarele din Codul de procedura penală.

Instanța supremă a statuat în mod corect ca în cazul omisiunii de a prezenta materialul de urmărire penală inculpatului minor, militar în termen sau arestat chiar în altă cauză, sancțiunea este nulitatea absolută.²⁰

În cazul asistenței juridice obligatorii, nerespectarea dispozițiilor cu privire la prezența apărătorului la prezentarea materialului de urmărire penală atrage nulitatea absolută, prevăzută de art. 197 alin. (2), și care, potrivit alin. (3) al aceluiași text de lege, nu poate fi înlăturată în niciun mod, putând fi invocată în orice moment al procesului penal, chiar și din oficiu.

O altă problemă legată de asistența juridică este în cazul în care un apărător apară persoane cu interese contrare. În jurisprudența s-a adoptat soluția conform căreia sancțiunea este nulitatea relativă, și nu cea absolută deoarece vătămarea produsă nu este prezumată, ci urmează a fi dovedită. S-a invocat faptul că funcția apărătorului are caracter unilateral, ea urmărind lămurirea împrejurărilor care pledează în favoarea părții.²¹

S-a mai constatat că în cazul înlocuirii apărătorului ales cu unul din oficiu nu va interveni nulitatea deoarece textul legal nu face nicio precizare cu privire la apărătorul ales sau din oficiu, iar realizarea dreptului de apărare al învinuitului sau inculpatului aflat într-o situație specială nu este lăsată la aprecierea organului judiciar.

Nerespectarea dispozițiilor legale referitoare la prezentarea materialului de urmărire penală și la întocmirea procesului-verbal constator nu este sancționată de lege cu nulitatea absolută, astfel că încălcarea prevederilor menționate, care privesc desfășurarea procesului penal, atrage, potrivit art. 197 alin. (1) C.pr.pen., sancțiunea nulității numai atunci când s-a adus o vătămare ce nu poate fi înlăturată decât prin anularea actului și numai dacă a fost invocată în termenele și condițiile prevăzute de art. 197 alin. ultim.

În cazul în care procesul-verbal de prezentare a materialului de urmărire penală nu poartă semnătura avocatului dar din conținutul procesului-verbal reiese că învinuitul sau inculpatul a fost asistat de un avocat, identificat prin numele său, instanța supremă a decis că cerința legală este îndeplinită nefiind incidenta nulitatea absolută.²² Conform opiniilor unor autori²³, această soluție este discutabilă deoarece sunt încălcate prevederile legale cu privire la conținutul și forma procesului-verbal, fiind incidente dispozițiile art. 197, iar în cazul în care este vorba de procesul-verbal încheiat la prezentarea materialului de urmărire penală învinuitului sau inculpatului arestat, lipsa semnăturii apărătorului trebuie să atragă sancțiunea nulității absolute potrivit art. 197 alin. (2).

²⁰ I. Neagu, *op. cit.*, p. 440.

²¹ Gr. Theodoru, L. Moldovan, *Drept procesual penal*, Ed. Didactica și Pedagogica, București, 1979, p. 84. A se vedea în același sens și Gh. V. Ivan, *Minor. Necitarea părților la prezentarea materialului de urmărire penală*, în R.D.P., nr. 4/2001, p. 115

²² Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1039/1975, în C.D., p.483.

²³ I. Neagu, *op. cit.*, p. 130.

8. Concluzii

Prin analiza întreprinsă în lucrarea de față ne-am propus realizarea unei descrieri structurale a prezentării materialului de urmărire penală pentru înțelegerea acestei instituții și pentru eliminarea oricăror erori cu privire la acest subiect. Cercetarea noastră a vizat atât obiective teoretice cât și practice prin inserarea unor spete pentru cunoașterea cât mai în profunzime a problematicii prezentării materialului de urmărire penală.

Prezentarea materialului de urmărire penală trebuie înțeleasă ca un ansamblu de reguli și condiții având ca rezultat garantarea dreptului la apărare consacrat în legislația internațională și în legislația internă. Materialul analizat provine, în principal, din Codul de procedura penală, din doctrina națională cât și din articole și studii publicate în reviste de specialitate.

Prin prezenta lucrare am urmărit stabilirea trăsăturilor definitorii a prezentării materialului de urmărire penală, analiza condițiilor ce stau la baza acesteia cât și procedura de prezentare. Dintre domeniile de interes practic-aplicativ pentru juriști am avut în vedere înțelegerea în ansamblu a subiectului cercetării, interpretarea textelor de lege prin explicarea și traducerea acestora astfel încât lucrarea va putea fi receptată atât de specialiști cât și de nespecialiști.

În încheierea acestor succite considerații, menite să precizeze contribuția lucrării de față la înțelegerea prezentării materialului de urmărire penală, subliniem faptul că se impune continuarea și adâncirea investigației teoretice, printr-o colaborare a juriștilor, care poate avea efecte benefice prin eliminarea oricăror erori care pot fi întâlnite în prezentarea materialului de urmărire penală.

Referințe bibliografice

- Dongoroz Vintilă, Kahane Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea specială, vol. II*, Editura Academiei, București, 1976
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea specială, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010, 709 pp.
- Theodoru Grigore, Moldovan Lucia, *Drept procesual penal*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1979, 351 p.
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Paideia, București, s.a., 521 pp.
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, 624 pp.
- Pinte Alexandru, *Urmărirea penală, fază a procesului penal*, Editura Ministerului Administrației și Internelor, București, 2004, 444 pp.
- Diamant Betinio, Luncean Vasile, *Prezentarea materialului de urmărire penală*, Revista de Drept Penal nr. 2/1997, p. 119-121
- Stoicescu Andrei, *Din nou despre prezentarea materialului de urmărire penală*, Revista de Drept Penal nr. 2/1997, p. 121-124
- Paraschiv Carmen-Silvia, Damaschin Mircea, *Procedura prezentării materialului de urmărire penală*, Revista de Drept Penal nr. 2/2000, p. 60-67
- Ivan Gheorghe, *Necitatea părților la prezentarea materialului de urmărire penală*, Revista de Drept Penal nr. 4/2001, p. 115-117
- Retca Ion, *Inadmisibilitatea prezentării materialului de urmărire penală prin comisie rogatorie*, Revista Dreptul nr. 4/2001, p. 145-150
- Jurcă Ilie Virgil, *Prezentarea materialului de urmărire penală*, Revista de Drept Penal nr. 1/2003, p. 143-148
- Ivan Gheorghe, *Prezentarea materialului de urmărire penală. Modificări legislative recente*, Revista de Drept Penal nr. 2/2004, p. 111-114
- Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758/29.10.2003), renumerotată și republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767/31.10.2003
- Codul de procedură penală
- Legea nr. 202/2010

COMISIA ROGATORIE. MODALITATEA DE COOPERARE JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ

Petru POSTOLACHI*

Abstract

The theme that I have chosen for a more detailed study has aroused my interest by the fact that the need for cooperation and legal assistance, especially in criminal matters has become apparent in conditions of continuous development of international relations. The fight against crime can not be confined to the country's territorial limits. So, in the conduct of criminal proceedings may arise situations in which certain procedural acts must be performed outside of the country. Such cases are unavoidable when the Romanian judicial authorities proceed to prosecution of offenses committed outside of the country, or when it appears that for establishing the truth is necessary to obtain evidences which are outside of the country. In the following study we want to analyze one of the forms of international judicial assistance in criminal matters namely international rogatory letters.

Cuvinte-cheie: cooperare judiciară internațională în materie penală, comisia rogatorie internațională, Legea nr. 302/2004, state membre UE

1. Noțiuni generale

1.1 Introducere. Odată cu deschiderea frontierelor, criminalitatea transnațională a dobândit o amploare din ce în ce mai mare, singurul instrument eficient de a răspunde acestui fenomen îl constituie cooperarea judiciară internațională în materie penală. În prezent, criminalitatea organizată sub diversele sale forme a depășit limitele teritoriale ale unui singur stat, manifestându-se de cele mai multe ori pe teritoriul mai multor state sau chiar continente.¹ Acest considerent, a făcut ca statele lumii să accepte un efort conjugat în lupta împotriva criminalității, sub toate aspectele sale.

Cooperarea judiciară internațională în materie penală este o componentă importantă a capitolului 24 al negocierilor de aderare a României la Uniunea Europeană - Cooperarea în domeniul justiției și afacerilor interne. În cadrul procesului de integrare a României în spațiul de libertate, securitate și de justiție al Uniunii Europene s-a stabilit obligativitatea asimilării normelor europene în materia cooperării judiciare.

În calitate de stat membru al Uniunii Europene, România este obligată să-și perfecționeze propriile structuri de cooperare, iar cadrul legislativ trebuie să corespundă necesităților de apărare a cetățenilor, respectând drepturile și libertățile acestora. În încercarea sa de a-și alinia legislația cu cea europeană, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 302/2004, care stabilește cadrul juridic în domeniul cooperării internaționale în materie penală. Astfel, s-a realizat o armonizare a cadrului juridic intern în domeniul cu cele mai noi instrumente comunitare în materie și se asigură și o reglementare unitară a diferitelor forme de cooperare judiciară internațională în materie penală. Datorită formelor noi ale criminalității transnaționale, *acquis-ul* în domeniul cooperării judiciare internaționale în materie penală se află într-o continuă evoluție. România a ratificat cele mai importante instrumente multilaterale în domeniul asistenței judiciare internaționale în materie penală.

De-a lungul timpului, țara noastră a încheiat numeroase înțelegeri bilaterale privind asistența judiciară internațională în materie penală.

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti (e-mail: petru.postolachi@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

¹ Alexandru Boroș, Ion Rusu, *Cooperarea judiciară internațională în materie penală*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 4.

1.2 Importanța și necesitatea cooperării judiciare internaționale în materie penală. Încă din antichitate, în special în domeniul militar și comercial au existat preocupări privind cooperarea internațională, care cu trecerea timpului s-au dezvoltat și diversificat, în funcție de interesele comune existente la un moment dat între diferite state². Relațiile internaționale care s-au realizat de-a lungul timpului au dus la dezvoltarea societății umane, a statelor și a națiunilor lumii. Principiul respectării independenței și suveranității statelor, precum și a dreptului lor intern a stat la baza cooperării internaționale. Cooperarea statelor s-a efectuat în baza unor instrumente juridice bilaterale sau multilaterale, cu caracter zonal, regional sau universal, reprezentate de acorduri, convenții, tratate etc. Încrederea reciprocă într-un cadru instituțional bine reglementat a constituit apariția și dezvoltarea cooperării internaționale³.

În contextul dezvoltării societății, în ansamblul său, s-a conturat tot mai accentuat o creștere a criminalității, atingând apogeul prin proliferarea unor forme ale crimei organizate pe teritoriul mai multor state⁴, cum sunt: cele legate de traficul de droguri sau carne vie, arme, pirateria acvatică și maritimă, acte de terorism etc. Intensificarea și perfecționarea acțiunilor specifice de identificare, prindere și tragere la răspundere penală a autorilor unor infracțiuni constituie un aspect semnificativ în activitatea de prevenire și combatere a criminalității. În vederea îndeplinirii și ocrotirii scopurilor meschine, organizațiile criminale se folosesc de creșterea turismului internațional, de politica de liberalizare a emigrației, de expansiunea comerțului liber, de tehnologia avansată în comunicare, și mai ales de tehnica spălării banilor⁵. Terorismul internațional este un fenomen cu o amploare ridicată în ultimul timp, ce constituie o amenințare la adresa umanității și afectează mai ales siguranța statelor, destabilizând organizații și instituții. Ca atare, prezența criminalității în viața internațională a generat o reacție de solidaritate din partea statelor, conștientizând necesitatea amplificării colaborării lor în lupta împotriva infracționalității și obligându-le să-și acorde asistență juridică reciprocă, să coopereze în descoperirea, reținerea și condamnarea celor ce au încălcat legea penală. Cooperarea judiciară între state are ca scop realizarea unei scăderi a criminalității la limite acceptabile și mai ales sporirea siguranței propriilor cetățeni.

Încercând o definiție a cooperării judiciare internaționale vom spune că este „aceea formă de cooperare care vizează activități complexe, prin care guvernele lumii, în scopul reducerii criminalității și creșterii siguranței propriilor cetățeni, acționează împreună, acordându-și ajutor reciproc pentru realizarea unor activități specifice ca: extrădarea, predarea în baza unui mandat european de arestare, transfer de proceduri în materie penală, recunoașterea și executarea hotărârilor, transferarea persoanelor condamnate, asistență judiciară în materie penală ori alte asemenea forme sau norme stabilite prin legi, tratate, acorduri, convenții sau reciprocitate”⁶.

Această prezență îngrijorătoare a criminalității în viața internațională a determinat o reacție de solidaritate din partea statelor, conștiente de necesitatea colaborării lor în vederea prevenirii și combaterii acestui fenomen. A devenit evident că datorită amplitudinii sale, ariei de răspândire și caracterului său organizat, această criminalitate internațională depășește capacitatea de reacție a statelor luate izolat și nu poate fi combătută eficient decât prin unirea eforturilor tuturor statelor. S-a impus necesitatea instituirii unor mijloace juridice de cooperare internațională în acest domeniu.

Prima manifestare a acestei cooperări se pare că a constituit-o crearea, în 1923, la Viena, cu ocazia primului congres internațional al organelor de poliție criminală, a “Comisiei Internaționale de Poliție Criminală”, care a avut ca sarcină organizarea colaborării internaționale în domeniul descoperirii autorilor diferitelor infracțiuni. Procesul de organizare a cooperării s-a manifestat însă și

² Alexandru Boroi, Ion Rusu, *op.cit.*, p. 1.

³ *Ibidem*

⁴ Costică Bulai, B. N. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2007, p.120.

⁵ Alexandru Boroi, Ion Rusu, *op. cit.*, p. 4.

⁶ *Idem.*, p. 6.

în domeniul dreptului penal și în dreptul procesual penal, prin atragerea statelor, la inițiativa organizațiilor internaționale, cum a fost Societatea Națiunilor și cum este în prezent O.N.U., pentru cooperarea în vederea prevederii și combaterii unor categorii de infracțiuni periculoase pentru întreaga umanitate și pentru acordarea reciprocă de asistență judiciară în realizarea justiției penale. Trebuie menționate, în acest sens, și acțiunile întreprinse de Asociația Internațională de Drept Penal în vederea unificării dreptului penal.

Importanța cooperării internaționale în lupta cu criminalitatea este în prezent unanim recunoscută în dreptul penal.

În dreptul contemporan aceste forme sunt variate și se înfăptuiesc atât prin mijloace de drept penal, cât și prin mijloace de drept procesual penal.

Dintre mijloacele de drept penal menționăm:

- aplicarea legii penale române în raport cu infracțiuni săvârșite de străini în afara teritoriului țării, în temeiul principiului universalității legii penale;

- încriminarea și sancționarea ca infracțiuni, prin dispoziții din Codul penal sau din legi speciale, a unor fapte periculoase pe care România s-a angajat, prin convenții internaționale, să le incrimineze și sancționeze (așa-numitele *delicta juris gentium*);

- recunoașterea prin normele dreptului penal a unor efecte ale hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțe ale unor state, cum ar fi scăderea din durata pedepsei a privațiunii de libertate executate în străinătate (art. 89 Cod penal), așa-numita recidivă internațională (art. 37 alin. 2 Cod penal);

- asistența juridică internațională realizată prin acordarea extrădării și prin alte forme de asistență.

Dintre mijloacele de drept procesual menționăm ca principale mijloace de asistență judiciară, în materie penală, comisia rogatorie internațională și recunoașterea hotărârilor penale sau a altor acte judiciare străine.

În cele ce urmează vom analiza mai amănunțit instituția comisiei rogatorii internaționale.

2. Comisia rogatorie internațională

Comisia rogatorie internațională reprezintă una din modalitățile (formele) prevăzute de lege pentru realizarea asistenței judiciare internaționale în materie penală.

Comisia rogatorie internațională a fost folosită în relațiile dintre state, în planul asistenței judiciare internaționale, încă de la sfârșitul secolului al XIX-lea, fiind prevăzută în convențiile bilaterale de extrădare și nu în legislația internă.

Astfel, Convenția de extrădare dintre România și Olanda are o serie de prevederi concrete referitoare la comisia rogatorie. Potrivit prevederilor acestui document, „când în urmărire a unei afaceri penale nepolitice unul din guverne va găsi necesară ascultarea martorilor, ce s-ar găsi în celălalt Stat, o *comisie rogatorie* va fi trimisă în acest scop pe cale diplomatică și ea va fi executată observându-se legile țării în care martorii sunt invitați a se prezenta.

În caz de urgență, însă o comisiune rogatorie va putea fi adresată direct de autoritatea judiciară a unuia dintre State autorității judecătorești a celuilalt stat.

Orice comisie rogatorie, având de scop a cere ascultarea de martori, va trebui să fie însoțită de o traducțiune franceză”.⁷

În cadrul Convenției de extrădare dintre România și Italia se prevede: „când în urmărire a unei afaceri penale, nepolitice, unul din cele două guverne ar găsi de trebuință să asculte martori domiciliați în celălalt Stat sau să facă orice alt act de instrucțiune judiciară, se va trimite pentru acest

⁷ M.I. Papadopolu, *Codul Legilor Penale Române Anotate*, Tipografiile Române Unite, București, 1932 – Convențiune de extradițiune între România și Olanda (Țările de Jos) (M.Of. nr. 35/1895), art. 11, p. 498.

scop *o comisiune rogatorie* pe cale diplomatică, și i se va da urmare conform legilor țării în care va trebui să se urmeze ascultarea martorilor sau actul de instrucțiune.

Comisiile rogatorii emanate de la autoritatea competentă străină, și care ar avea de scop a face să se opereze, fie o perchezițiune domiciliară, fie confiscarea (saisie) corpului delictului sau pieselor de convicțiune, nu se va putea executa decât pentru unul din faptele enumerate la art. 2 și sub rezerva exprimată de paragraful din urmă al art. 11.

Guvernele respective renunță la orice reclamațiune ce ar avea de obiect restituirea cheltuielilor făcute cu executarea comisiunii rogatorii, chiar în caz când ar fi vorba de o expertiză, cu condițiune însă ca această expertiză să nu fi promovat mai mult decât o vocațiune⁸.

Convenția de extrădare cu Belgia prevede că, atunci „când în urmărirea unei afaceri penale, nepolitice, unul din cele două guverne ar găsi de trebuință să asculte martori domiciliați în celălalt Stat sau să facă orice alt act de instrucțiune judiciară, se va trimite pentru acest scop *o comisiune rogatorie*, însoțită, în caz de necesitate, de o traducțiune în limba franceză, pe cale diplomatică, și se va da urmare observându-se legile țării în care va trebui să se urmeze ascultarea martorilor sau actul de instrucțiune.

Comisiunile rogatorii emanate de la autoritatea competentă străină și care tind a face să se opereze fie o vizită domiciliară, fie confiscarea (saisie) corpului delictului sau a pieselor de convicțiune, nu se vor putea executa decât pentru unul din faptele enumerate la art. 2 și sub rezerva exprimată la paragraful din urmă al art. 12.

Guvernele respective renunță la oricare reclamațiune ce ar avea de obiect restituirea cheltuielilor făcute cu executarea comisiunii rogatorii, în cazul chiar când ar fi vorba de o expertiză, cu condițiune însă ca această expertiză să nu fi promovat mai mult decât o vocațiune⁹.

Convenția de extrădare dintre România și Marele Ducat de Luxemburg menționează o serie de aspecte legate de comisia rogatorie: „când într-o afacere penală, nepolitică, una dintre părțile contractante va crede necesară ascultarea de martori care se găsesc pe teritoriul celeilalte părți contractante, sau orice act de instrucțiune, se va trimite în acest scop pe cale diplomatică, *o comisie rogatorie*, redactată în conformitate cu legile țării care cere ascultare, și i se va da curs, observând legile țării pe teritoriul căreia va trebui să se facă ascultarea martorilor sau actul de instrucțiune”¹⁰.

După cum observăm, comisia rogatorie apare menționată în toate convențiile încheiate de România, putând fi aplicată chiar și în afara unei proceduri specifice de extrădare.

Potrivit prevederilor, comisia rogatorie se va trimite pe cale diplomatică, deci prin intermediul Ministerului de Externe, răspunsul urmând a fi primit pe aceeași cale.

De asemenea, comisia rogatorie se va redacta ținând cont de prevederile legilor din cele două state implicate.

În ceea ce privește actele ce pot fi îndeplinite prin comisia rogatorie, în text se menționează ascultarea martorilor sau „orice alt act de instrucțiune”. În urma interpretării textului, putem ajunge la concluzia că prin comisie rogatorie se poate solicita îndeplinirea oricărui act de procedură penală posibil.

Față de legislația internă anterioară, care nu prevedea norme legate de comisia rogatorie, Codul de procedură penală Carol al II-lea, face referire directă la comisia rogatorie în cadrul Titlului V, Capitolul VII, Secțiunea I, intitulată „Procedura comisiilor rogatorii în țară” care prevede cadrul general în care se poate face uz de această instituție pe teritoriul țării. În cadrul secțiunii a II-a, intitulată „Procedura comisiilor rogatorii în străinătate”, se arată „comisiile rogatorii în materie

⁸ M.I. Papadopolu, *op.cit.*, p. 491.

⁹ *Ibidem.*, p. 494.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 502.

penală către autoritățile judiciare ale altor state, se fac conform cu dispozițiile prevăzute în tratate și convenții, iar în lipsa acestora, după uzul consacrat de dreptul internațional¹¹.

Comisia rogatorie este menționată în cadrul Convenției europene de asistență judiciară în materie penală adoptată la Strasbourg la 20 aprilie 1959, unde se prevede că: „partea solicitată va urmări îndeplinirea, în formele prevăzute de legislația sa, a comisiilor rogatorii referitoare la o cauză penală, care îi va fi adresată de către autoritățile judiciare ale părții solicitante și care au ca obiect îndeplinirea actelor de urmărire sau comunicarea mijloacelor materiale de probă, a dosarelor sau a documentelor”¹².

Cu ocazia ratificării Convenției, România a făcut următoarea declarație:

„Comisiile rogatorii referitoare la percheziții sau la sechestrul de obiecte vor fi supuse următoarelor condiții:

a. infracțiunea care motivează comisia rogatorie să fie susceptibilă de a da loc la extrădare potrivit legii române;

b. îndeplinirea comisiei rogatorii să fie compatibilă cu legea română.”

În perioada de dictatură comunistă (și o bună perioadă după), comisia rogatorie era menționată în cadrul Titlului IV, Capitolul VI, Secțiunea I din Codul de procedură penală.

Doctrina, referindu-se expres la această instituție menționează că în desfășurarea procesului penal se pot ivi situații în care anumite acte procedurale trebuie să fie îndeplinite în afara teritoriului țării. Astfel de situații sunt inerente cazului când organele judiciare române procedează la urmărirea sau judecarea unor infracțiuni comise în afara teritoriului țării (art. 4- 6 C.pen.). alte situații privesc cazul când organul judiciar care efectuează urmărirea sau judecata unei cauze constată că pentru stabilirea adevărului este necesară obținerea unor probe sau mijloace de probă care se află în afara teritoriului țării¹³.

În cadrul asistenței judiciare internaționale organele de urmărire penală sau instanțele de judecată se pot adresa unui alt organ de urmărire penală sau unei alte instanțe aflate în străinătate în vederea efectuării unui anumit act procedural¹⁴.

Eventualitatea unor astfel de situații a determinat reglementarea unei forme de asistență judiciară prin folosirea căreia organul judiciar român poate solicita ca un act procedural să fie efectuat de organe judiciare dintr-un alt stat (*comisie rogatorie activă sau în străinătate*) și invers, organele judiciare dintr-un alt stat pot, în situații similare, solicita organelor judiciare române efectuarea unor acte procedurale (*comisie rogatorie pasivă sau din străinătate*)¹⁵.

Comisia rogatorie externă, la fel ca și comisia rogatorie internă, este o activitate procesuală care implică o deplasare de competență teritorială de la un organ judiciar la un altul. Spre deosebire de comisia rogatorie internă în care deplasarea de competență are loc către organele judiciare dintr-o altă localitate în același stat, în cazul comisiei rogatorii externe, deplasarea se face extrateritorială, către organele judiciare ale unui stat străin, organe care au posibilitatea să efectueze actul procedural respectiv.

În ceea ce privește procedura, literatura de specialitate subliniază faptul că organele de urmărire penală și instanțele de judecată îndeplinesc pe această linie atribuții specifice, fie în calitate de organisme care solicită efectuarea unei comisii rogatorii, fie în calitate de organe care sunt solicitate să execute o comisie rogatorie de către instituțiile competente ale altor state.

¹¹ C-tin. Al. Viforeanu, E. Petit, N.D. Ghimpa, *Codul de Procedură Penală Carol al II-lea, Cu lămuriri asupra fiecărui articol și un tablou sinoptic al ședințelor Curții cu Jurați*, Editura „Cugetarea”, P. C. Georgescu, delafraș, București, 1936, art. 128, p. 45.

¹² Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală, adoptată la Strasbourg la 20 aprilie 1959 și Protocolul adițional adoptat în aceeași localitate la 17 martie 1978.

¹³ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român, vol. II, Partea specială*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1976, p.407.

¹⁴ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2010.

¹⁵ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op.cit.*, p.407.

Cererea de comisie rogatorie întocmită de organul de urmărire penală sau de instanța de judecată se trimite Procurorului General ori Ministrului Justiției, în funcție de faza în care se găsește procesul penal, respectiv cea de urmărire penală sau judecată. După primirea cererii, aceasta va fi trimisă Ministerului de Externe, care la rândul său o va trimite pe cale diplomatică organului competent a o retransmite sau soluționa din țara solicitată.

În același timp, în situația primirii unei cereri referitoare la o comisie rogatorie de către Ministerul de Externe, aceasta va fi trimisă Procurorului General sau Ministrului Justiției, care l-a rândul lor o vor trimite parchetului sau instanței competente în a o soluționa.

Cu toate că în lege nu se fac precizări referitoare la actele procesuale și procedurale cu privire la care nu se poate dispune efectuarea comisiei rogatorii, în doctrină s-a apreciat că în această situație sunt incidente prevederile art. 132 alin (2) C.proc.pen., care prevede că: „punerea în mișcare a acțiunii penale, luarea măsurilor preventive, încuviințarea de probatorii, precum și dispunerea celorlalte acte procesuale sau măsuri procesuale nu pot forma obiectul unei comisii rogatorii”.

Referitor la faptele ce formează obiectul cauzei pentru a cărei rezolvare se dispune comisia rogatorie, acestea trebuie să fie socotite infracțiuni și de legea țării în care se solicită comisia rogatorie și respectiv și de legea română atunci când comisia rogatorie este solicitată de un stat străin¹⁶.

Toate actele procedurale îndeplinite într-o țară străină, solicitate prin comisie rogatorie de autoritățile judiciare române, vor fi considerate ca fiind valabile de către autoritățile române solicitante.

Prevederile legale examinate, care se referă la comisia rogatorie, au rămas în vigoare până în anul 2001, când au fost modificate și completate prin Legea nr. 704/2001 privind asistența judiciară internațională în materie penală, care a fost abrogată ulterior de Legea nr. 302/2004, care aduce o îmbunătățire semnificativă față de Legea nr. 704/2001.

3. Cadrul legal instituit în materie

În primul rând, dacă Legea nr. 704/2001 răspundea doar cerințelor Convenției europene de asistență judiciară în materie penală, adoptată la Strasbourg la 20 aprilie 1959, și ale Primului Protocol adițional la această convenție, adoptat la Strasbourg la 17 martie 1978, noua lege este armonizată cu prevederi ce fac parte din *acquis-ul* recent: Convenția U.E. din 29 mai 2000 privind asistența judiciară în materie penală, Cel de-al doilea Protocol adițional la Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală și decizia cadru privind echipele comune de anchetă.

În acord cu normele comunitare, noua lege permite comunicarea directă între autoritățile judiciare române și cele străine. Astfel, potrivit art. 14 alin. 1, cererile de asistență judiciară internațională pot fi trimise direct de autoritățile judiciare solicitante autorităților judiciare solicitate în cazul în care instrumentul juridic internațional aplicabil în relația între statul solicitant și statul solicitat reglementează acest mod de transmitere.

De asemenea, legea permite folosirea pentru transmiterea cererilor, în baza acordului între statul solicitant și statul solicitat, a mijloacelor electronice, în special a faxului (nefiind exclusă nici folosirea altor mijloace electronice, precum e-mail-ul), dacă autenticitatea și confidențialitatea cererii, precum și credibilitatea datelor transmise sunt garantate.

Legea nr. 302/2004 reglementează procedura recunoașterii și executării hotărârilor, precum și procedura transferului procedurilor penale. Sunt deasemenea reglementate noi forme de asistență judiciară, pentru prima dată audierile prin videoconferință (art. 164), ca alternativă la cererea obișnuită de comisie rogatorie internațională.

¹⁶ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op.cit.*, p.408-409.

Completând prevederile Legii nr. 39/2003 privind combaterea criminalității organizate, noua lege privind cooperarea judiciară internațională în materie penală reglementează constituirea echipelor comune de anchetă și procedura de funcționare a acestora (art. 168). Legea română prevede că „în vederea facilitării soluționării unei cereri de comisie rogatorie, se pot constitui echipe comune de anchetă, cu un obiectiv precis și cu o durată limitată care poate fi prelungită prin acordul statelor implicate”.

Supravegherea transfrontalieră este o altă procedură prevăzută de Convenția Uniunii Europene privind asistența judiciară în materie penală care a fost reglementată și de legea română.

Legea reglementează, de asemenea, procedura de realizare a livrărilor supravegheate și a anchetelor sub acoperire, precum și transmiterile spontane de informații.

În acord cu prevederile Legii nr. 302/2004, act normativ în vigoare care reglementează cooperarea judiciară în materie penală, în doctrină, comisia rogatorie internațională a fost definită ca fiind forma de asistență judiciară care constă în împuternicirea pe care o autoritate judiciară dintr-un stat o acordă unei autorități din alt stat, mandatată să îndeplinească, în locul și în numele său, unele activități judiciare privitoare la un anumit proces penal.

O altă opinie, definește comisia rogatorie internațională în materie penală ca fiind acea formă de asistență judiciară internațională care constă în împuternicirea pe care o autoritate judiciară dintr-un stat o acordă unei autorități de același fel din alt stat, mandatată să îndeplinească, în locul și în numele său, unele activități judiciare privitoare la un anumit proces penal¹⁷.

Potrivit Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare, *comisia rogatorie internațională în materie penală este acea formă de asistență judiciară care constă în împuternicirea pe care o autoritate judiciară dintr-un stat o acordă unei autorități de același fel din alt stat, mandatată să îndeplinească, în locul și în numele său, unele activități judiciare privitoare la un anumit proces penal* (art. 160)¹⁸.

Observăm că instituția comisiei rogatorii este definită într-un mod asemănător în literatura de specialitate, în acord cu prevederile legii.

Obiectul cererii de comisie rogatorie internațională îl constituie cu precădere: localizarea și identificarea persoanelor și obiectelor, ascultarea inculpatului, confruntarea; percheziția, ridicarea de obiecte și înscrisuri, sechestrul și confiscarea specială; cercetarea la fața locului și reconstituirea; expertizele, constatarea tehnico-științifică și constatarea medico-legală; transmiterea de informații necesare pentru un anumit proces, interceptările și înregistrările audio-video, examinarea documentelor de arhivă și a fișierelor specializate și alte asemenea acte de procedură¹⁹.

Dacă statul solicitant dorește ca martorii sau experții să depună jurământ, va cere aceasta în mod expres, iar statul român va da curs acestei cereri în situațiile în care legea internă română nu se opune.

Potrivit prevederilor legii, la solicitarea statului străin, statul român va transmite numai copii sau fotocopii certificate de pe documentele sau dosarele cerute. La solicitarea expresă a statului solicitant, în măsura posibilului se vor putea transmite și documentele originale.

Dacă statul solicitant cere în mod expres statului român, acesta va comunica data și locul îndeplinirii comisiei rogatorii. În limitele permise de legea română și la solicitarea statului solicitant, autoritățile și persoanele menționate de acesta vor putea să asiste și să colaboreze la efectuarea comisiei rogatorii. Aceste dispoziții se aplică și în cazul în care asistența este solicitată de autoritățile judiciare române (art. 162).

Potrivit prevederilor legii speciale, în cazul comisiei rogatorii acționează principiul specialității, potrivit căruia statul român solicitant nu va folosi documentele și informațiile primite de la statul solicitat decât în scopul îndeplinirii obiectului comisiei rogatorii (art. 173).

¹⁷ Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 984.

¹⁸ Legea nr. 302/2004 cu modificările și completările ulterioare, art. 160.

¹⁹ Gr. Theodoru, *op.cit.*, p. 984. Legea nr. 302/2004 cu modificările și completările ulterioare, art. 161 alin. (1).

Trebuie de menționat faptul că toate aceste activități, precum și altele, care pot face obiectul unei comisii rogatorii, se vor executa de către autoritățile judiciare române competente, numai în conformitate cu legea română. Unele eventuale solicitări, care nu pot fi îndeplinite în consens cu dispozițiile legii române, nu vor fi executate, comunicându-se despre aceasta statului solicitant (inclusiv motivele care au stat la baza acestei decizii).

3. Concluzii

Urmărind obiectivele propuse în studiu, fără a avea pretenția că am elucidat toate aspectele, am insistat însă asupra unora dintre ele în privința cărora doctrina cât și cadrul legal au înregistrat o evoluție continuă, încercând printr-o abordare proprie, în primul rând, nu propunerea unei soluții, ci prezentarea argumentelor evidențiate (mai ales în literatura de specialitate), în scopul delimitării rolului important al comisiei rogatorii internaționale ca modalitate de cooperare judiciară internațională în materie penală. Deasemenea concluzionăm că în condițiile de continuă dezvoltare a relațiilor internaționale, dar deasemenea și în condițiile de continuă dezvoltare și evoluție a fenomenului infracțional, activitatea de luptă împotriva acestui fenomen nu se poate mărgini numai la limitele teritoriale ale fiecărui stat. Prin înfăptuirea comisiilor rogatorii organele judiciare române pot solicita efectuarea unui act procedural de către organele judiciare dintr-un alt stat, la fel precum organele judiciare din alt stat pot, în situații similare, solicita organelor judiciare române efectuarea unor acte. Prin astfel de relații, statele lumii contribuie împreună la diminuarea ratei infracționalității organizate.

Referințe bibliografice:

- Alexandru Boroi, Ion Rusu, *Cooperarea judiciară internațională în materie penală*, Editura C.H. Beck, București, 2008
- Costică Bulai, B. N. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2007
- M.I. Papadopolu, *Codul Legilor Penale Române Adnotate*, Tipografiile Române Unite, București, 1932
- C-tin. Al. Viforeanu, E. Petit, N.D. Ghimpa, *Codul de Procedură Penală Carol al II-lea*
- V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N.Iliescu, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român, vol. II, Partea specială*
- N. Volonciu, *Drept procesual penal*, E.D.P., București
- I. Neagu, *Drept procesual penal român, vol. II, Partea Specială*, București
- Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2007
- Legea nr. 302/2004 cu modificările și completările ulterioare

PROTECȚIA MARTORILOR

Laura Veronica IONIȚĂ (STOICA)*
Felix Dimitrie CIOCAN*

Abstract

We tried to draw grosso-modo, in terse manner, the stages that have to be followed in a historical perspective, on one side, and from a contemporary perspective on another side, when, how and in which context the Witness Protection Institution has been created in Romania. Starting from lexical definitions, extending them to semantics, we proposed ourselves, using a generalized view and also the comparison principle, to do, without making the pretence of being original in our study, a courageous analysis of the institution's part in discovering the naked truth inside The Penal Court. Because we, Romanians, are part of The European Union, we underlined an aspect about protecting an intangible right from the human right's well known core, in legal instruments, like The European Convention of Human Rights, which is the right of safety and life.

Cuvinte cheie: protecția martorilor, Consiliul European, Legea nr. 682/2002, Oficiul Național pentru Protecția Martorilor, Codul de procedură penală.

1. Introducere. Noțiuni, definiții, semantică

În orice lucrare, indiferent cărui domeniu aparține, există o independență între titlul ei și conținutul acesteia. Titlul nu este ales întâmplător, el reprezintă o chintesență a conținutului ideatic al lucrului propus spre analiză, comunicare, dezbateră sau studiu.

Sintagma "Protecția martorilor" este alcătuită din doi termeni, ambele substantive, unul cu funcție de genitiv posesiv, primul având multiple semnificații, întâlnit nu numai în Dreptul procesual penal, ci și în Dreptul familiei, în Dreptul Civil, în Dreptul penal general dar și în special și, nu în ultimul rând, în dreptul internațional public.

În fiecare dintre aceste ramuri ale științei dreptului (lexemul protecție) are același înțeles: de "ansamblul de măsuri pentru ocrotirea vieții, integrității corporale și a sănătății prin suprimarea efectelor dăunătoare asupra persoanelor."¹

Substantivul "protecție" provine din limba latină protection, - onis care înseamnă "acoperiș, acoperământ", iar în sens figurat "apărare" și derivă de la verbul latinesc protego, protegere, protexi, protectum, însemnând a acoperi, a ascunde, a apăra, iar în sens figurat a ocroti. Verbul a proteja este tranzitiv dar și reflexiv și are patru accepțiuni:

- a lua sub protecție pe cineva sau ceva, a da ajutor cuiva;
- a favoriza, a părtini;
- a se apăra, a se feri, a se păzi;
- a apăra dispozitive, materiale, instalații tehnice, etc. de fenomene dăunătoare.²

Așadar sensul primul termen al titlului este acela de a lua pe cineva sub protecție, a ascunde, a apăra, a ocroti pe cel care are calitatea de martor într-un proces penal și a cărui viață, integritate

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București, lauraveronas@yahoo.com. Studiu elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București, felix_dimitrie@yahoo.com.

¹ I Oprea, C. G. Pamfil, R. Radu, V. Zăstroiu, *Noul Dicționar Universal al Limbii Române, ediția a II-a*, Editura Litera Internațional, 2007, București, p. 1133

² I. Oprea et alii, *op. cit.*, p. 1113.

corporală sau a sănătății îi este pusă în pericol, dacă depune în fața instanței.³ penale într-un proces cu miză mare, care, potrivit legii, se referă la infracțiuni grave cum ar fi cele contra păcii și omenirii, contra siguranței statului, contra terorismului, contra omorului deosebit de grav, contra traficului de droguri și de persoane, contra spălării banilor, contra corupției, etc.

Cel de al doilea termen martor are în Noul Dicționar Universal al Limbii Române multiple sensuri, zece la număr, dar sensul juridic este definit: “persoană chemată în fața unui organ de jurisdicție sau de urmărire penală pentru a declara ce știe în legătură cu un om sau cu un fapt supus judecății”⁴.

Din punct de vedere etimologic cuvântul martor din limba română nu este moștenit din limba latină, deoarece testis, -is înseamnă martor în limba latină, iar din familia acestuia făc parte testatio, -onis, luare de mărturie, mărturisire în scris. Din aceeași familie face parte și verbul testor - ari, testatus sum, care înseamnă a fi martor, a mărturisi, a lua ca martor și a-și face testamentul. Mai există termenul testimonium, -ii, însemnând un document care certifică ceva, o mărturie, o dovadă, precum și termenul testimonia cu înțelesul de bază pe o mărturie și care se face prin martori.

În “Digestele” lui Iustinian apare o referire expresă și anume testimoniorum usus frequens ac necessarius. Testis unus, testis nullus stă la baza principiului inadmisibilității probei testimoniale printr-un singur martor, idee întărită și de un alt citat adagio latin: Audiatur et altera pars.

În anul 1566 prin ordonanța lui Henric al III-lea se precizează că întotdeauna înscrisurile trec înaintea martorilor.

În mai puțin de două sută de ani, mai precis 1763 în tratatul “Despre infracțiuni și pedepse”, Cesare Beccalia spunea că “orice om cu judecată, adică care are o coerență certă în propriile idei și ale cărui senzații sunt conforme cu cele ale celorlalți oameni, poate fi martor”⁵.

Codul de procedură penală în articolul 78 definește martorul ca fiind “persoană care are cunoștința despre vreo faptă sau despre vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal”.

Martorul în sine nu este un mijloc de probă, doar declarațiile lui sub jurământ.

În ceea ce privește mijloacele de probă din dreptul procesual penal acestea se regăsesc în Codul de procedură penală I, titlul III, la articolele 64 și următoarele. Astfel probele materiale sunt numite și martori muți conform articolelor 94 și 95 C. proc. pen. Obiectele, acele corpuri delictive se numesc în latină corpora delicta, mai există ca martori și acei martori asistenți care se identifică cu persoanele care asistă la un act procedural, conform art.92 C. proc. pen. și minorii pot fi martori, cei care nu au împlinit 14 ani, sunt audiați în camera de consiliu fără a depune jurământul. Chiar și persoana vătămată poate fi ascultată ca martor dar condiționată să nu se constituie parte civilă.

Concluzionând, martorii sunt “ochii și urechile justiției” și devin martori procesuali atunci când au luat la cunoștință despre anumite elemente de fapt mai înainte de chemarea lor într-un proces penal.

Constatăm că sintagma martor protejat este un element nou în materia dreptului procesual penal.

Caracterul uzual și necesar al depoziției martorilor ține de esența unui proces penal modern și constituie o garanție a exercitării dreptului fundamental a oricărei persoane la un proces echitabil consacrat în art.6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.⁶

Din cauza dezvoltării crimei organizate la scară internațională și a recurgerii crescânde la intimidare din partea grupărilor criminale organizate, necesitatea unei protecții a martorilor în statele

³ *In ius vocatio ut respondet interrogationem in iure* – chemarea în fața magistratului ca să răspundă la întrebare în fața acestuia.

⁴ Idem, ibidem p.782.

⁵ A. Țigănașu Jănică, C.R. Romițan, A.Costache, *Protecția Martorilor*, Editura Moroșan, București 2003 p. 10.

⁶ CEDO a fost ratificată de România prin Legea 30/1994 publicată în Monitorul Oficial nr.135 din 31 mai 1994.

membre ale Consiliului Europei este în creștere. Astfel, la drepturile procesuale recunoscute martorului în procesul penal, se adaugă un nou drept și anume dreptul acestuia la protecție, în anumite cauze penale.

2. Unele aspecte privind teoria probelor

Probele reprezintă un mijloc prin care se află adevărul fie într-o cauză penală, civilă, comercială etc, totodată și un instrument de dovedire a susținerii părților în cauza respectivă.

Probele, conform viziunii Codului de procedură penală, constituie orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni prevăzută *expressis verbis* în legea penală la identificarea făptuitorului infracțiunii respective, precum și a împrejurărilor în care ea a fost comisă, astfel încât să se poată soluționa în mod just cauza.

Probă, *lato sensu*, înseamnă acțiunea de stabilire a existenței sau inexistenței unui anumit fapt. Proba constituie mijlocul prin care se poate stabili faptul sau împrejurarea ce trebuie dovedită. Rolul probei în justiție constă în rezultatul obținut prin folosirea ei, adică măsura în care proba a reușit să formeze convingerea judecătorului despre existența sau inexistența faptului supus judecății.

În sens restrâns, *stricto sensu*, proba se identifică cu mijlocul de probațiune, adică mijlocul legal utilizat pentru dovedirea unui fapt, fapt probator, adică un fapt material care, din moment ce a fost dovedit printr-un mijloc de probă, este folosit la rândul lui pentru a dovedi o împrejurare determinantă în stabilirea adevărului obiectiv în soluționarea dintr-o cauză.

Probele sunt extrajudiciare și judiciare, în funcție de cum se constituie, în afara judecății sau în cadrul ei. Probele efectuate într-o instanță penală păstrează caracterul de probă judiciară pentru instanța civilă, numai dacă sunt repetate în fața acesteia.

Pentru ca o probă să fie admisă se impun mai multe condiții: mai întâi să fie legală⁷, apoi, proba trebuie să fie pertinentă⁸. Altă condiție pentru ca o probă să fie admisibilă este atunci când proba este esențială în cauză, fiind edificatoare în soluționarea procesului și devine concludentă. Cea din urmă condiție este faptul că o probă devine admisibilă când este utilă.⁹

În procesul penal, administrarea probelor reprezintă activitatea procesuală desfășurată de organele judiciare, în colaborare cu părțile, constând în îndeplinirea drepturilor și obligațiilor prevăzute de lege cu privire la procurarea, verificarea și preluarea, ca piese ale dosarului, a dovezilor prin prisma cărora urmează să fie elucidate faptele și soluționată cauza.¹⁰

Mijloacele de probă reglementate în legislația procesuală penală din România sunt: declarațiile, care pot fi ale învinutului, ale părților și ale martorilor. Pe lângă declarații mai există și înscrisurile, înregistrările audio sau video și fotografiile, mijloacele materiale de probă, constatările tehnico-științifice și cele medico-legale, precum și expertizele.

Martorul reprezintă persoana care, având cunoștința de vreo faptă sau împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal, este ascultată de organele judiciare în această calitate.¹¹

Declarațiile martorilor au o forță probantă egală cu a celorlalte mijloace de probă. Diferența față de declarațiile furnizate de către părți constă în aceea că valoarea probatorie a declarațiilor martorilor nu este condiționată în mod expres de coroborarea cu celelalte probe existente în dosar,

⁷ În principiu orice probă este admisibilă, dar dacă legea intrezice expres, atunci proba este inadmisibilă

⁸ Orice probă este pertinentă atunci când are legătură cu obiectul cauzei

⁹ Adică proba concludentă care nu a fost încă administrată.

¹⁰ I Neagu, M. Damaschin, *Drept procesual penal, Mapă de seminarii*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 120.

¹¹ *ibidem*, p. 123.

ceea ce înseamnă că se poate soluționa o cauză penală în baza unei singure depoziții de martor, cu condiția ca aceasta să se constate că este sinceră și fidelă realității obiective.¹²

De aceea martorul, printre mai multe obligații, trebuie să presteze sub jurământ, în caz contrar săvârșește infracțiunea de mărturie mincinoasă, prevăzută și pedepsită de art. 260 C. pen.

Din multitudinea de infracțiuni sancționate de legiuitor în codul penal există și cele contra înfăptuirii justiției prin mărturie mincinoasă într-o cauză penală¹³, civilă, disciplinară sau în orice altă cauză în care se ascultă martori, ori încercarea de a determina mărturia mincinoasă prin constrângere sau corupere¹⁴ sau împiedicarea participării la proces¹⁵.

Se impunea așadar o măsură de protecție specială pentru martorii dintr-un proces penal în cauzele privind infracțiuni de violență între membrii aceleiași familii, în cazul minorului care este audiat ca martor, nu în ședința de judecată, ci în sala de consiliu sau chiar audierea să fie efectuată în prealabil prin înregistrări audio-video, în condițiile legii, conform art. 86⁴C. pr. pen.

Procurorul care efectuează sau supraveghează cercetarea penală ori, după caz, instanța de judecată, poate dispune ca organele poliției să supravegheze domiciliul sau reședința martorului ori să-i asigure o reședință temporară supravegheată, precum și să-l însoțească la sediul parchetului sau al instanței și înapoi la domiciliu sau reședință.

Întrucât, prin declarațiile sale pe care le furnizează organului de cercetare judiciară sau judecătorului, martorul îndeplinește obligație civică de la care unii se sustrag, nu toți răspund acestui imperativ, dacă se simt amenințați, constrânși, șantajați și se află într-o stare de pericol, atât ei cât și membrii familiilor lor. Pentru a-i proteja, pentru a le garanta securitatea, era necesară o lege cadru așa cum exista în Uniunea Europeană, o lege care proteja martorul într-un proces de corupție, de trafic de droguri, de arme, de persoane și de spălare de bani etc.

3. Protecția martorilor la nivel european

Consiliul Europei a adoptat un raport cu privire la protecția martorilor în baza Recomandării R (97) 13 a Consiliului de miniștri care sugera că un model de Program de protecție a martorilor nu trebuie să fie în ansamblu rigid de reguli, ci să se creeze condiții prealabile propice care să încerce a răspunde tuturor situațiilor imaginabile.

Astfel trebuie luate măsuri legislative și practice adevărate pentru asigurarea protecției în funcție de diferitele categorii de martori vulnerabili.

Recomandarea R (97)13, acordă o atenție sporită copiilor, femeilor și persoanelor ajunse la vârsta senectuții care trebuie să beneficieze de o protecție adecvată împotriva intimidării, desemnată să împiedice semnalarea unei infracțiuni penale și expunerea unei mărturii. Recomandarea R (97)13 consideră necesar să se inițieze programul în scopul încurajării martorilor să furnizeze dovezi împotriva altor membri ai familiei. Astfel de programe ar putea constitui un cadru pentru asistență judiciară, psihologică și socială, ajutor financiar, măsuri vizând îndepărtarea acuzatului de martor, evitând astfel intimidarea sistematică și repetată, măsuri psihosociale. Totodată, se evidențiază diferitele instituții din cadrul sistemului justiției penale efectele traumatizante pe care le poate avea asupra martorilor dacă nu sunt interogați și audiați de profesioniști competenți și capabili de a-i ajuta pe cei vulnerabili, intimidați, înspăimântați de repercusiunile depozițiilor lor.

Instrumentele vizând consolidarea cooperării internaționale, precum și legile naționale trebuie completate, mai recomandă același document în scopul audierii martorilor care riscă să fie supuși

¹² *ibidem*, p. 125

¹³ Cf. art. 260 - prin denaturarea adevărului sau omisiunea relatării adevărului în cauzele judiciare

¹⁴ Cf. art. 261 - tentiva de a influența un martor să altereze adevărul într-o cauză penală

¹⁵ Cf. art. 261¹ - săvârșită prin violență, amenințare sau prin orice alt mijloc de constrângere fizică sau morală, corupere, șantaj, etc

unui act de intimidare și coerciune din partea celor culpabili și de a asigura punerea în funcțiune a programelor de protecție a martorilor de o parte și de alta a frontierelor.

Folosirea mijloacelor moderne de telecomunicație, (videoconferință) pentru a facilita audierea simultană, conjugată cu deplina ocrotire a dreptului de apărare, precum și schimbul de informații între autoritățile responsabile cu programele cu protecția martorilor vor avea ca efect principal condamnarea membrilor importanți ai grupurilor crimei organizate ai unor reprezentanți ai „gulerelor albe” sau numeroși conducători ai clanurilor mafioate.

Un alt document deosebit de important este și Rezoluția Consiliului Uniunii Europene din 23.11.1995, document ce stipulează faptul că protecția martorului trebuie să fie asigurată anterior, în timpul procesului și posterior acestuia, ori de câte ori autoritățile competente consideră că este necesar. Mai mult chiar, Rezoluția recomandă ca această protecție să fie extinsă și asupra altor categorii de persoane cum ar fi: părinții, copiii sau alți apropiați martorului.

Martorul trebuie protejat împotriva oricărei forme, directe sau indirecte, de amenințare, presiune sau intimidare, constrângere sau șantaj.

Cu ocazia instituirii protecției, fiecare caz se cuvine a fi examinat individual pentru a se obține acordul în program fără manevre dolosive sau promisiuni fără acoperire pentru martor și rudele acestuia.

Audierea trebuie efectuată doar în condițiile legii existente în statul solicitant, asistența avocațială să fie în timpul audierii asigurată și desfășurată pe teritoriul statului în care se află în limba maternă, costurile traducerii și ale utilizării mijloacelor audio vizuale să cadă în sarcina statului solicitant.

4. Protecția martorilor. Cadrul legislativ național

Urmând îndemnul Recomandării R (97)13, Ministerul Internelor și Reformei Administrației și Ministerul Justiției au fost co-inițiatorii Legii 682/2002¹⁶. Normele de aplicare au fost adoptate prin HG nr. 7602004 pentru Regulamentul de aplicare a Legii nr. 682/2002 privind protecția martorilor) reușind astfel să amornizeze legislația internă în materie cu cea europeană privind protecția martorilor. Aceasta lege specială privind martorul protejat a constituit un demers imperios necesar pentru acest început de drum, mai ales prin mecanismele procedurale de prevenire și de combatere a fenomenului criminalității, a crimei organizate în special.

Instituția Protecției martorilor în România a fost tratată pe larg în unele lucrări de specialitate atât înaintea apariției Legii nr. 682/2002 privind protecția martorilor, dar și după adoptarea acesteia. Din perspectiva dreptului comparat, studiul de față vine să completeze aspectele mai puțin sau deloc abordate în literatura de specialitate.¹⁷

Avem în vedere, cu privire la literatura de specialitate din România, următoarele contribuții: P. Buneci, Protecția martorilor, în ”Revista de drept penal” nr. 2/2003, p. 85-88; I. Lascu, Protecția martorilor. Noutate de reglementare în legislația românească în ”Dreptul” nr. 7/2003 p.18-28; I. Doltu, Dificultăți în activitatea de administrare a probelor și evoluții – în plan legislativ și științific – pentru consolidarea sistemului probator, în ”Dreptul” nr. 12/2003, p. 149-158; E. A. Mihuț, D. Moca, Ascultarea martorului protejat. Protecția datelor de identitate ale acestuia. Forța probantă a declarațiilor martorului protejat, în ”Dreptul” nr. 6/2006, p. 190-200; Gh. Mateuț, Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal. Comentariu asupra Legilor nr. 682/2002 și Legii nr. 281/2003 prin prisma jurisprudenței europene și a dreptului comparat, Editura Lumina Lex, București, 2003; A. Țiganașu–Jănică, C.R. Romițan, A. Costache,

¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României partea I, nr. 964 din 28.12.2002 a fost modificată prin OUG nr. 157/2005 publicată în Monitorul Oficial al României partea I nr. 1045 din 24.11.2005

¹⁷ Apud I. Gh. Gorgăneanu, *Sugestii pentru o protecție judiciară a martorului în procesul penal*, în Revista de drept penal nr. 1/2001, p. 32-36.

Protecția martorilor, Editura Moroșan, București 2003; C.R. Romițan, Protecția martorilor–programe din Italia, Olanda și Germania, în ”Dreptul” nr. 5/2004, p. 153-163.

Recomandarea Consiliului Europei din 1997 a fost direcționată spre dezvoltarea de către Statele membre a unei politici comune de protecție a martorilor intimidați sau vulnerabili și în mod particular, spre minimalizarea traumei de a depune mărturie în legătura cu infracțiunile intrafamiliale. Pentru aceasta, s-au instituit unele modalități speciale de ascultare a martorului prin mijloace care să îi permită să nu fie prezent fizic în sala de judecată ori, prin intermediul unei rețele audiovizuale cu imaginea persoanei distorsionată pentru a nu fi recunoscută. Urmărind realizarea acestui obiectiv în țara noastră s-a început prin învinovățirea făptei de „împiedicare a participării în proces”¹⁸ în vederea prevenirii și pedepsirii făptei de împiedicare a unei persoane să depună mărturie în fața organelor de urmărire penală sau a instanței de judecată.

În România, necesității protecției martorilor s-a răspuns prin adoptarea unei legi complexe, moderne, care vizează o armonizare a legislației naționale cu cele europene și o adaptare a acesteia la exigențele statului de drept, valorificând tendințele altor state cu tradiție, în organizarea și implementarea unor programe speciale de protecție a martorilor. Scopul acestei legi este acela de a asigura protecție și asistență martorilor a căror viață, integritate corporala sau libertate este amenințată ca urmare a deținerii de către aceștia a unor informații ori date cu privire la săvârșirea unor infracțiuni grave, pe care le-au furnizat sau au fost de acord să le furnizeze organelor judiciare și care au un rol determinant în descoperirea infractorilor și în soluționarea unor cauze. Se reține ca prioritate a acesteia să prevină presiunile, amenințările și riscurile represariilor la care este expus martorul și, prin aceasta, de a veghea la garantarea contribuției acestuia la opera de justiție, de a face în așa fel încât mărturia să fie obținută în condițiile în care viabilitatea sa să nu poată fi suspectată ca o cerință a însăși calității procesului. Cele două aspecte care trebuie incluse în noțiunea de „protecție a martorului” sunt prevenirea riscurilor unei agresiuni, pe de o parte, și garantarea calității procesului pe de altă parte.

Legea nr. 682/2002 sporește sensul termenului de martor făcând distincție clară între martorul aflat în stare de pericol și cel protejat. Conform legii de asigurare a asistenței beneficiază oricăre persoană care, fără a avea o calitate procesuală în cauză, contribuie cu date și informații în stabilirea adevărului în spețe ce privesc infracțiuni grave.

De asemenea în înțelesul acestei legi, martor este și persoana care se află fie în calitate de inculpat într-o altă cauză, fie se găsește în cursul executării privative de libertate.

Martorul aflat în stare de pericol¹⁹ din Legea 682/2002 este considerat acel martor care nu este inclus în programul de protecție a martorilor și față de care se vor lua măsuri urgente de protecție.

Martorul protejat, așa cum este definit de lege²⁰ este numai acel martor inclus în Programul de protecție al martorilor față de care s-au luat măsuri de protecție și asistență.

Legea cadru conține 3 capitole și 25 de articole. În articolul nr. 3 se stipulează înființarea și atribuțiile Oficiului Național pentru Protecția Martorilor, care este o instituție neutră, o structură independentă, adoptată după sistemul european și ținând cont de R (97)13. Legea oferă un cadru deosebit de larg în ceea ce privește programul acestei structuri a parteneriatului liber dintre protector și protejat realizat pe baza unui consințământ și a unui acord de voință din partea celui care se înscrie în program având astfel siguranța și certitudinea că beneficiază de protecție și securitate. Cel amenințat solicită Oficiului înscrierea în acest program de protecție într-un cadru instituționalizat și specializat în protejarea unor structuri sociale. Această solicitare este strict confidențială, oficiul național de protecție a martorului primește propuneri de includere în Program a persoanei care solicită și implementează o schemă de sprijin, concretizată pentru o persoană de legătură cu viitorul martor protejat, apoi face evaluarea profilului martorului din punct de vedere intelectual psihologic,

¹⁸ prin introducerea în Codul Penal al articolului 261

¹⁹ conform art.2, pct.3, lit B

²⁰ 682/2002 art. 2, pct. 3, lit C

financiar, familial. Comunică aceste date fie procurorului fie judecătorului și aceștia dispun printr-o ordonanță sau încheiere includerea martorului în program. La șapte zile de la emiterea ordonanței și încheierii, pentru fiecare martor protejat, membru de familie sau persoană apropiată cu acesta se încheie în scris un protocol de protecție.

În cazul în care sunt minori, Legea 682/2000 cuprinde reglementări speciale. Astfel, dacă persoanele ce beneficiază de protecție sunt minori, Protocolul este semnat de reprezentanții săi legali. Dacă semnarea Protocolului de protecție de către această persoană contravine intereselor minorului, deși procurorul sau după caz, instanța consideră că includerea în Program este în interesul minorului, Protocolul va fi semnat personal de către minor, cu aprobarea prealabilă a procurorului sau a instanței. Legea 281/2003 a introdus în Codul de Procedură Penală prin art. 86⁴ o procedură specială de audiere a martorilor minori sub 16 ani, dar numai într-o anumită categorie de cauze și anume, în cauzele privind infracțiunile de violență între membrii aceleiași familii. Astfel, potrivit art.86⁴ Cod procedura penală în cauzele privind infracțiunile de violență între membrii aceleiași familii, instanța poate dispune ca martorul sub 16 ani să nu fie audiat în ședința de judecată, admițându-se prezentarea unei audieri efectuate în prealabil, prin înregistrări audio-video”²¹

Măsurile de protecție sunt luate fie pe durată determinată fie sine die. Aceste documente referitoare la includerea în program sunt păstrate în condiții de maximă siguranță, iar datele reale sunt introduse în dosarul penal numai după dispariția stării de pericol iminent. Măsurile de protecție pot fi singulare sau cumulative, astfel se poate face reinscriere socială, recalificare profesională, relocarea în alt oraș, județ, țară, se pot face operații estetice, se pot schimba cărțile de identitate, pașapoarte, se poate acorda venit lunar, nu numai pentru martorul protejat ci și pentru alte persoane apropiate.

În articolul 12 aliniat 1,2,3, literele a-h a-d sunt stipulate obligațiile Oficiului pentru Protecția Martorilor.

Oficiul Național pentru Protecția Martorilor este un organism ce a instituit pentru prima dată un program complex de protecția martorilor în România, el funcționează în cadrul Ministerului de Interne și în subordinea Inspectoratului General al Poliției, exercitând 3 categorii de atribuții legate de admiterea martorilor în program, măsurile de protecție, precum și măsuri suplimentare care se impun în funcție de particularitatea fiecărui martor protejat.

Ținând cont de faptul că, mai ales crima organizată și corupția la nivel înalt reprezintă principalul izvor pentru martorii care dețin date sau informații despre asemenea infracțiuni grave, viitorii martori protejați provin din rândul informatorilor, ai celor care lucrează sub acoperire, al inculpaților din alte cauze, al victimelor sau chiar al străinilor care știu sau au auzit și au văzut despre faptele incriminate, precum și din rândul oricărei persoane care poate depune o mărturie despre un fapt sau un lucru cunoscut, constatat cu proprii ochi, auzit cu propriile-i urechi²².

Politica de protecție a acestor persoane fiind adesea pe termen lung Oficiul necesită o dotare eficientă, resursele umane care activează în cadrul acestuia trebuie să aibă o pregătire profesională de înaltă clasă, precum și costuri care diferă în funcție de măsurile de protecție luate.

Scopul principal al Oficiului îl constituie măsurile care au drept obiectiv acela de a împiedica orice rău posibil, iminent sau eventual la care ar putea fi expus martorul, familia acestuia sau apropiații prin orice fel de surse.

În privința admiterii în Program, serviciul de protecție, prin oameni specializați, realizează în general o evaluare a amenințării și totodată a admisibilității introducerii martorului în Program, bazându-se pe informațiile primite în urma solicitării de la toate autoritățile în materie competente, cu precădere de la cele de urmărire penală. Prin tehnici și metode moderne ce evidențiază competența profesională pusă în slujba unui act de justiție socială, cei care lucrează în cadrul Oficiului fac o evaluare a amenințării și întreprind măsuri concrete protectoare în ceea ce privește identitatea martorului, declarațiile lui sunt luate sub o altă identitate ori prin modalități speciale de distorsionare

²¹ A. Popa, *Protecția martorilor*, CKS-eBook 2010, Editura Pro Universitaria, București, 2010, p. 9-10.

²² *Occulis auribusque constat*

a imaginii și a vocii. Aceeași lucrători propun, în cadrul unei scheme de sprijin, măsuri de asistență urmând să le implementeze în funcție de particularitățile fiecărui martor. O dovadă indubitabilă că Programul funcționează în condiții optime constă că în cei opt ani de zile de când ONPM există și funcționează nu s-a deconspirat nici un martor. De unde putem trage concluzia că “legile au fost inventate pentru salvarea martorilor protejați”.²³ Dacă însă ne referim la obligațiile martorului protejat după ce a fost inclus în program și la drepturile acestuia vom constata că *„Nulla lex satis commoda omnibus est”*²⁴, întrucât singurele referiri ale legii cu privire la drepturile martorului sunt doar două, iar obligațiile mai multe.

După natura juridică, când martorul protejat semnează Protocolul de protecție²⁵, atunci putem spune că este o convenție cu executare succesivă care are un început, o desfășurare și un sfârșit.

Programul încetează potrivit Legii nr. 682/2002 în una din următoarele situații:

▪ la cererea martorului protejat exprimată în formă scrisă și transmisă către Oficiul Național pentru Protecția Martorilor;

▪ dacă în cursul procesului penal martorul protejat depune mărturie mincinoasă;

▪ dacă martorul protejat comite cu intenție o infracțiune;

▪ dacă sunt probe sau indicii temeinice că ulterior includerii în Program, martorul protejat a aderat la un grup sau organizație criminală;

▪ dacă martorul protejat nu respectă obligațiile asumate prin semnarea Protocolului de protecție sau dacă a comunicat date false cu privire la orice aspect al situației sale;

▪ dacă viața, integritatea corporală sau libertatea martorului protejat nu mai este amenințată;

▪ dacă martorul decedează.

Încetarea programului de protecție a martorilor este dată în competența procurorului sau instanței. Ea este declanșată mai întâi de informarea în formă scrisă a procurorului sau a instanței, despre existența uneia din situațiile de încetare a programului prevăzute în art. 17 din lege. Obligația informării revine Oficiului Național pentru Protecția Martorilor care ia toate măsurile necesare în vederea încheierii Programului și urmărește realizarea lui în cele mai bune condiții.

În privința competenței de soluționare a sesizării Oficiului în vederea încetării programului, aceasta revine, în cursul urmăririi penale, procurorului, iar în cursul judecății, instanței competente să judece cauza penală în care a fost utilizată declarația martorului protejat.

Astfel, primind informarea, procurorul, respectiv instanța, va analiza în cel mai scurt timp situația intervenită. În urma acestei analize, procurorul sau instanța va dispune, în raport de rezultatul ei, încetarea sau continuarea programului, dând o ordonanță, respectiv o încheiere în acest sens. Ulterior, procurorul sau instanța va comunica Oficiului Național pentru Protecția Martorilor ordonanța sau încheierea respectivă.²⁶

5. Caracteristici ale sistemelor juridice din Italia, Germania și Olanda, țări comunitare

Din perspectiva dreptului comparat lucrările unor specialiști în materie²⁷, utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal. Comentarii asupra Legilor nr. 682/2002 și 281/2003 prin prisma jurisprudenței europene și a dreptului comparat precum și studiul lui A. Țigănașu–Jănică, C.C. Ronițan, A. Costache ”Protecția martorilor” urmate de studiul publicat în ”Dreptul” nr. 5/2004 de C.R. Ronițan, ”Protecția martorilor – programe din Italia, Olanda și Germania, au

²³ *Constat ad salutem testium protectorum inventas esse leges*

²⁴ Nicio lege nu este destul de potrivită pentru toți

²⁵ Un contract sinalagmatic prin care părțile semnatare au obligații și drepturi reciproce și interdependente

²⁶ Idem ibidem

²⁷ Gh. Mateuț, *Protecția martorilor*

contribuit la eliminarea unor lacune și abordarea din altă perspectivă, comunitară de data aceasta, a instituției protecției martorului. Pe baza experienței înregistrate în domeniul protecției martorilor au fost alese pentru realizarea studiului nostru 3 țări și anume Italia, Germania și Olanda.

Dacă în Germania și Olanda judecătorul are responsabilitatea atât pentru audiere cât și investigarea cauzei, în Italia sistemul poate fi apreciat ca unul mixt, o combinație între sistemul acuzator și cel inchizitor.

Urmărirea penală în cele trei țări exemplificate e realizată de asemenea diferit. Astfel, în Olanda procurorul are puteri discreționare și poate decide, pe baza dovezilor materiale sau a criteriilor de politică penală, dacă un suspect va fi sau nu în judecată, pe când în Italia și Germania urmărirea penală este mandatorială, cu alte cuvinte imediat ce un procuror este notificat despre infracțiune acesta trebuie cu maximă celeritate să înceapă o anchetă.

În Italia și Olanda sistemul include un judecător de instrucție (magistrat, anchetator), care acționează la solicitarea Ministerului Public și autorizează măsuri împotriva suspectilor sau martorilor.

În Germania și Italia principiul nemijlocirii joacă un rol important, de aceea orice probă trebuie prezentată nemijlocit în instanță într-o ședință de judecată unde predomină caracterul oral. În schimb în Olanda se acorda o mai mare importanță mărturiilor și declarațiilor scrise.

În ceea ce privește regurile de probă, în Italia există cerințe minimale când suspectul este acuzat de participare la crima organizată și el poate fi condamnat doar pe baza declarațiilor a doi co-inculpați care colaborează cu autoritățile judiciare, atâta timp cât există probe materiale convergente.

Există deosebiri între cele 3 țări și în ceea ce privește modalitățile alternative de protejarea martorilor. Astfel, în Germania și Olanda pe lângă programul de protecție a martorilor se utilizează și declarațiile unor martori anonimi nenominalizați, drept probe în instanță cu toate că o condamnare definitivă nu se poate hotărî exclusiv pe asemenea declarații. Aceasta procedură a martorilor nenominalizați, în Italia nu este admisă, deoarece în această țară se acordă o valoare simbolică confruntării între acuzat și martor și se consideră că manifestările non-verbale ale martorului pot releva autenticitatea sau netemeinicia depoziției sale. Totuși în Olanda este posibilă asigurarea unui anonim parțial, adică martorul nu-și declară numele sau domiciliul, doar judecătorul știe identitatea reală a acestuia precum și adresa. Aceasta modalitate alternativă de protejare a martorilor este destinată cu precădere membrilor echipei de supraveghere, filare, percheziționare sau arestare și pentru ofițerii de poliție care au avut contact cu acuzatul, lucrând sub acoperire. În Olanda aceasta modalitate se mai numește și deghizare. În Germania când există cazuri majore de crimă organizată, considerate ca o amenințare la adresa statului, se admite și proba cu martori anonimi.

Referitor la criteriile de includere în Program, deși diferă semnificativ de la o țară la alta, totuși există câteva criterii esențiale care sunt comune tuturor celor 3 țări, cum ar fi: persoana în urma evaluării este potrivită pentru a participa la programul de protecție, și-a exprimat în mod voluntar dorința de a fi inclusă în program, iar această participare voluntară este liber consimțită, cum un alt criteriu foarte important este acela că persoana este implicată într-o cauză în care este vorba să fie trimisi în judecată suspecti de comiterea unor infracțiuni grave și datorită acestui aspect atât persoana cât și rudele ei și apropriații acesteia sunt în pericol în ceea ce privește viața, integritatea corporală sau a sănătății.

În cele 3 țări evaluarea se face individual și se referă la condițiile psihologice, sociale, medicale, profesionale, financiare, familiare ale solicitantului.

În ceea ce privește categoriile de martori care pot fi incluși în acest program, în cele 3 țări are prioritate martorul care nu are cazier și nici nu este suspectat de comiterea unei infracțiuni. Prima categorie comună în toate cele 3 țări o reprezintă observatorii neinvitați care s-au întâmplat să fie prezenți când a avut loc ceva relevant din punct de vedere a anchetei penale. În Italia de pildă, această categorie o reprezintă un număr de rude ale membrilor grupurilor criminale care au fost omorâți.

Un alt punct comun între cele 3 țări referitor la persoanele incluse în programele de protecție îl reprezintă numărul foarte mic ale persoanelor care nu au nici o legătură cu activitatea infracțională.

În Italia, raportând la populație există cel mai mare număr de martori protejați, pe când în Olanda este cel mai mic număr. Explicația este simplă, în primul rând nivelul criminalității din fiecare țară și gradul ferocității cu care acționează, apoi dificultatea cu care se confruntă orice persoană până dobândește statutul de martor protejat.

Referitor la protocol, conținutul acestuia indiferent că se numește Convenție sau Înțelegere, trebuie discutat în amănunțime cu fiecare candidat și rudele acestuia în parte. Alt element comun pentru cele 3 țări este evaluarea periodică în ceea ce privește gradul de pericol ale martorului, ea se realizează ca și la noi cel puțin o dată pe an.

Durata și costurile de protecție ale martorilor, în Italia sunt necesare mai mult de 2 ani, între 3-5 față de Germania unde sunt de ajuns 2 ani. Nu putem estima cu certitudine care sunt diferențele sau asemănările în ceea ce privesc costurile, în schimb în ceea ce privește eficacitatea acestor programe în cele 3 țări este identică cu cea din România întrucât nici un martor protejat nu a fost deconspirat. Al doilea efect și cel mai important după ce viața martorului a fost asigurată este faptul ca au fost condamnați numeroși conducători sau membrii importanți ai unei grupări criminale.

Concluzii

Aprecierea declarației martorilor reprezintă una dintre cele mai delicate probleme cu care este confruntată instanța penală în materie de probațiune. În trecut, mărturia a fost considerată și într-o oarecare măsură justificat, ca una dintre cele mai fragile probe. Puterea doveditoare a mărturiei era, în sistemul probelor legale, evaluată și impusă judecătorului de lege. Criteriul cantitativ al mărturiei prevala asupra celui calitativ, potrivit adagiului *testis unus, testi nullus*.

În sistemele procesuale moderne în materia dreptului civil probele testimoniale nu au o valoare prestabilită de lege, ci sunt lăsate la libera apreciere a judecătorului. Perceperea probelor se face, în principiu, în mod direct și nemijlocit de către judecător prin ascultare, citire, examinare etc în funcție de specificul fiecărui mijloc de probă, iar aprecierea probelor se face în mod liber, potrivit intimei convingeri a judecătorului, bazată pe conștiința sa juridică. Libera apreciere a judecătorului nu poate reprezenta o simplă abstracțiune, de aceea judecătorul trebuie să evalueze toate dovezile pe baza intimei sale convingeri, dar în toate cazurile în concordanță cu realitatea faptelor și cu respectarea legii.

Caracterul excepțional al reglementării obținerii de probe prin intermediul instituției martorului protejat face ca acet mijloc de probă să fie folosit numai în anumite cazuri, mai grave, enumerate limitativ. De asemenea, este necesar a se asigura accesul la măsurile de protecție, îndeosebi cu caracter procedural, pentru oricare persoană care are calitatea de martor într-un proces penal și se află într-o stare de pericol, riscând vătămarea integrității corporale, a sănătății și chiar a vieții lui și/sau a rudelor. Pe cale de consecință, sistemul judiciar penal românesc trebuie organizat în așa fel încât interesele martorilor să nu fie compromise în mod nejustificat, în vederea atingerii scopului procesului penal, dar și în considerarea nevoii de a proteja valori sociale inerente existenței individului uman.

Referințe bibliografice

- Beccaria Cesare, *Despre infracțiuni și pedepse*, Editura Rosetti, București, 2001, p. 60-61
- Bentham John, *Traite des preuves judiciaires*, Ed. Bassage freres, Paris, 1823, vol. I, p. 93
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p.624
- Doltu Ioan, *Martorul în procesul penal*, Revista de Drept Penal nr. 3/1995, p. 60-67
- Doltu Ioan, *Declarațiile martorilor în procedura penală română și în dreptul comparat*, Revista Pro Lege nr. 4/1995, p. 34-51

- Dongoroz Vintilă, *Drept penal*, curs, București, 1939, p. 120-123
- Dușu Mircea, *Dicționar de drept privat*, Editura Mondan, București, 2002, p. 498-50
- Gorgăneanu Ion Gh., *Sugestii pentru o protecție judiciară a martorului în procesul penal*, Revista de Drept Penal nr. 1/2001, p.32-37
- Kahane, Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, Partea generală, vol. I, Editura Academiei, București, 1976, p. 434
- Leș Ioan, *Tratat de drept procesual civil*, Editura All Back, București. 2001, p. 452-462
- Mateuș Gheorghiuță, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, vol. I, Editura All Beck, București, 2007, p. 800
- Mihuț Elena, Moca Demian, *Ascultarea martorului protejat. Protecția datelor de identificare ale acestuia. Forța probantă a martorului protejat*, în Revista Dreptul, nr. 6/2006
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală*, Editura Pro, București 1997, p. 274-275
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București 2010
- Neagu Ion, Damaschin Mircea, *Drept procesual penal, Mapă de seminarii*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 116-125
- Oprea Ioan, Pamfil Carmen Gabriela, Radu Rodica, Zăstroiu Victoria, *Noul dicționar universal al limbii române*, Editura Litera Internațional, București 2007, p. 1133
- Popa Andreea, *Protecția martorilor*, în **CKS for dtudents 2010**, p. 5-12 (document accesibil la http://www.univnt.ro/ro/sesiune_științifică.html)
- Romițan Ciprian Paul, *Protecția martorilor-programe din Olanda, Italia și Germania*, în Revista Dreptul, nr. 5/2004
- Theodoru Grigore, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 1020
- Țigănașu Jănică Arion, Romițan Ciprian Paul, Costache Aurelian, *Protecția martorilor*, Editura Moroșan, București, 2003, cap. III, p. 38-57
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București, 1996, p. 521
- site-ul C.E.D.O. <http://www.echr.coe.int/echr>
- site-ul Consiliului Europei <http://www.coe.int>
- Codul civil
- Codul de procedură civilă
- Codul penal
- Codul de procedură penală
- Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758/29.10.2003), renumerotată și republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767/31.10.2003
- Legea nr. 682/19.12.2002 privind protecția martorilor, publicată în Monitorul Oficial, nr. 964/28.12.2002

PROBA ÎN PROCESUL MÂNTUITORULUI

Ciprian BĂLĂȘOIU*

Abstract

For two thousand years, mankind does not stop to weight the charges brought against Jesus, the sentencing of his death.

The expression of these social and moral unrest and legal recommendation was materialized on April 25, 1933 at 14 o'clock when a retrial was held in Jerusalem by a Special Court, a Process of Jesus of Nazareth. Of the five judges, four voted: innocent!

Without going into details of a legal nature and keeping closely to historical information and date provided by the Gospels, this paper gives a brief overview of the injustices that Jesus suffered and unsubstantiated or abusive evidence that people have brought him.

Cuvinte cheie: proces, judecată, vinovăție, probe, pedeapsă capitală

De 2000 de ani, omenirea nu încetează a căuta învinuirile aduse lui Iisus, în ce privește condamnarea lui la moarte. Expresia acestor frământări social-morale și reconsiderări judiciare, a fost materializată în 25 aprilie 1933, la orele 14, când la Ierusalim s-a desfășurat o rejudecare de către un Tribunal Special a Procesului lui Iisus din Nazaret.

*Din cei 5 judecători, 4 au votat: **Nevinovat!***

Fără a intra în detalii de natură juridică, și ținându-ne îndeaproape de informația istorică și datele oferite de Sfintele Evanghelii, lucrarea de față oferă o scurtă prezentare a nedreptei judecăți pe care Mântuitorul Lumii a suferit-o, dar și a probelor nefondate sau abuzive pe care oamenii I le-au adus

*„a avea un drept este esențial, dar a putea să-l probezi este la fel de esențial. **Pentru** că practic, în caz de litigiu, cel care nu deține probe referitor la dreptul său, va pierde procesul și nu va putea să exercite prerogative pe care ar fi putut să le exercite, potrivit dreptului său”(Colin et Capitant).*

„ Iar dreptul din credință va fi viu”(Romani 1, 17).

Scurt istoric al probei

Un autor - Ayrault - afirma că „legile sunt precum fluviile: pentru a cunoaște ce sunt nu trebuie observat urmele pe care au trecut, ci izvorul lor de origine”.

În ceea ce privește legislația antică, la greci, trei par a fi fost mijloacele de probă în materie criminală: martorii, tortura și proba prin apă fiartă.

Martorii erau datori să se înfățișeze în persoană înaintea acuzatorului, și ambele părți, atât acuzatorul cât și acuzatul aveau dreptul să-și aibă martorii lor. Fiecare martor avea obligația să facă, pe lângă mărturia verbală, și una scrisă pentru a se putea verifica exactitatea celor arătate. Depozițiile lor nu formau o parte distinctă a dezbaterilor, ci se confundă cu pledoariile afacerii; astfel, când oratorul făcea în pledoaria sa o alegațiune, prezenta în același timp și martorul cu care dovedește validitatea celor susținute. În timpul depoziției, martorul nu poate fi întrerupt și nici partea potrivnică nu poate să-i pună întrebări.

* Student, Facultatea de Poliție, Academia de Poliție “Alexandru Ioan Cuza”, București;

e-mail: ciprian83_selim@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr. Mirela GORUNESCU

Un alt mijloc de probă o reprezenta tortura. Originea torturii o găsim în sclavagism. La început tortura era aplicată numai sclavilor, dar pe parcurs și oamenilor liberi. Popoarele vechi nu vedeau nimic sălbatic în aplicarea torturii ca mijloc de probă. Isocrat zicea: „că nimic nu indică mai bine adevărul decât tortura. Un martor poate să mintă, dar în mijlocul torturii adevărul singur vorbește”.

Alături de aceste două mijloace de probă, Sophocle citează un al treilea și anume proba prin fier roșu și apă fiartă. Aceasta pare a fi fost luată din Orient, fiind însă de scurtă durată, deoarece îndată ce Grecia a cunoscut un grad de civilizație superior, s-a abandonat acest mijloc de probă.

În dreptul roman, găsim și probe scrise care lipseau la greci. În primii ani ai republicii romane, probele nu precedau, ci urmau dezbaterile. Mai întâi se pleda de o parte și de alta și numai după încetarea pledoariilor urmau mijloacele de probă.

Probele în dreptul roman erau în număr de trei: probe scrise, martori și tortura.

Probele scrise alcătuiau toate actele cu care se dovedea vinovăția sau nevinovăția unui acuzat. Romanii aveau dreptul la percheziție. Acuzatorul, cu mandatul pretorului, putea face vizite domiciliare, ridica corpuri delictive și întocmea acte pentru aceste operațiuni. Acest mijloc de probă era întrebuițat, mai ales, când era vorba de acte sau condice de ridicat.

Al treilea mijloc de probă căruia romanii îi dădeau o importanță majoră era tortura¹. Explicația acestei sălbăticii o găsim în faptul că la toate popoarele din antichitate și prin urmare la romani, ideile de milă, de bunătate și de umanitate nu existau sau dacă totuși existau erau sub formă falsă și diametral opusă popoarelor moderne. Și la tortură, ca și la martori, judecătorul este suveran să țină sau nu seama de declarațiile ce i se fac.

Ideile umanitare ale unor împărați se impun în scurt timp. Astfel, Grațian împiedică prelungirea detențiilor prealabile, pentru că justiția și pedeapsa trebuie să fie grabnice și să nu zdrobească pe acela care trebuie să-și recapete libertatea. Tot executarea torturii în cele 40 de zile de la postul cel mare, iar mai târziu este suspendată, în tot acest timp, executarea pedepsei corporale. Mai multe legi inițiate de acest împărat absolveau printr-un fel de amnistie pe toți acuzații deținuți și aflați în temniță în timpul sărbătorilor Paștelui, observandu-se aici sentimentul creștinesc pe care îl respiră aceste decizii².

În procesul penal arhaic de tip acuzatorial, concepțiile empirice și mistice, permiteau organului judiciar să interpreteze în modul cel mai liber anumite probe, având chiar o esență sau o explicație supranaturală, în care spiritul de dreptate și de echitate era transferat uneori pe seama „înțelepciunii și atotputerniciei divinității”.

Dreptul procesual penal modern, exonerează organul judiciar de obligația respectării ierarhiei probelor stabilite prin lege, și introduce teoria liberei aprecieri a probelor, teorie care se bazează pe intima convingere a organului judiciar care își formează opinia în urma administrării probelor.

Noțiunea de probă în procesul penal

Scopul tuturor operațiunilor judiciare este descoperirea adevărului.

Adevărul este conformitatea între ideea pe care ne-o facem despre un fapt, cu faptul însuși; cu alte cuvinte, este certitudinea pe care o obținem ca urmare a faptului care s-a petrecut astfel precum noi îl socotim.

Faustin Helie definește certitudinea astfel: „certitudinea este situația unei inteligențe, care afirmă că un fapt există sau nu există, că o propunere este adevărată sau neadevărată”

Mijloacele prin care judecătorul ajunge să-și formeze certitudinea, sunt probele pe care legea le pune la dispoziția lui.

¹ Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru, 2006 *Probele în procesul penal, Aspecte teoretice și jurisprudența în materie*, Ed. Universul Juridic, București, , p. 8

² *Ibidem*, p. 9.

•Bentham zice că: „probele sunt mijloacele de care ne servim în descoperirea adevărului și aceste mijloace pot fi bune sau rele, complete sau incomplete”.

Mittermaier definește proba astfel: „totalitatea motivelor producătoare de certitudine”.

•Domat numește probă „ceea ce încredințează spiritul de un adevăr”.

Privit prin prisma principiului aflării adevărului, procesul penal nu reprezintă numai o activitate judiciară, ci un proces de cunoaștere mult mai larg³, în cadrul căruia organele judiciare au nevoie de date sau dovezi pentru a stabili dacă o persoană este sau nu vinovată de săvârșirea unei infracțiuni. În acest sens, în art. 62 Cod procedură penală, se prevede că organele de urmărire penală și instanța de judecată sunt obligate să lămurească cauza, sub toate aspectele, pe bază de probe⁴.

În reglementarea legală, conceptul nu poate fi lăsat la aprecierea celui care aplică norma juridică, în consecință s-a ivit necesitatea ca noțiunea să fie definită chiar de lege. Drept urmare, în Cod a fost explicit arătat sensul științific și legal al categoriei de probă.

Constituie probă orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a săvârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei (art. 63 Cod procedură penală).

Reținând importanța deosebită a probelor în soluționarea cauzelor penale, trebuie menționat că în privința lor se poate semnala o dublă funcționalitate⁵:

- din punct de vedere gnoseologic, proba constituie un element de cunoaștere prin intermediul căruia organele judiciare află adevărul;

- din punct de vedere etimologic propriu-zis, proba constituie un instrument de dovedire, părțile utilizând probele în scopul dovedirii susținerilor și argumentărilor făcute în condițiile contradictorialității procesului.

Într-un sens larg, folosit mai ales de nespecialiști, termenul cuprinde atât proba, în adevăratul sens al cuvântului, cât și mijloacele de probă, procedeele probatorii, dar și unele concepte care au numai legătură cu probele. Probele, ca elemente de fapt, care servesc la aflarea adevărului în procesul penal sunt aduse la cunoștința organelor judiciare prin intermediul mijloacelor de probă.

Mijloacele de probă sunt acele căi legale prin care se constată existența probelor sau, altfel spus, ele sunt izvorul probelor. De aceea se face distincție între o împrejurare de fapt pe baza căreia se constată vinovăția sau nevinovăția unei persoane, și mijlocul prin care această împrejurare a fost relevată.

Nu se confundă noțiunea de probă cu cea de probațiune - ca activitate de strângere și verificare a probelor, activitate care constă mai întâi în stabilirea de fapte și împrejurări legate de infracțiunea comisă, ca apoi, prin coroborarea și aprecierea acestora să se dovedească existența infracțiunii și vinovăția infractorului. Probele sunt entități de fapt extraprocesuale (există în afara procesului penal) care privesc însă obiectul procesului (fapta și făptuitorul la care se referă cazul). Prin administrarea lor în desfășurarea procesului penal ele capătă caracter procesual⁶.

Probele în cadrul procesual ecleziastic

Justiția are ca masă de lucru societatea și reglementează raporturile între oameni. Pentru a asigura coeziunea socială, justiția formulează regulile de conviețuire în comun, fără de care nici o societate n-ar putea exista⁷. Ea cântărește dreptatea într-un proces pe baza probelor convingătoare ce s-au administrat în cauză (*dabi mihi factum, dabo tibi ius*). Putem vorbi de probe și în cadrul procesual eclezial unde potrivit art. 148, alin.1 din Statutul BOR „*Instanțele disciplinare și de*

³ N. Voionciu, 1972, *Drept procesual penal*, Editura Didactică și Pedagogică, București, , p. 52, apud. Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru, *op. cit.* p. 8.

⁴ N. Voionciu, 1998, *Tratat de procedură penală*, Partea generală, Vol. 1, Editura Paideia, ,p. 331.

⁵ Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru, *op. cit.* p. 7.

⁶ V. Dongoroz, și colectiv, 1975, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, Partea generală. Vol. I, București, Editura Academiei, p, 168, *apud. Ibidem.*

⁷ Irineu Ion Popa, 2009, *Substanța morală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, p. 209.

judecată bisericească pentru clerici de mir, preoți și diaconi în funcțiune și pensionari, precum și cântăreți, în probleme doctrinare, morale, canonice și disciplinare sunt Consistoriul disciplinar protopopesesc și Consistoriul eparhial”⁸. Existența și lucrarea puterii judecătorești, adică a îndeplinirii funcției judecătorești în biserică, presupune atât existența legilor cât și a supunerii obișnuite față de acestea, cât și existența unor cazuri de nesupunere față de legi sau de încălcare a acestora, cazuri în care devine necesară judecarea celor nesupuși, și pe baza probelor pedepsirea sau repunerea lor în drepturi⁹. Potrivit art. 155 alin. 1 din Statutul BOR „Sfântul Sinod al BOR, ca organism care se pronunță asupra admisibilității cererilor de recurs, primește și examinează recursurile clericilor caterisiți de către un consistoriu eparhial. Recursurile admise, în principiu, de Sfântul Sinod sunt trimise Consistoriului mitropolitan spre judecare asupra fondului, iar sentința se aprobă de Patriarh”.

Ca martori în cadrul unui proces civil slujitorii cultelor nu pot depune mărturie niciodată (cât privește taina spovedaniei), ei fiind ținuti de secretul confesiunii, în temeiul dreptului canonic¹⁰. Însă dacă din întâmplare ei au fost martori la săvârșirea unor fapte sau acte juridice, ei vor putea depune mărturie cu încuviințarea superiorilor ierarhici.

Obiectul probațiunii

În codul de procedură penală, Cap. I din Titlul III al Părții gen. în art. 62-68, întâlnim o seamă de dispoziții generale referitoare la probe. Bazele legale principale ale concepției referitoare la libera apreciere a probelor, sunt reglementate prin art. 63, alin. 2, al Codului de procedură penală unde se subliniază că probele nu au o valoare dinainte stabilită, iar aprecierea fiecărei probe se face de organul de urmărire penală și instanța de judecată potrivit convingerii lor, formată în urma examinării tuturor probelor administrate. Printre dispozițiile generale există norme care statuează principiul obținerii libere a probelor fără a se putea influența aceasta prin constrângeri fizice sau morale.

Art. 68, alin. 1 C. proc. pen. prevede interzicerea utilizării violențelor, amenințărilor ori altor mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri, în scopul de a se obține probe.

În desfășurarea procesului penal invocarea și propunerea de probe, admiterea și administrarea lor constituie un fascicul de acte procesuale care poartă denumirea de probatoriu¹¹. Obiectul probațiunii sunt faptele, stările, situațiile și circumstanțele de fapt din care izvorăsc obligațiile și drepturile participanților la procesul penal.

În ansamblul de fapte și împrejurări care formează obiectul probațiunii, literatura juridică a făcut distincție între fapte și împrejurări care se referă la fondul cauzei (la infracțiune, la făptuitor, la răspunderea acestuia), și fapte și împrejurări care se referă la normala desfășurare a procesului penal (împrejurări care atrag suspendarea procesului : starea sănătății învinuirii sau inculpatului, împrejurări privind necesitatea luării măsurilor de asigurare sau siguranță¹²). Încă în anul 1829, J. Bentham scria că „orice probă cuprinde cel puțin două fapte distincte: unul pe care-l putem numi faptul principal (

⁸ Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române, 2008, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al BOR, București, p. 93.

⁹ Arhid. Prof. Dr. Ioan N. Floca, 1990, *Drept canonic ortodox, Legislație și administrație bisericească*, vol II, EIBMBOR, București, p. 208.

¹⁰ Jurisprudența franceză de drept penal (în aplicarea articolului 378 C. penal) clasează în două grupe persoanele : general și particular; Din prima categorie fac parte preoții, avocații, consilierii juridici, notarii, medicii, magistrații, etc. Din a doua categorie fac parte: educatorii, funcționarii de bănci, agenții de schimb. (*Raportul francez*, în H. Safai, *op. cit.*, p. 84 și urm. apud. Maria Fodor, *op. cit.* 282).

¹¹ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, 1975-1976, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, vol. I, Ed. Academiei, București, p. 173, apud. *ibidem*, p. 20

¹² Gr. Theodoru, L. Moldovan, 1979, *Drept Procesual penal*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, p. 117. apud. *ibidem*, p. 25.

res probandae), cel a cărui existență sau inexistență trebuie să fie dovedită; celălalt, *faptul probator* (*res probantes*), care este folosit pentru a dovedi existența sau inexistența faptului principal¹³.

Faptul principal al probațiunii îl constituie însuși obiectul procesului penal- comiterea cu vinovăție de către învinuit sau inculpat a faptei prevăzută de legea penală pentru care este urmărit sau judecat. Ele sunt probe directe prin intermediul lor se poate face dovada existenței sau inexistenței faptei, a urmărilor ei socialmente periculoase și a vinovăției sau nevinovăției făptuitorului.

Faptele probatorii sunt acele fapte sau împrejurări care, deși nu se cuprind în faptul principal, prin existența sau inexistența lor asigură constatarea existenței sau inexistenței faptului principal. Ele se mai numesc și indicii și sunt probe indirecte, deoarece prin informațiile pe care le furnizează, conduc la stabilirea, pe cale indirectă a faptelor principale.

Există și categoria faptelor similare, auxiliare și negative care pot intra în obiectul probațiunii dacă, de bună seamă îndeplinesc condiția de a fi concludente și pertinente. Nu pot intra în obiectul probațiunii faptele care vin în contradicție cu cunoștințele științifice sau cu normele morale.

Sunt cazuri când legea sau cunoștințele noastre despre lume și societate consideră existente sau inexistente anumite fapte sau împrejurări, nemai fiind necesară administrarea de probe pentru dovedirea lor. Acestea constituie prezumțiile legale care înlătură, pentru cei care le invocă, necesitatea dovedirii faptului prezumat.

Prezumțiile legale pot fi absolute sau relative. Prezumțiile legale absolute nu admit probe contrarii iar cele relative pot fi înlăturate cu probe contrarii. La acestea se mai adaugă faptele evidente și notorii care reprezintă cunoașterea de către toată lumea sau de un cerc larg de persoane a unor împrejurări, și cele necontestate care reprezintă împrejurări cu privire la care părțile de comun acord, nu ridică probleme acceptându-le existența sau inexistența.

În principiu orice probă este admisibilă. Astfel art. 67 C. proc. pen. prevede că părțile pot propune probe și cere administrarea lor, aceste cereri neputând fi respinse dacă proba este concludentă și utilă; *per a contrario*, în cazul în care proba nu este concludentă, ea trebuie respinsă. În cazul în care o probă este pertinentă, concludentă și utilă dar a fost administrată prin încălcarea dispozițiilor art. 68 C. proc. pen., o asemenea probă nu poate fi valorificată în procesul penal.

Probele în cadrul procesului. Martorii, judecata, osândirea.

Din punct de vedere al procedurii penale, procesul Mântuitorului s-a situat de la început pe terenul dreptului ebraic (Dreptul locului, deci al Ierusalimului) și al dreptului roman (Dreptul ocupantului provinciei romane a Iudeii).

Procesul începea după dreptul penal ebraic, cu ascultarea martorilor acuzării. Prezidentul instanței avea obligația să le pună în vedere să spună numai adevărul și să-i avertizeze¹⁴.

Dreptul talmudic, după cum arată Doerr, prescrie cea mai mare conștiinciozitate în privința ascultării martorilor. Mărturia mincinoasă, sancționată în cele zece porunci, era urmărită și pedepsită de legea talionului. În cazul în care inculpatul nevinovat era condamnat la moarte în urma mărturiei mincinoase și aceasta era descoperită, martorii mincinoși erau și ei sancționați la rândul lor cu pedeapsa capitală.

Formalismul sever în privința valorii probatorii a depozițiilor martorilor mergea atât de departe, încât se pretindea ca cele spuse de martori să nu se contrazică în cele mai mici amănunte.

Mărturia mincinoasă există atunci când cineva depune ca martor asupra unor anumite fapte pe care afirmă că le-a văzut sau le-a auzit, deși nu corespunde adevărului și acelea nu s-au întâmplat deloc sau au avut loc altcumva decât s-au afirmat.

¹³ J. Bentham, 1829, *Traite des preuves judiciaires*, Oeuvres de J. Bentham, L. Hauman et Comp., Bruxelles, p. 249, apud. *ibidem*.

¹⁴ Fruma Ioan, Marcu T. Grigorie, 1945, *Procesul Mântuitorului, studio juridic și teologic*, Ed. Tipografiei Arhidiecezane, Sibiu, p. 35

În sfârșit, în anumite izvoare evreiești, se emite ipoteza că martorii acuzării în procesul Mântuitorului au fost cumpărați ca și Iuda de sinedriști pentru a mărturisii mincinos¹⁵.

Rezultatul mărturiilor acelor martori „căutați de sinedriu” nu era suficient pentru a justifica o condamnare. Evanghelistul Marcu (14, 56) ne arată că „mărturiile” nu se potriveau, după cum am văzut, dreptul penal ebraic cerea în mod rigoros ca depozițiile martorilor să se refere la cele percepute cu propriile simțiri și să fie la fel, în sensul că nu trebuiau să difere nici în cele mai mici amănunte. Cunoaștem totuși obiectul depoziției a doi martori, (Matei 26, 60): „Noi l-am auzit zicând: Dărăma-voi acest templu făcut de mână și în trei zile altul, nefăcut de mână, voi zidi.” Marcu, 14, 58. Evanghelistul Marcu (14, 59) ne spune că „și nici așa nu era la fel mărturia lor”.

Ideea exprimată de Mântuitorul nu era însă un atentat material la locașul sfânt al evreilor, ci era anticiparea propriei Sale învieri¹⁶. Fie că martorii nu au înțeles cuvintele simbolice ale Mântuitorului, fie că le-au reat tendențios pentru a fi pe placul sinedriștilor, mărturisirea lor era strâmbă și nu corespundea adevărului.

Într-adevăr Mayer arată că una dintre întrebările principale, ce trebuiau să fie adresate martorilor era: Ați avertizat pe inculpat înainte de fapta sa? Inculpatul era condamnat la moarte numai dacă răspundea afirmativ, fiindcă se vedea că numai în acel caz a conceput intenția criminală, dacă înainte de fapt i s-a adresat această avertizare¹⁷. Această regulă de drept penal ebraic, aplicată constant tindea să limiteze sentințele capitale. Era suficient, însă, dacă un singur martor, a avertizat pe inculpat sau se dovedea că un terț, care nu figura ca martor, a făcut aceasta.

Este evident, din relatările Evangheliștilor, că pe de o parte nici nu s-au întrebat martorii asupra acestei împrejurări sau, chiar dacă s-au întrebat, nu puteau răspunde afirmativ.

Imparțialitatea și obiectivitatea judecătorilor evrei s-ar fi arătat dacă, față de aceste probe insuficiente și contrazicătoare, Sanhedrinul ar fi dat o sentință de achitare. Din moment ce dreptul ebraic nu dădea importanță mărturisirii inculpatului, din moment ce depozițiile martorilor ar fi putut constitui un slab început de probă, faptul că nu s-a dat posibilitate martorilor apărării să apară constituie o gravă violare a regulilor procedurale penale ebraice. Audierea martorilor apărării era obligatorie, dar ce este mai important, chiar și în momentul când condamnatul era adus spre locul executării, se putea proceda la ascultarea unor martori ai apărării și executarea trebuia să se suspende până la ascultarea lor.

După ascultarea martorilor acuzării, președintele Sanhedrinului Marele preot Iosif Caiafa se adresează direct Mântuitorului printr-o conjurație sacramentală, „Te juri pe Dumnezeu cel viu, să ne spui, de ești Tu Hristos, fiul lui Dumnezeu?” (Matei (26, 63). Mântuitorul răspunde: „Tu ai zis și vă spun încă: De acum veți vedea pe Fiul Omului șezând de-a dreapta puterii și venind pe norii cerului.” (26, 64)

Președintele Sanhedrinului își sfâșie veșmântul deasupra pieptului și provoacă imediat sentința Mântuitorului prin cuvintele: „A hulit! Ce mai avem nevoie de alți martori? Iată acum ați auzit hula lui. Ce vi se pare?”

Răspunsul lor: „vinovat este de moarte”, este verdictul de condamnare hotărât fără deliberare de către Sanhedrin. Infracțiunea constatată de Marele preot era o crimă religioasă, blasfemia care se pedepsea cu moartea. Pentru a o constata în urma stării de fapt stabilite cu ocazia procesului, s-a recurs la analogie. Starea de fapt constatată în proces nu întrunea elementele constitutive ale crimei de blasfemie. Confirmarea unei întrebări dacă cineva este „Fiul lui Dumnezeu” nu putea constitui o blasfemie. În procesul Mântuitorului blasfemia s-a stabilit e calea indirectă a analogiei. Sanhedrinul a judecat atât sub aspectul juridic de atunci, cât și sub cel al istoriei, nedrept.

¹⁵ Floca Arhid. Ioan N., 1990, *Drept canonic ortodox, Legislație și Administrație bisericească*, vol.II, EIBMBOR, București, p. 120

¹⁶ Mihoc Pr. Vasile, 2001, *Procesul Mântuitorului*, Ed. Teofania, Sibiu, p. 20.

¹⁷ Mayer, 1939, *Strafrecht*, vol.III, p. 247.

Sanhedrinul a ținut o a doua ședință dimineața cu caracter formal, discutându-se atitudinea ce urma să se adopte în fața lui Pilat, de la care urma să se ceară confirmarea sentinței de condamnare la moarte. Pilat care locuia în palatul cel mare al lui Irod, aceasta prezentând și ca splendoare și ca spațiu, cea mai potrivită reședință pentru procuratorul roman, iese afară din palat și întreabă pe sinedriștii care rămăseseră afară: „ce învinuire aduceți acestui om?” (Ioan 18, 29).

Întrebarea era adresată pentru ca să i se expună acuzarea. Față răspunsul obraznic al sinedriștilor: „De n-ar fi fost acesta făcător de rele, nu l-am fi dat ție”, pe care probabil l-a dat Caiafa¹⁸ trebuie să fie interpretat în sensul că sinedriștii se simțeau jigniți.

La acest răspuns nepoliticos al evreilor, Pilat răspunde indispus: „Luați-L voi și după legea voastră judecați-L” (Ioan 18, 31), vrând în acest mod să-și decline competența materială, crezând că e vorba de un delict de mai puțină importanță, dat în competența instanțelor evreiești.

În conformitate cu procedura de acuzare, în opoziție cu cea de Inchiziție, acțiunea publică trebuia expusă de cineva. Procuratorul roman era o instanță de confirmare și executare, ceea ce presupunea că infractorul care era adus în fața lui fusese judecat. Deci, trebuia să fie cineva care să expună învinuirile împotriva celui adus în fața instanței de confirmare.

Sinedriștii se văd siliți să expună învinuirile în detaliu. „Pe acesta l-am găsit răzvrătind neamul nostru și oprind a dat dajdie Cezarului, zicând că El este Hristos, Împărat” (Luca 23, 2). Cele trei acuze susținute de sinedriști sunt următoarele:

Primul cap de acuzare era răzvrătirea poporului. Înscenarea sinedriștilor era vicleană, deoarece ei nu puteau să vină în fața unui păgân, de care depindea executarea sentinței cu moartea, cu o acuză de ordin religios. Ei știau că o astfel de acuză n-ar fi găsit nici un ecou la Pilat, care în fond îi disprețuia. Schimbarea acuzei din religioasă în politică, avea să ducă la rezultatul dorit, deoarece (procuratorul Iudeii), după cum, arată Sterie Diamandi, care avea răspunderea conducerii, nu putea să lase nepedepsit pe un răzvrătitor împotriva ordinii de stat care ațâță norodul și cu ascendent asupra maselor.

A doua acuzație era și mai sireată. Acuzarea că oprește pe conaționali Săi să plătească impozite Cezarului, trebuia, după părerea lor, să producă un efect puternic asupra lui Pilat, care avea în primul rând mandatul să administreze finanțele provinciei în numele Cezarului. Atribuția principală a procuratorilor era această administrare a finanțelor provinciei¹⁹.

Acuzația adusă de sinedriști nu era adevărată. Pilat și-a dat seama imediat de netemeinicia ei. Știa că sinedriștii, ce se sustrăgeau pe toate căile de la plata impozitelor către fisc, casa Cezarului, nu acuză în mod sincer în această privință pe Iisus. Înscenarea era evidentă și această acuzare nici nu a mai fost susținută. Pilat nu-i dă nici o importanță, fiindcă nici nu întreabă pe Iisus despre această chestiune.

A treia acuzație era că Mântuitorul afirmă că e Hristos, Împăratul Iudeilor²⁰.

Uzurparea titlului de împărat constituia una dintre cele mai grave crime politice romane. Acest „perduellio” sau „crimen maiestatis populi Romani imminutae” era crima de înaltă trădare din timpurile noastre. Mântuitoru însă nu a afirmat că ar fi Împărat al Iudeilor.

„Perduellis” sau „perduellio” era fapta dușmanului intern al statului, pe când „crimen maiestatis” era o noțiune mai largă²¹. Orice infracțiune contra ordinii publice intra în noțiunea aceasta, ca: înțelegerea cu dușmanul țării, schimbarea constituției, implicând înlocuirea Cezarului prin Rege sau înlocuirea constituției.

A te declara și comporta ca Rege, a instiga la răzvrătire poporul, se considera și se sancționa ca o „crimen maiestatis”, pedepsindu-se cu moartea.

¹⁸ Bauer W., *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, Tubingen, 1930, vol.IV, p. 115

¹⁹ Mommsen, *Gesammelte Schriften*, III Ban, Berlin, 1907, p. 426.

²⁰ Ibidem, p. 554

²¹ Flavius Iosephus, *B.J.*, 7,3,3.

După acuzațiile expuse de sinedriști Pilat începe interogatoriul. Evanghelistul Matei ne arata că: „Iisus stă înaintea dregătorul și L-a întrebat dregătorul zicând: Tu ești Împăratul Iudeilor?” Mântuitorul răspunde scurt: „Tu zici.” (27, 11)

Pilat mirat că cel acuzat nu răspunde și nu se apără, se adresează Mântuitorului și-L întreabă: „Nu răspunzi nimic? Iată câte spun împotriva Ta” (Marcu, 15, 4; Matei, 27, 13) Neprimind răspuns nici la această întrebare și probabil crezând că Iisus este intimidat de pornirea asupra sa, Pilat se retrage cu Mântuitorul în Pretoriu, unde are loc cea convorbire minunată între magistratul roman, reprezentant al justiției omenești și Mântuitorul, care reprezenta o altă lume, neînțeleasă de cel care urma să-l judece.

Fillion spune că este semnificativ că Mântuitorul a preferat totdeauna să răspundă prin tăcere ori de câte ori era întrebat public în fața acuzatorilor, însă în particular îi răspunde lui Pilat. Mommsen arată că magistratul roman din timpul Cezarilor, era obligat să dresseze proces verbal despre ședință²².

La prima întrebare a lui Pilat: „Tu ești Împăratul Iudeilor?”, Mântuitorul răspunde cu altă întrebare: „De la tine zici tu asta sau alții ți-au spus-o despre mine?” Răspunsul acesta al Mântuitorului avea drept scop să-i arate lui Pilat viclenia și patima acuzatorilor. Pilat însă pare să nu înțeleagă aluzia Mântuitorului și răspunde iritat: „Au doar Iudeu sunt eu? Neamul tău și mai marii preoților te-au dat mie; ce ai făcut?” Prin acest răspuns arătând că este magistrat roman și judecă o acuzare a arhierieilor poporului evreu, cu care arată că nu are nimic în comun, procuratorul roman îndeamnă pe Iisus să aibă încredere în obiectivitatea lui. Mântuitorul îi răspunde cu memorabilele cuvinte: „Împărăția mea nu este din lumea aceasta. De ar fi fost din lumea aceasta Împărăția mea, slujitorii mei s-ar fi luptat ca să nu fiu dat Iudeilor.” Acest profund și sublim răspuns nu-l putea pricepe scepticul magistrat roman. Pilat reținuse din răspuns doar un singur lucru: că Iisus mărturisise că are împărăție. De aceea, ca judecător nu-l interesează decât cea mărturisire care se confirmă juridicește și-L întreabă mirat: „Dar Împărat ești?” „Tu însuși zici că sunt Împărat. Eu pentru aceasta m-am născut și spre aceasta am venit în lume, ca să mărturisesc pentru adevăr. Oricine este din adevăr, ascultă glasul meu.” Aceste cuvinte ale Mântuitorului erau dovada cea mai strălucită pentru Pilat că n-are în fața lui un răzvrătit sau un vinovat de „crimen maiestatis”. Un infractor n-ar fi răspuns astfel. Iisus este un idealist, un visător, inofensiv pentru ordinea publică și Imperiul Roman. Inocența Lui era evidentă.

Interogatoriul era un mijloc de dovadă important în procedura penală romană. Rezultatul interogatoriului prin răspunsurile Mântuitorului îl convinseseră pe procuratorul roman că acuzațiile nu puteau corespunde adevărului. Cum putea el confirma o sentință de condamnare la moarte pentru un fapt care, după legile romane, nu constituia o crimă?

Sceptic și plictisit, Pilat iese afară și comunică mulțimii care aștepta, verdictul: „Eu nu-i găsesc nici o vină” (Luca, 23, 4; Ioan, 18, 38). Aceasta era formula obișnuită a magistratului roman, când nu era dovedită culpabilitatea acuzatului și anume: „Non liquet.”

Față de afirmația acuzatorilor că: „Întărită poporul, învățând prin toată Iudeea, începând din Galileia până aici”, Pilat, văzând că există un cumul de competențe teritoriale, găsește prilejul pentru a-L trimite pe Mântuitorul la Iron Antipa. Dubla încercare a lui Pilat de a nu jedeca pe Iisus, invocând **fie incompetența materială, fie cea teritorială**, s-a explicat în diferite feluri. Din punct de vedere juridic, Pilat avea atât **competență materială**, fiindcă era instanța care trebuia să confirme sentințele Sanhedrinului ce pedepseau pe infractori cu moartea, pe de altă parte era competent **din punct de vedere teritorial**, fiindcă infracțiunea se comisesse pe teritoriul lui de jurisdicție și tot acolo fusese arestat și Mântuitorul.

Mobilul acțiunii lui Pilat de a-L trimite pe Mântuitorul la Iron Antipa, a fost probabil, pe de o parte acela de a se împăca cu Irod cu care era învrăjbit, arătându-i o atenție specială prin acest gest de

²² Mrejeru Theodor, Mrejeru Bogdan, 2006, *Problele în procesul penal, Aspecte teoretice și jurisprudența în materie*, Ed. Universul Juridic, București, p. 8

curtenie (după cum afirmă evanghelistul Luca, 23, 12), iar pe de altă parte se eschiva de a participa la o neînțelegere sectară și religioasă a evreilor în care, după convingerea sa, se cerea pedeapsa unui nevinovat.

Viclean și calculat, Irod își dă seama, pe de o parte, de nevinovăția Mântuitorului și de eventuala nemulțumire ce va produce o condamnare în rândurile adepților Săi, pe de altă parte, nu voia să se învrăjbească cu ierarhii poporului. Pentru a mări efectul teatral al răzbunării sale, îl trimite pe Iisus procuratorului îmbrăcat într-o mantie strălucitoare, dându-i astfel de înțeles că nu-l ia în serios, pe motiv că nu este competent al judeca.

Pilat arată din nou că nu găsește vreo probă de culpabilitate pentru a justifica pronunțarea pedepsei capitale și se gândește la o pedeapsă mai mică. Ulterior, aducându-și aminte de obiceiul amnistierii unui deținut cu ocazia sărbătorii Paștelui, întreabă mulțimea: „Voiți deci să vă slobozesc pe Împăratul Iudeilor?” (Ioan, 18, 39). Alegerea ce urma să se facă era limitată între Iisus și Baraba, fiindcă probabil numai acesta nu era încă judecat. Baraba „era închis împreună cu niște răsculați, care în răscoală făcuseră ucidere” și aștepta în închisoare procesul.

După cum arată Kastner, s-a descoperit un document important, papyrusul florentin nr.61, care sprijină în mod decisiv autenticitatea scenei cu Baraba relatată de evangheliști²³.

Pilat făcând propunerea favorabilă Mântuitorului, nu-și putea închipui că poporul va prefera fața de Iisus pe Baraba, care era un ucigaș.

După eliberarea lui Baraba, Pilat se gândește din nou la o pedeapsă de mai puțină importanță, însă mulțimea înfuriată insistă pentru răstignire. Pilat a dat ordin ca Mântuitorul să fie flagelat, pedeapsă executată în fața mulțimii, probabil de către patru soldați. Flagelarea, după cum s-a arătat se putea aplica și ca o pedeapsă anterioară crucificării și ca o pedeapsă independentă, dar se mai aplica și pentru a obține de la sclavi sau peregrini o mărturisire (quaestio per tormenta). Era o pedeapsă oribilă (horrible flagellum), fiindcă se aplica fără milă și cu drept cuvânt i s-a dat numele de „media mors”.

Cel pedepsit cu flagelarea era dezbrăcat și legat de un stâlp și fără să se ordone numărul loviturilor, era bătut cu biciul de flagelare atâta timp cât voiau cei care executau pedeapsa. După flagelare soldații, care erau trupe auxiliare și deci în majoritate nu erau romani de origine, îl duc pe Mântuitorul în Pretoriu unde se retrăsese și Pilat, iar acolo se întâmplă acea scenă revoltătoare a organizării unei parodii de încoronare din partea soldaților romani. Această batjocoritoare înscenare a unei „adoratio maiestatis” desigur că nu a fost din ordinul lui Pilat, dar se pare că a tolerat-o pentru a schimba părerea poporului.

Arătându-l pe Iisus încoronat cu cununa de spini și îmbrăcat în haină roșie, Pilat pronunță memorabilele cuvinte: „Ecce homo”, adică „Iată omul”. Astfel voia ca prin ridiculizarea persoanei lui Iisus, să schimbe părerea sinedriștilor care trebuiau să recunoască, văzându-l batjocorit, că o astfel de persoană n-ar mai fi prezentat niciun pericol pentru ei.

Sinedriștii schimbă tactica și, pe lângă acuza politică, susțin acum și pe cea religioasă, arătând că „Noi avem o lege și după legea noastră trebuie să moară, pentru că, s-a făcut pe sine Fiul al lui Dumnezeu”. Această schimbare de tactică, necesară pentru a putea susține și mai departe acuzarea, s-a explicat că ar fi o consecință a **schimbării acuzatorilor**, cum susține Doerr. Acuzațiile inițiale le-au susținut saduchei, care oricum erau mai favorabili stăpânirii romane și care nu ar fi bătut la ochi cu această acuzare, iar **schimbarea tacticii** ar fi realizat-o fariseii și cărturarii, care vin acum cu acuzația religioasă.

Pilat de la început recunoscuse manevra tactică a sinedriștilor, el știa că cei care până ieri erau cei mai înfocați naționaliști, ce voiau să scuture jugul opresiunii romane, nu se pot transforma în acuzatorii leali al unui conațional, a cărui moarte o cer fiindcă ar amenința Statul Roman.

²³ Kastner, 1912, *Die Ritterlichen Provizialstatthalter*, p. 439

Față de noua acuzația, Pilat știa că legile sacre ale evreilor trebuiau respectate în conformitate cu voința Cezarului. Evanghelistul Ioan spune că Pilat auzind acest cuvânt, „mai mult s-a temut”. Temerea lui Pilat s-a raportat la persoana Mântuitorului, care i-a făcut o impresie profundă, iar după alții s-a raportat la amenințările acuzatorilor.

Schimbarea acuzării făcea necesar un nou interogatoriu în urma căruia se întărește și mai mult convingerea procuratorului despre nevinovăția Mântuitorului când îi răspunde prin sublimele cuvinte „N-ai avea nici o putere asupra Mea, de ți-ar fi fost dat de sus. De aceea, cel care M-a dat ție, mai mare păcat are.” Cu aceste cuvinte se termină al doilea interogatoriu.

Acuzatorii trec acum la amenințări, spunându-i lui Pilat că dacă-L va elibera pe Iisus nu este „amicus Caesaris” fiindcă: „Oricine se face pe sine Împărat, este împotriva Cezarului.” În fața acestei amenințări procuratorul roman este lovit în punctul său vulnerabil. Lovitura primită prin amenințare, o dă înapoi prin ironie, arătând spre Mântuitorul și zicând: „Iată pe Împăratul vostru”, iar mai marii preoților răspund ironic: „N-avem Împărat decât pe Cezarul.”

Pilat își spală mâinile și spune: „Nevinovat sunt de sângele Dreptului acestuia. Voi veți vedea.” Iar poporul a răspuns: „Sângele Lui asupra noastră și asupra copiilor noștri.”

Spălarea mâinilor, relatată de evanghelistul Mate (27, 24) urmează ca un act prin care Pilat voia să arate în formă solemnă că el confirmă sentința Sanhedrinului numai la insistențele sinedriștilor și că nu se simte vinovat de această eroare judiciară. Actul simbolic al spălării mâinilor era un obicei evreiesc și se făcea când nu se descoperea infractorul care a comis un asasinat. Acest obicei era cunoscut în formă modificată la greci și romani.

După aceasta, Pilat va pronunța acele trei cuvinte care au făcut să se cutremure o lume întregă de nedreptatea ce o conțineau: „**Ibis în cruce**”

Deși a respectat formele procedurale, procedând la interogatoriu, întrebând poporul, a dat posibilitate să intervină și adepții Mântuitorului. În fond însă, judecata lui este o gravă eroare judiciară, deoarece nici în fapt și nic în drept, Pilat nu putea stabili „crimen maiestatis”. Hotărârea lui Pilat este o confirmare pronunțată în urma presiunii morale exercitate de sinedriști.

Concluzii

Probele au o importanță deosebită în soluționarea legală și temeinică a cauzelor penale și civile. Pentru a evita orice abuz legea de procedură nu admite trimiterea în judecată și condamnarea unei persoane pe baza cunoștințelor personale ale organelor judiciare. În hotărârea lor, trebuie să se întemeieze pe probe obținute prin mijloacele de probă prevăzute de lege.

Lipsa probelor constituie un important risc în valorificarea drepturilor subiective civile, deoarece, chiar dacă formal dreptul poate exista (fără a fi probat), el nu poate fi exercitat normal²⁴.

Așa s-a întâmplat în procesul Dumnezeuului-Om unde lipsa probelor a fost plinită cu invidia fariseilor și cu *neștiința* poporului care răstignesc pe Mântuitorul lumii.

O hotărâre judecătorească este temeinică numai dacă se bazează pe probe convingătoare, (aceasta și în mediul bisericesc unde pe baza probelor are loc pedepsirea sau repunerea în drepturi a clericilor), iar judecătorul își va forma convingerea și va pronunța hotărârea numai pe baza probelor ce s-au administrat în cauză (*Dă-mi faptele îți dau dreptul*).

Fiind un mijloc de cunoaștere a faptelor care s-au petrecut în realitatea obiectivă, probele sunt legate de concepția filosofică în problema posibilității cunoașterii fenomenelor din natură și societate și a apărării drepturilor omului căci a nu dovedi un drept, este ca și cu acesta nu ar exista (*Idem est non esse, et non probari*).

²⁴ Dogaru I., Cerel Sevestian, 2007, *Drept civil, Partea generală*, Curs universitar, Editura C. H. Beck, București, p. 140

Referințe bibliografice:

- *Biblia sau Sfânta Scriptură*, 2001, tipărită sub îndrumarea și cu purtarea de grijă a Prea Fericitului Părinte Teoctist, patriarhul B.O.R. și cu aprobarea Sfântului Sinod, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al B.O.R., București
- Boroș G., Rădescu D, 1996, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București
- Dogaru I., Dănișor D.C., Dănișor Gh., 1999, *Teoria Generală a dreptului*, Curs de bază, Editura Științifică, București
- Dogaru Ion, Cercel Sevastian, 2007, *Drept civil, Partea generală*, Curs universitar, Editura C. H. Beck, București
- Floca Arhid. Ioan N., 1990, *Drept canonic ortodox, Legislație și administrație bisericească*, vol II, EIBMBOR, București
- Foldor Maria, 2006, *Problele în procesul civil*, Ed. Universul Juridic, București,
- Fruma Ioan, Marcu T.Grigorie, 1945, *Procesul Mântuitorului, studiu juridic și teologic*, Ed. Tipografiei Arhidiecezane, Sibiu
- Hanga V., *Adagii juridice latinești*, Ed. Lumina Lex, București, 1 Mihoc Pr. Vasile, 2001, *Procesul Mântuitorului*, Ed. Teofania, Sibiu
- Mrejeru Theodor, Mrejeru Bogdan, 2006, *Problele în procesul penal, Aspecte teoretice și jurisprudența în materie*, Ed. Universul Juridic, București
- Popa Irineu Ion, 2009, *Substanța morală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București
- Voionciu N., 1994, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Vol.I, Editura Paideia, București
- *Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române*, 2008, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al BOR, București

TERMENUL DE APEL

Ramona-Mihaela URSU*

Abstract

The paper is entitled „Terms of appeal” and it contains about means of appeal. The actual content of the paper provides informations about the term of appeal, the moment when the term of appeal is starts to go for the prosecutor, parties or other persons, the reinstatement of appeal, the conditions of the reinstat of appeal, the appeal over term and the conditions of the appeal over term and it concludes with a comparison between reinstat of appeal and appeal over time.

Cuvinte cheie: cale de atac, apel, termen, instanță, procuror, inculpat, părți.

1. Introducere

Căile de atac sunt o instituție creată tocmai în scopul preîntâmpinării și înlăturării erorilor în sfera de realizare a justiției, reprezentând o puternică pavăză a legalității.¹ Finalitatea și totodată rațiunea căilor de atac este realizarea în condiții cât mai bune a justiției și asigurarea unei aplicări uniforme a legii de către toate instanțele judecătorești. „De aceea, ele apar ca niște remedii procesuale în contra greșelilor, ce eventual s-ar putea ivi datorită părților sau judecătorilor, în împărțirea dreptății. Căile de atac implică deci o prezumție de greșeală pentru judecata atacată și o prezumție de eventuală îndreptare în privința judecății ce va urma”.²

Judecata în căile de atac, indiferent de obiectul acesteia- hotărâre dată în prima instanță sau hotărâre dată în soluționarea unei căi de atac – este întotdeauna, o activitate de control judecătoresc.³

Acest control are un rol preventiv și reparator. Căile de atac ajută la preîntâmpinarea greșelilor. Căile de atac ajută însă și la înlăturarea erorilor, la raportarea nedreptăților care poate s-au comis cu ocazia judecării sau judecăților precedente, pentru că, pe de o parte, prin numărul și experiența lor, judecătorii de la instanțele superioare au posibilitatea de a examina mai complet și cu o mai mare competență datele – de fapt și de drept – unei cauze și pentru că, pe de altă parte, părțile însele devin mai atente și mai vigilente după ce, în privința lor, s-a pronunțat o hotărâre care conturează și prefigurează, cu mai multă precizie decât actul de sesizare a instanței, soluția finală.

2. Calea de atac a apelului

Apelul este o cale de atac ordinară, de fapt și de drept, care poate fi folosită împotriva hotărârilor pronunțate asupra fondului de către o instanță inferioară, după desesizarea acesteia, pentru ca pricina să fie supusă unei noi judecăți, în vederea reformării hotărârii atacate. În doctrină⁴ s-a apreciat că apelul este:

- cale de atac pentru că aparține desfășurării obișnuite a procesului penal, obstacolând rămânerea definitivă a hotărârii pronunțate de prima instanță; tocmai de aceea el trebuie folosit într-un termen scurt fixat de lege și are ca efect imediat suspendarea hotărârii atacate;

* Student, Master Științe penale, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: reyna_amansiu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

¹ Carmen Silvia Paraschiv, *Apelul penal*, Editura Militară, București, 1999, p. 12.

² Vintilă Dongoroz, *Curs de drept penal și de procedură penală*, București, 1946, p. 877.

³ V. Papadopol, C. Turianu, *Apelul penal*, Casa de Editură Șansa, București, 1994, p. 14.

⁴ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 29.

- cale de atac de fapt și de drept, pentru că, odată exercitat, produce un efect devolutiv complet, în sensul că provoacă un control integral, atât în fapt, cât și în drept;
- cale de atac de reformare, pentru că, în cazul admiterii sale, instanța superioară desființează, în tot, sau în parte, hotărârea atacată, pronunțând o nouă hotărâre în locul celei inițiale;
- cale de atac specială, pentru că există numeroase hotărâri care nu pot fi atacate cu apel (art. 361 C. pr. pen.).

3. Termenul de apel

Procesul penal implică desfășurarea în timp a unei activități compuse dintr-o succesiune de acte reglementate de legea procesual penală. Această desfășurare în timp impune ca în disciplina actelor procesuale și procedurale componente, să se țină seama și de elementul timp.

Termenul este o limitare de ordin cronologic în îndeplinirea unor acte procesuale sau în efectuarea unor acte procedurale. Limitarea se realizează prin fixarea de către lege a unui interval, a unei durate de timp, înăuntrul căreia actul să se efectueze sau a unui moment procesual, după atingerea căruia să se poată îndeplini actul. În îndeplinirea actelor și măsurilor procesuale și procedurale, termenul este regula.⁵

Conform art. 363 alin. 1, apelul se poate declara în 10 zile. Acesta este termenul general aplicabil de câte ori legea nu dispune altfel. Dacă termenul de apel expiră într-o zi nelucrătoare, calea de atac declarată în ziua următoare se considera introdusă în termen. Sunt însă situații în care normala desfășurare a procesului penal impune ca apelul să fie exercitat în termen mai scurt de 10 zile. În unele cazuri urgente, termenul de apel este de 3 zile. Acesta este termenul special de apel și se utilizează în cazul următor:

- în procedura **infracțiunilor flagrante** (art. 477 alin.1 C. p.p. Modificat prin Legea nr. 45/1993), în cauzele soluționate după procedură specială de judecată a infracțiunilor flagrante. Aceasta înseamnă că, dacă prima instanță a judecat cauza potrivit procedurii obișnuite, chiar dacă urmărirea penală și trimiterea în judecată s-a făcut după procedură de urgență, termenul este cel de 10 zile⁶;

Astfel, când constată că judecată nu se poate desfășura potrivit procedurii speciale prevăzute pentru unele infracțiuni flagrante, instanță dispune, în baza art. 472, ca soluționarea cauzei să se facă potrivit procedurii obișnuite, termenul de apel fiind de 10 zile, și nu cel de 3 zile prevăzut de art. 477 alin.1.

Din punctul de vedere al naturii sale, termenul de apel poate fi peremptoriu sau dilatoriu. Termenul dilatoriu (de la latinescul *dilator* ce înseamnă care „amână”, „amânător”) este acel termen înăuntrul căruia e oprită îndeplinirea anumitor activități procesuale, el amână efectuarea actului până la expirarea termenului. Termenul de apel este dilatoriu pentru că, potrivit art. 416 lit. a pct. 2 C. pr. pen., hotărârea judecătorească va putea fi pusă în executare numai după expirarea termenului de apel, când rămâne definitivă prin neapelare până în acel moment⁷. Termenul peremptoriu (de la latinescul *perimo*, *-emi*, *-emptum*, *-imere* care înseamnă „a desființa”, „a stinge” și de la *peremptorius*, *-a*, *-um* care înseamnă ”definitiv, anulador, hotărâtor”) este acel termen în interiorul căruia trebuie îndeplinită o activitate procesuală, sancțiunea fiind decăderea din exercițiul dreptului⁸. Termenul de apel este peremptoriu pentru că titularul dreptului poate promova calea de atac numai în interiorul intervalului de timp prevăzut de lege. Acesta este un termen determinant și fix.

⁵ Gheorghită Mateuț, *Procedură penală. Partea specială*, vol. II, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 106.

⁶ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 106.

⁷ I. Neagu, *Tratat de procedură penală*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 547.

⁸ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 109.

Termenul de apel este, de asemenea, un termen de succesiune, se calculează în sens normal al curgerii timpului, adică de la un anumit moment înainte⁹, în cazul de față de la pronunțarea sau comunicarea hotărârii.

Legea prevede momente diferite de la care curge termenul pentru procuror, părți sau alte persoane care pot face apel. Pentru calcularea termenului de apel prezintă importanță stabilirea exactă a momentului de la care acesta începe să curgă (*dies a quo*)¹⁰. În consecință, art. 363 face precizările în acest sens, arătând datele diferite de la care curge termenul, după caz.

Momentul de la care curge termenul de apel pentru procuror este diferit, după cum a participat sau nu la dezbaterile ce au avut loc în cauză (art. 363 alin.2).

Potrivit acestui articol, când procurorul a participat la dezbateri, termenul curge pentru acesta de la pronunțarea hotărârii.

În cauzele în care procurorul nu a participat la dezbateri, cu excepția cazurilor în care participarea sa este obligatorie potrivit art. 315 C.p.p., termenul curge de la înregistrarea de către parchet a adresei de trimitere a dosarului. După redactarea hotărârii, în vederea realizării operativității în procesul penal, instanța este obligată să trimită de îndată dosarul procurorului, iar acesta este obligat să-l restituie instanței după expirarea termenului de apel. Procurorul are îndatorirea să verifice dosarele putând exercita dreptul de apel și în cauzele respective. În aceste cazuri termenul de apel curge din momentul înregistrării de către parchetul respectiv a adresei de trimitere a dosarului. După expirarea termenului de apel, procurorul are obligația să restituie dosarul cauzei la instanță, indiferent dacă a fost declarat sau nu apel.

În ipoteza în care prima instanță nu și-a îndeplinit obligația de a trimite îndată dosarul procurorului în vederea exercitării dreptului de apel și, deci, acesta nu a putut lua cunoștință de hotărârea pronunțată, se consideră că este valabil apelul făcut de către procuror ulterior, chiar direct, în ședința de judecată a instanței de apel, cu ocazia soluționării apelurilor declarate de părți¹¹.

Pentru părți, momentul de la care curge termenul de apel depinde de prezența sau absența acestora la dezbateri sau la pronunțare.

Astfel, potrivit art. 363 alin. 3 C.p.p., pentru partea care a fost prezentă la dezbateri sau la pronunțare, termenul curge de la pronunțare.

În practică judiciară s-a apreciat, în mod corect, că, în cazul inculpatului reprezentat la prima instanță de apărător, acesta trebuie considerat că a fost prezent în instanță, iar termenul de apel curge de la pronunțare.¹²

Pentru părțile care au lipsit atât la dezbateri, cât și la pronunțare¹³, precum și pentru inculpatul deținut, ori pentru inculpatul militar în termen, militar cu termen redus, rezervist concentrat, elev al unei instituții militare de învățământ, ori pentru inculpatul internat într-un centru de muncă și reeducare sau într-un institut medical educativ care au lipsit la pronunțare, termenul curge de la comunicarea copiei de pe dispozitiv.

În mod corect, în practica judiciară s-a arătat că inculpatul care a lipsit atât la judecată cât și la pronunțare, luând cunoștință de condamnarea sa numai ca urmare a apelului făcut de Parchet împotriva acestei sentințe, este în drept să declare apel, chiar dacă între timp apelul făcut de procuror a fost soluționat¹⁴. În condițiile acestea, nefiind îndeplinită obligația legală de comunicare a copiei de pe dispozitiv, termenul legal de apel nu începuse să curgă pentru inculpat.

⁹ Dongoroz, *op. cit.*, p. 388.

¹⁰ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea Specială*, p. 250.

¹¹ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p.222.

¹² V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p.78.

¹³ Această dispoziție din cuprinsul art. 383 alin. 2 C.p.p se completează cu art. 360 alin. 1 C.p.p., care prevede obligația de comunicare a unei copii de pe dispozitivul hotărârii (de pe minută) părților care au lipsit atât de la judecată, cât și de la pronunțare.

¹⁴ Ion Neagu, *op. cit.*, p.250.

Pentru alte persoane -martori, experți, interpreți, precum și orice alte personae ale căror interese legitime au fost vătămate printr-un act sau printr-o măsură a instanței- termenul de apel curge de la pronunțarea încheierii prin care s-a dispus asupra cheltuielilor judiciare și cel mai târziu în 10 zile de la pronunțarea sentinței prin care s-a soluționat cauza. Judecarea acestui apel se face numai după soluționarea cauzei, afară de cazul când procesul penal a fost suspendat.

Întrucât persoanele menționate mai sus nu sunt părți în procesul penal, instanța nu este obligată să le comunice o copie după dispozitivul hotărârii.

Indiferent de titularul apelului și indiferent de momentul din care termenul de apel începe să curgă, acesta este un termen procedural și se calculează potrivit dispozițiilor art. 183. În consecință, și în privința acestui termen operează prorogarea legală. Astfel, dacă termenul de apel a expirat într-o zi nelucrătoare, potrivit art. 186 alineat final, termenul expiră la sfârșitul primei zile lucrătoare care urmează.

Termenul de apel este un termen procedural, astfel încât la calcularea lui se aplică sistemul unității libere (zile libere) cu posibilitatea prorogării termenului până la prima zi lucrătoare dacă aceasta se sfârșește într-o zi nelucrătoare și luarea în considerare a datei depunerii apelului la locul de deținere, la unitatea militară sau la oficiul poștal prin scrisoare recomandată și nu a datei de înregistrare la instanță.

Termenul de apel este un termen legal și imperativ, astfel încât nerespectarea sa atrage decăderea din exercițiul dreptului de a declara apel și nulitatea oricărei cereri de apel făcute după expirarea termenului¹⁵.

Cu privire la introducerea apelului prin poștă, în practică¹⁶ s-a decis că nu are relevanță data de pe ștampila poștei aplicată pe scrisoare ci data menționată în recipisa oficiului poștal. Prin urmare apelul se consideră declarat în termen dacă data recipisei este anterioară expirării termenului de apel, chiar dacă plicul a fost ștampilat și cererea de apel primită la instanță după expirarea acestui termen.

Verificarea faptului dacă apelul a fost ori nu declarat în termen este atribut exclusiv al instanței competente să-l soluționeze¹⁷.

De la regula apelului în termen, legea reglementează doua excepții: repunerea în termen și apelul peste termen.

4. Repunerea în termen

Termenul de apel este un termen peremptoriu, nerespectarea lui duce la decăderea din dreptul exercitării căii de atac, iar un apel introdus după epuizarea termenului va fi în principiu respins ca tardiv.¹⁸ În unele cazuri însă, legea înlătură acest efect pentru persoana care nu a declarat apel din motive ce nu i se pot imputa sau pentru persoana care a lipsit atât la judecată cât și la pronunțare.

Articolul 364 C.p.p. reglementează instituția repunerii în termen. Aceasta poate fi definită ca fiind mijlocul procesual prin care titularul dreptului de apel care nu a putut declara apel din cauze ce nu i se pot imputa este repus în dreptul din care fusese decăzut după expirarea termenului de apel¹⁹. În alți termeni repunerea în termen este un remediu procesual care înlătură decăderea ca sancțiune procesuală.

Repunerea în termen este prevăzută în art. 364, în care se arată ca apelul introdus după expirarea termenului prevăzut de lege este considerat ca fiind făcut în termen dacă instanță de apel constată că întârzierea a fost determinată de o cauză temeinică de împiedicare, iar cererea de apel a fost făcută în cel mult 10 zile de la începerea executării pedepsei sau a despăgubirilor civile.

¹⁵ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p.224.

¹⁶ T. S., s. p., dec. nr. 1659/1989, în Dr. nr. 8/1990, p. 87.

¹⁷ T. S., s. p., dec. nr. 701/1971, în R. R. D. nr. 7/1971, p. 160.

¹⁸ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 225.

În materia termenelor procedurale funcționează principiul continuităților, ele neputând fi întrerupte și nici suspendate. În vederea ocrotirii drepturilor subiecților procesuali, legea a prevăzut, în acest caz, posibilitatea suspendării curgerii termenului de exercitare a dreptului de apel.

Pentru ca un subiect procesual care nu a declarat apel în termen să poată beneficia de instituția repunerii în termen, trebuie îndeplinite cumulativ, trei condiții²⁰:

1. Apelul să fie declarat după expirarea termenului prevăzut de lege.

Apelul declarat în termen își produce plener efectele (suspensiv, devolutiv, extensiv) fără a fi nevoie să se recurgă la instituția repunerii în termen. Aceasta are loc numai atunci când titularul dreptului de apel, pierzând termenul în care putea ataca hotărârea, nu se mai poate folosi de acest drept.

2. Întârzierea în declararea apelului să fi fost determinată de o cauză temeinică de împiedicare.

De obicei, se consideră ca titularul dreptului de apel poate să ceară repunerea în termen, să beneficieze de aceasta atunci când a fost împiedicat să declare apel în termen de un caz fortuit sau de un caz de forță majoră²¹. Se consideră o astfel de situație în ipoteza pierderii facultăților mintale în perioada în care urma să declare apelul, a unui incendiu ori o altă calamitate, accident, inundație, boală etc.

În practica judiciară au fost, de asemenea, considerate drept cauze temeinice de împiedicare și următoarele împrejurări:

- omisiunea instanței de a trece rezultatul deliberării în condica de ședințe, care, deși nu e o încălcare procesuală, din moment ce l-a putut determina pe inculpat să creadă că nu s-a pronunțat soluția ori că s-a dat o altă soluție, favorabilă lui, apelul declarat peste termen urmează a fi declarat ca fiind în termen²²;

- menționarea altei soluții în condica de ședințe decât cea pronunțată; spre exemplu s-a trecut soluția de achitare în locul celei de condamnare²³;

- amânarea pronunțării în mod succesiv (în speță de șapte ori, timp de o lună și jumătate) pentru același motiv, *nevoia de timp pentru deliberare*, fiind încălcate prevederile conform cărora, pentru motive temeinice, deliberarea și pronunțarea pot fi amânate cu cel mult 15 zile²⁴;

- împrejurarea că după judecarea cauzei în fond, greșiera i-a spus inculpatului că hotărârea i se va comunica acasă, acest lucru neavând loc (partea neparticipând nici la pronunțare) iar la penitenciar, abia după mai multe insistențe i s-a dat hârtie pentru redactarea apelului²⁵.

Nu au fost socotite, însă, cauze temeinice de împiedicare:

- împrejurarea că directorul întreprinderii, care trebuia să semneze declarația de apel era în concediu, deoarece atribuțiile acestuia vor fi exercitate pe timpul lipsei din unitate de înlocuitorul său²⁶;

- faptul că partea n-a fost învoită de la locul de muncă și că totuși, dacă ar fi plecat, era expusă să i se desfacă contractul de muncă, deoarece cererea de apel putea fi trimisă prin poștă²⁷;

- împrejurarea că partea s-a aflat în delegație²⁸.

3. Cererea de apel să fie introdusă în cel mult 10 zile de la începerea executării pedepsei sau a despăgubirilor civile.

²⁰ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Lumina Lex, București, 2004, p. 472.

²¹ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 85.

²² T. mun. București, s. I-a pen., dec. nr. 307/1990; în același sens, T. j. Timiș, dec. pen. nr. 465/1970, în R. R. D. nr. 11/1970, p. 171.

²³ T. S., s. p., dec. nr. 261/1977.

²⁴ C. Apel Suceava, dec. pen. nr. 43/1998, în *Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anii 1997-1998*, Editura Lumina Lex, București, 1999, p. 168.

²⁵ C. Apel Suceava, dec. pen. nr. 304/1998, *op. cit.*, p. 170.

²⁶ T. S., s. p., dec. nr. 7/1977, în C.D., p. 371.

²⁷ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 85.

²⁸ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 487.

Termenul de 10 zile calculat de la începerea executării pedepsei sau a despăgubirilor civile, este un termen limitativ, iar nu exclusiv²⁹. Aceasta înseamnă că partea, fiind împiedicată, a pierdut termenul de apel, ea va putea exercita calea de atac și înainte ca executarea pedepsei sau a despăgubirilor civile să fi început.

Termenul de 10 zile menționat este un termen maxim și este intervalul cel mai mare de timp în care poate fi cerută repunerea în termen. Deci apelul poate fi declarat și înainte de împlinirea lui oricând după expirarea termenului de apel, dar nu mai târziu de termenul limită de 10 zile de la începerea executării pedepsei ori a despăgubirilor civile³⁰.

Acest termen curge de la începerea executării fie a pedepsei, fie a despăgubirilor civile, calculându-se însă de la începerea aceleia care s-a făcut mai întâi, fiindcă de la aceasta dată cel supus executării a aflat de existența hotărârii împotriva căreia, dacă înțelege să facă apel, trebuie să-l declare în cel mult 10 zile.

Prin începerea executării pedepsei se înțelege în cazul pedepselor privative de libertate, prima zi de încarcerare sau, după caz, prima de executare a pedepsei la locul de muncă iar în cazul amenzii data recipisei de plata a acesteia (când amenda se execută prin plata integrală) sau data recipisei de plata a primei rate (când s-a încuviințat plata eșalonată prin rate lunare) ori, în fine, data efectuării primei rețineri (când condamnatul nu și-a îndeplinit obligația de plată și s-a procedat la punerea în executare a amenzii).

Hotărârea de condamnare la o pedeapsă a cărei executare s-a suspendat condiționat (art. 81 C. pen.) sau supraveghere (art. 86¹ C. pen.), poate fi atacată cu apel ca urmare a repunerii în termen, în tot timpul perioadei de încercare prevăzută în art. 82 sau, respectiv art. 86² C. pen.; dacă termenul de încercare expiră fără ca suspendarea să fie revocată, condamnarea se consideră inexistentă, astfel că atacarea hotărârii, în ce privește latura penală, este lipsită de interes; dacă însă înăuntrul termenului de încercare, condamnatul pierde beneficiul suspendării, termenul de 10 zile prevăzut în art. 364 C. pr. pen. începe să curgă de la data încarcerării în executarea pedepsei ce fusese suspendată.

Prin începerea executării despăgubirilor civile se înțelege primul act de executare silită a acestora, adică, potrivit art. 387 C. pr. pen., comunicarea somației de executare, însoțită de copia hotărârii³¹.

Condiția acestui termen funcționează numai în ceea ce îl privește pe inculpat și pe partea responsabilă civilmente, căci numai împotriva lor poate porni executarea, fie a pedepsei, fie a despăgubirilor civile. Pentru repunerea în termen a părții vătămate și a părții civile, este suficientă îndeplinirea primelor două condiții, adică apelul să fie declarat după expirarea termenului prevăzut de lege și existența unei cauze care l-a împiedicat să declare apelul. Cea de-a doua condiție, începerea executării nu le poate privi.

Partea vătămată nu are cum să știe că a început executarea pedepsei sau a despăgubirilor. Partea civilă, de asemenea, nu are cunoștință de executarea pedepsei, iar executarea despăgubirilor nu poate începe, deoarece se face la cererea sa, ori, dacă ea ar face o asemenea cerere ar însemna că este mulțumită de soluția dată și deci nu ar mai putea cere să fie repusă în termen pentru a declara apel împotriva hotărârii a cărei executare a cerut-o³².

În baza rolului activ, judecătorul delegat cu executare, când constată că hotărârea primei instanțe puse în executare nu a fost atacată cu apel de către cei împotriva cărora se îndrepta, ar trebui să dispună ca organul care procedează la executare să atragă atenția celor interesați că pot introduce apel în următoarele 10 zile de la începerea executării, dacă pot dovedi existența unor împiedicări în executarea normală a căii de atac³³.

²⁹ Dongoroz III, *op. cit.*, p. 389; în același sens, V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 87.

³⁰ I. Neagu, *op. cit.*, p. 550; în același sens, Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 228.

³¹ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 86.

³² V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 87.

³³ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 252-253.

Soluționarea repunerii în termen este de competența instanței de recurs care, sesizată fiind cu un apel făcut peste termen, dar însoțit de cererea de repunere în termen, va examina în prealabil această cerere, pe baza problemelor ce se vor aduce și a datelor dosarului, dacă sunt îndeplinite condițiile analizate. Dacă instanța de apel admite repunerea în termen, apelul declarat peste termen este socotit ca și cum ar fi introdus în termen legal (hotărârea atacată, care devine definitivă la expirarea termenului de apel își pierde acest caracter) și produce efectele unui apel declarat în termen. Aceasta înseamnă, printre altele, că efectul suspensiv al apelului, prevăzut în art. 370 C. pr. pen. va opera de îndată, de plin drept.

Instanța de apel poate suspenda executarea hotărârii atacate, potrivit art. 364 alin. 2 C. pr. pen., încă înainte de soluționarea cererii pentru că dacă va fi admisă repunerea în termen, apelul se va considera declarat în termen și va fi, prin el însuși, suspensiv de executare.

Dacă instanța de apel respinge cererea de repunere în termen, apelul declarat după împlinirea termenului rămâne un apel tardiv și va fi respins ca atare. Această situație ar putea fi evitată numai dacă, fiind îndeplinite condițiile arătate în art. 365 C. pr. pen., calea de atac folosită de parte va putea fi considerată apel peste termen.

5. Apelul peste termen

Această institutie a fost introdusă în legislația noastră procesual penală în anul 1948 și prevăzută în art. 365 C.p.p.

Apelul peste termen este un remediu procesual, mijlocul prin care o parte care, neavând cunoștință, nici de judecată, nici de hotărârea pronunțată, a pierdut termenul de apel poate, totuși, supune sentința primei instanțe controlului judiciar al instanței de apel³⁴.

La baza apelului peste termen stau două prezumții și anume:

- partea, absentă la judecată și la pronunțare, nu a luat la cunoștință de hotărârea ce s-a dat în lipsa sa;
- partea a ignorat sau a subapreciat consecințele procesului de care și-a dat seama cu ocazia cu începerii executării.

La baza reglementării apelului peste termen, se află preocuparea de a se da părților judecate în lipsă și supuse executării hotărârii, în latura sa penală ori civilă, o posibilitate suplimentară de a ataca această hotărâre, chiar și după expirarea termenului de apel, ceea ce corespunde atât interesului părții (care, se presupune, nu a cunoscut data când a început să curgă termenul de apel) cât și interesului general ca adevărul să triumfe și ca legea să fie respectată.

Apelul, indiferent dacă a fost declarat în termen sau peste termen, constituie una și aceeași cale de atac, care, după cum este folosită, înăuntrul termenului sau după expirarea lui, produce efecte mai întinse ori mai puțin întinse. Exceptând faptul că apelul peste termen nu este suspensiv de executare și că nu poate fi exercitat decât în cazul în care titularul dreptului de apel nu mai poate folosi apelul în termen, aceasta îndeplinește același rol, este supus acelorași reguli procedurale, este judecat de aceeași instanță, poate conduce la aceleași soluții și produce aceleași efecte ca și apelul ordinar³⁵.

Apelul peste termen presupune îndeplinirea cumulativă a trei condiții³⁶:

1. partea să nu se fi folosit de calea de atac a apelului în termenul legal;

Dacă partea a declarat apel în termen apelul peste termen devine inutil, fiind totodată inadmisibil, căci împotriva aceleiași hotărâri nu se poate folosi de două ori aceeași cale de atac.

2. partea care declară apelul să fi lipsit atât la judecată cât și la pronunțarea hotărârii atacate;

³⁴ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 253.

³⁵ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 90.

³⁶ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 474.

Potrivit unei părți din doctrină, o parte este considerată că a lipsit la judecată când nu a fost prezentă la data când au avut loc dezbaterile în fața primei instanțe³⁷.

Potrivit altei păreri, corecte, partea trebuie considerată ca lipsă de la judecată numai atunci când nu a fost prezentă în instanță la toate ședințele de judecată de la primul termen până la cel în care au avut loc dezbaterile inclusiv³⁸. Numai în această situație se poate prezuma că partea nu a avut cunoștință de judecată și de hotărârea pronunțată, ceea ce a pus-o în situația de a nu se putea folosi în termen de calea de atac. De altfel, trebuie observat că, în art. 365 C. pr. pen., legiuitorul a folosit expresia „partea a lipsit atât la judecată cât și la pronunțare”, spre deosebire de situațiile când legea a avut în vedere absența părții numai la „dezbateri și la pronunțare” (art. 363 alin. 3 C. pr. pen.).

În sprijinul acestei opinii poate fi invocat și un alt argument, și anume, dacă prin absența părții la judecată am înțelege numai absența acesteia la dezbateri, instituția apelului peste termen s-ar suprapune și s-ar confunda, în parte, cu repunerea în termen, când trebuie înțeles că partea a participat la judecată sau la pronunțare (a știut, deci, momentul de când curge termenul de apel) dar a fost împiedicată să declare apel în termen. Ori, specificul instituției apelului peste termen consta tocmai în faptul ca partea a fost total în afara judecății și i se creează posibilitatea să-și valorifice dreptul la apel prin această instituție procesuală³⁹.

Nu are nici un fel de relevanță faptul că partea a fost legal citată, contează doar faptul că nu a fost prezentă nici la judecată, nici la pronunțare.

3. cererea de apel să fie introdusă în cel mult 10 zile de la începerea executării pedepsei sau despăgubirilor civile

Referitor la această condiție trebuie menționat că observațiile făcute anterior la repunerea în termen sunt valabile și în acest caz.

Atât timp cât părții care a lipsit atât la judecată cât și la pronunțare nu i s-a comunicat hotărârea sau comunicarea ce i s-a făcut este nelegală, acea parte, chiar dacă a luat la cunoștință în alt mod de sentința pronunțată, are încă deschisă calea apelului ordinar, deci, nu este cazul de a se prevala de dispozițiile legale privitoare la apelul peste termen ale cărui efecte sunt mai puțin favorabile. Deci, o comunicare neregulat făcută a hotărârii de condamnare pronunțată în lipsa părții nu poate constitui punct de plecare în calcularea termenului legal de declarare a apelului ordinar, care, spre deosebire de apelul peste termen, este suspensiv de executare. Această concluzie, cu privire la admisibilitatea apelului ordinar, este valabilă chiar dacă hotărârea pronunțată, necomunicată sau greșit comunicată, a fost pusă în executare sub aspect penal sau civil, iar partea împotriva căreia s-a îndreptat executarea folosește calea de atac după mai mult de 10 zile de la începerea executării pedepsei ori a despăgubirilor civile⁴⁰.

Pentru ca partea interesată să poată uza de apel peste termen este indiferentă data la care i s-a comunicat legal hotărârea. Instanța nu poate considera ca tardiv introdus un apel declarat mai înainte de a se fi împlinit termenul de 10 zile calculat de la începerea executării pedepsei sau a despăgubirilor civile, oricare ar fi data la care inculpatul sau, după caz, părții responsabile civilmente i s-a făcut comunicarea hotărârii pusă în executare.

Apelul peste termen poate fi introdus și înainte de începerea executării, pentru că termenul de 10 zile, calculat de la data când a început executarea este un termen limita, iar nu unul de excludere, care ar implica inadmisibilitate apelului declarat mai înainte ca hotărârea pronunțată să fi fost pusă în executare. Rezultă, deci, că o hotărâre pronunțată în lipsă poate fi atacată cu apel peste termen, dacă împlinindu-se termenul de apel ordinar, a fost declarat în intervalul cuprins între data împlinirii

³⁷ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 253.

³⁸ V. Papadopol, *notă critică* la C. Apel București, s. a II-a pen., dec. nr. 522/1997; în C 2, p. 26-28; în același sens, I. Neagu, *op. cit.*, p. 551; Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 230.

³⁹ I. Neagu, *op. cit.*, p. 551.

⁴⁰ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 91.

termenului de apel ordinar și data expirării primelor 10 zile de la începerea executării pedepsei sau, după caz, a despăgubirilor civile.⁴¹

Împrejurarea că sentința a fost comunicată și afișată pe ușa locuinței inculpatului nu are nici un fel de relevanță pentru declararea apelului peste termen, dacă partea a lipsit atât la judecată cât și la pronunțare.⁴²

Dacă sunt îndeplinite cumulativ cele 3 condiții precizate anterior și din cererea părții, rezultă critica pe care aceasta o face hotărârii instanței de fond, acea cerere trebuie caracterizată din oficiu ca apel peste termen și soluționată ca atare indiferent de modul cum a fost caracterizată de parte (contestație la executare, revizuire, contestație în anulare), căci greșita denumire a actului prin care se exercită o cale de atac nu schimbă caracterul acesteia, atunci când ea este dată prin lege. În situațiile de acest fel, determinant este conținutul real al cererii, și nu modul în care aceasta a fost intitulată, denumirea eronată a cererii sau depunerea ei la o altă instanță decât cea competentă să o primească neputând schimba natura juridică a apelului peste termen, dacă sunt îndeplinite condițiile art. 365 C. pr. pen.⁴³

Instituția apelului peste termen se deosebește de cea a repunerii în termen, deoarece se referă la situații diferite, iar efectele sunt numai în parte identice. În acest sens:

- apelul peste termen poate fi introdus numai de partea care a lipsit atât la judecată cât și la pronunțarea hotărârii primei instanțe, pe când admiterea repunerii în termen nu este condiționată de lipsa părții;

- pentru apelul peste termen nu se cere vreo justificare pentru depășirea termenului, pe când pentru repunerea în termen se cere ca partea să dovedească existența unei cauze temeinice care a împiedicat-o să declare apel în termenul legal;

- apelul peste termen nu are efect suspensiv, pe când apelul pentru care s-a admis repunerea în termen este suspensiv de executare.

Apelul peste termen poate fi declarat pentru inculpat sau partea responsabilă civilmente și de persoanele prevăzute în art. 362 alin. 2 C. pr. pen., adică de reprezentantul legal și apărător, iar pentru inculpat și de soț.⁴⁴

Apelul peste termen fiind o formă specială a apelului obișnuit, o variantă a acestuia, produce aceleași efecte ca și acesta, cu unele derogări prevăzute de lege. El are, ca și acesta din urmă, efect devolutiv și efect extensiv, dar, spre deosebire de apelul ordinar, nu are efect suspensiv, nu suspendă executarea pedepsei și a despăgubirilor civile, restituirilor, cheltuielilor judiciare, etc.

Instanța de apel însă, apreciind, poate suspenda executarea sentinței atacate (art. 365 alin. 3 C.p.p.). Această măsură apare justificată mai ales în acele situații în care apelul peste termen a fost declarat la scurt timp după expirarea termenului legal căci această împrejurare dovedește o simplă accidentalitate și exclude ideea de tergiversare.

Când s-a declarat apel peste termen folosirea căii de atac este fără consecințe prin rămânerea definitivă a hotărârii dacă a fost respinsă, hotărârea atacată intrând în puterea lucrului judecat la data expirării termenului de apel ordinar. Dar nici caracterul executoriu al acesteia nu poate fi ignorat. Potrivit art. 415 alin.1 C.p.p., hotărârilor instanțelor penale devin executorii la data când au rămas definitive, prin urmare, în materie penală, hotărârile executorii sunt, de regulă, definitive. Deci, apelul peste termen purtând asupra unei hotărâri executorii, rezultă că, implicit, el poartă asupra unei hotărâri definitive, astfel că respingerea sa nu poate avea nici o influență asupra datei când hotărârea a rămas definitivă și care este data expirării termenului legal de apel.

⁴¹ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 92.

⁴² C. Apel Suceava, dec. pen. nr. 363/2001, în Dr. nr. 10/2001, p. 182.

⁴³ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 476.

⁴⁴ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 476.

6. Concluzii

Studiul de față cuprinde date referitoare la încadrarea apelului în cadrul căilor de atac. Conținutul propriu-zis al lucrării oferă informații despre termenul de apel, momentul de la care curge termenul de apel pentru procuror, părți sau alte persoane, repunerea în termen și condițiile repunerii în termen, apelul peste termen și condițiile apelului peste termen și încheie cu o comparație între repunerea în termen și apelul peste termen.

Referințe bibliografice

- Codul de procedură penală;
- Gheorghiuță Mateuț- Procedură penală. Partea specială, Editura Lumina Lex, București, 1998;
- Ion Neagu- Tratat de procedură penală, Editura Universul Juridic, București, 2010;
- Carmen Silvia Paraschiv, Apelul penal, Editura Militară, București, 1999;
- Carmen Silvia Paraschiv, Mircea Damaschin, *Drept procesual penal. Partea specială*, Editura Lumina Lex, București, 2004
- Vasile Papadopol, Corneliu Turianu- Apelel penal, București, 1994;
- Vintilă Dongoroz- Curs de drept penal și procedură penală, București, 1946;
- Nicolae Volonciu- Tratat de procedură penală, Editura Paideia, București
- *Curtea de Apel Suceava, Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anii 1997-1998*, Editura Lumina Lex, București, 1999
- Revista Dreptul nr. 8/1990;
- Revista Română de Drept nr. 7/1971.

PROCEDURA AUDIERII PĂRȚILOR ÎN PROCESUL PENAL

Ramona-Anca RĂDOI*

Abstract

I chose as subject "Hearing the parties procedure in penal process" because I consider that this theme represents a very important stage of the progress of penal process and for finding the truth. Suspect's statements or the defendant's statements and also those of the injured parties are the most important means for judicial organs to reveal the truth in the case. I believe that this theme requires careful study, especially because the suspect's statements or those of the defendant are considered as "the queen of evidence" being the key who leads to finding the truth and solving criminal causes. But also the statements of the injured parties are particularly useful for legal and operational solving the case due to the fact that these persons hold important data regarding the offence committed and the perpetrator. I stressed the beginning of the content on the parties but I also studied the psychological elements of the accused parties (who acquires the status of defendant at the moment the criminal investigation is put in action) and of the injured parties during the hearings. Although in the specialized literature the psychology of the injured part has been less spotted than that of studying the accused psychology (defendant) and this is as important as any other subject of this study. The examination of the parties' psychology during the hearings seems to have big interest and finding the truth.. As regarding the judicial psychology, the victim is a person who suffers the consequences of a criminal, offence is normal that an aggression provokes a shock to the victim and that implies the psychological. Is important to recognize the complexity of this phenomenon because it serves directly to obtain and to assess the statements from injured persons. The suspect's statements (defendant) served to shape the content of the formation of crime or at least knowledge the perpetrator of the committed act.

Cuvinte cheie: inculpat, parte vătămată, audiere, psihologie

1. Introducere

Audierea părților în procesul penal este importantă sub aspectul aflării adevărului. Declarațiile părții vătămate sunt deosebit de utile pentru soluționarea operativă și legală a cauzei, întrucât aceste persoane dețin date importante cu privire la săvârșirea infracțiunii și cu privire la făptuitor. Acestea servesc la aflarea adevărului, în măsura în care sunt coroborate cu alte probe existente în cauză. Audierea învinuitului (inculpatului) este importantă deoarece acesta este cel care deține cele mai multe informații necesare soluționării cauzei, fiind necesar să fie la rândul lor coroborate cu alte probe. Am ales ca temă "Procedura audierii părților în procesul penal" considerând-o o temă importantă și o etapă de neglijat în procesul penal. Pe parcursul lucrării am încercat să urmăresc procedura audierii învinuitului sau inculpatului și audierea părții vătămate. Un alt punct al studiului privește și psihologia din timpul interogatoriului, psihologia atât a părții ascultate, dar și a anchetatorului. Am dezvoltat etapele ascultării părților în procesul penal, urmărind procesul de formare a declarațiilor, consemnarea acestora, verificarea și aprecierea declarațiilor părților în procesul penal. În cuprinsul studiului am discutat și drepturile pe care legea le acordă părților procesului penal, drepturi pe care le au în timpul interogatoriului și care le protejează

Am studiat în de aproape și particularitățile ascultării învinuitului sau inculpatului minor, dar și cazul în care partea vătămată este minor.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti (radoi_ramona2009@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist.univ.drd. Alina Bărbulescu.

2. Procedura audierii părților în procesul penal

2.1. Noțiuni introductive, definiții și clasificări

2.1.1. Noțiunea de audiere a părților în procesul penal. Soluționarea unei cauze penale nu se poate concepe decât în condițiile ascultării persoanelor direct implicate și a celor care, deși nu au participat activ la săvârșirea faptei ilegale pot furniza informații valoroase care să contribuie la aflarea adevărului. Audierea reprezintă o activitate procesuală care constă în chestionarea unei persoane despre care se crede sau se știe sigur ori care declară singură că are cunoștințe în legătură cu împrejurările în care a fost săvârșită cauza penală. Definim audierea persoanelor în procesul penală ca fiind o activitate procesuală și de tactică criminalistică realizată de organele competente (organe de cercetare penală, procuror, instanțele judecătorești) pentru a se stabili probele care vor contribui la aflarea adevărului în cauza respectivă.

2.1.2. Noțiunea de anchetator și principalele categorii de anchetatori.

Ascultarea învinutului sau inculpatului, a celorlalte părți din procesul penal, a martorilor, a experților sau interpreților în faza de urmărire penală, se realizează de către: a) procurorii; b) organele de cercetare ale poliției judiciare; c) organele de cercetare speciale.

Ca organe de cercetare ale poliției judiciare funcționează lucrători specializați din Ministerul Administrației și Internelor anume desemnați de ministrul de interne, cu avizul favorabil al procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și își desfășoară activitatea sub autoritatea procurorului general de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, sau sunt desemnați și funcționează în alt mod, potrivit unor legi speciale.

Cercetarea penală se efectuează de organele de cercetare ale poliției judiciare, pentru orice infracțiune care nu este dată, în mod obligatoriu, în competența unor alte organe de cercetare penală. Cercetarea penală specială se efectuează, de către organele speciale pe care le găsim enumerate în art.208 modificat prin Legea nr. 281/2003, Cod de procedură penală.

În urma activității de anchetă desfășurate de organele judiciare s-au stabilit câteva tipuri de anchetatori, și anume: Anchetatorul temperat, Anchetatorul amabil, Anchetatorul autoritar, Anchetatorul vorbăreț, Anchetatorul patern, Anchetatorul cabotin, Anchetatorul violent (reprezintă o categorie de anchetatori care parțial a dispărut în sensul că, în conjunctura actuală, în care se pune un accent tot mai mare pe respectarea drepturilor omului nu se mai folosește violența fizică).

2.1.3. Respectarea drepturilor omului în activitatea de audiere. În considerarea poziției țării noastre ca membră a Uniunii Europene precum și ca urmare a ratificării de către țara noastră a instrumentelor internaționale în materia drepturilor omului, respectarea drepturilor omului în cadrul activității judiciare, în general, și a ascultării învinutului sau inculpatului, martorului și persoanei vătămate, în cazul de față, devine o problemă esențială pentru organele judiciare care trebuie să privească cu cea mai mare seriozitate acest aspect și să aplice reglementările în domeniu în litera și în spiritul legii.

A. Actualul cod de procedură penală al României prevede următoarele drepturi procesuale persoanelor audiate:

1. În privința drepturilor *învinutului* sau *inculpatului* se prevede: învinutului sau inculpatului i se aduc la cunoștință fapta care formează obiectul cauzei, dreptul de a avea un apărător, precum și dreptul de a nu face nici o declarație; întrebuințarea de promisiuni, amenințări sau violențe, împotriva unei persoane aflate în curs de cercetare, anchetă penală ori de judecată pentru obținerea de declarații se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani, supunerea la rele tratamente a unei persoane aflate în stare de reținere, deținere ori în executarea unei măsuri de siguranță sau educative se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani, orice persoană învinuită de a fi săvârșit o infracțiune este prezumată nevinovată atât timp cât vinovăția sa nu a fost stabilită printr-un proces public, cu asigurarea

garanțiilor necesare apărării, un loc aparte între acesta drepturi ale învinutului sau inculpatului îl ocupa dreptul la apărare al acestuia, anchetatorul trebuind să cunoască foarte bine legislația în domeniu(art. 171 Cpp).

De asemenea, anchetatorul este îndatorat să cunoască drepturile apărătorului în legătură cu activitatea de audiere (art. 172 Cpp).

În ceea ce privește asistența celorlalte părți, apărătorul părții vătămate, al părții civile și al părții responsabile civilmente are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală și poate formula cereri și depune memorii .

În privința drepturilor *persoanei vătămate* organul de urmărire penală are obligația să cheme spre a fi ascultată persoana care a suferit o vătămare prin infracțiune, iar înainte de audiere, persoanei vătămate i se pune în vedere că poate participa în proces ca parte vătămată, iar dacă a suferit vre o pagubă materială sau o daună morală, că se poate constitui parte civilă (art. 76 Cpp).

B. În ceea ce privește reglementările internaționale în materie, acestea sunt numeroase. Acestea trebuie avute în vedere deoarece instrumentele ce le conțin, fiind ratificate de țara noastră, ele devin parte din dreptul nostru intern, și deci, respectate ca atare.

Astfel, promovarea drepturilor omului în activitatea justiției și administrației constituie una din problemele majore căreia Națiunile Unite i-au acordat o atenție specială, dovadă fiind cele nouă instrumente internaționale adoptate de organizația mondială în acest domeniu .

Pentru ca organele justiției, forței publice și administrației să-și poată exercita cu competență și imparțialitate funcțiile încredințate de societatea în domeniu, ele trebuie să cunoască bine ansamblul reglementărilor conținute în instrumentele internaționale la care Guvernul României a devenit parte.

2.2. Audierea părții vătămate, părții civile și părții responsabile civilmente

2.2.1. Importanța audierii persoanei vătămate. Rezolvarea conflictului de drept penal stă sub semnul principiului oficialității. Conflictul este adus spre soluționare în fața organelor judiciare prin intermediul acțiunii penale. Statul, în calitate de subiect pasiv principal al infracțiunii, este titularul acțiunii penale, spre deosebire de victimă care nu are această posibilitate, cu excepția situațiilor în care legea prevede că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

Subiectul pasiv al infracțiunii, persoana care a suferit prin fapta penală o vătămare fizică, morală sau materială, dacă participă în procesul penal, se numește parte vătămată. Pentru respectarea rolului activ al organelor judiciare penale, acestea au obligația să cheme persoana vătămată și s-o întrebe dacă se constituie parte vătămată sau parte civilă, dacă a suferit o pagubă materială sau o pagubă morală. De asemenea, trebuie să i se atragă atenția că declarațiile de participare în proces ca parte vătămată sau de constituire ca parte civilă se poate face în tot cursul urmăririi penale, iar în fața primei instanțe de judecată până la citirea actului de sesizare. Solicitarea persoanei vătămate de a participa în procesul penal în calitățile sus menționate, se face numai în formă scrisă.

Declarațiile părții vătămate sunt deosebit de utile pentru soluționarea operativă și legală a cauzei, întrucât aceste persoane dețin date importante cu privire la săvârșirea infracțiunii și cu privire la făptuitor. Acestea servesc la aflarea adevărului, în măsura în care sunt coroborate cu alte probe existente în cauză.

2.2.2. Procesul de formare a declarațiilor persoanei vătămate. Ar fi de așteptat ca declarațiile persoanei vătămate să constituie sursa celor mai bogate și fidele informații cu privire la modul de săvârșire a infracțiunii. În realitate, chiar și declarațiile persoanei vătămate, chiar dacă sunt de bună- credință, oferă scăzute garanții de veridicitate; acestea sunt deseori lacunare, imprecise, deoarece percepția și memorarea faptelor se petrec pe fondul unei intense tulburări afective, care explică lacunozitatea declarațiilor, prezentarea inconștient denaturată a celor petrecute. Emoția de

frică, de mânie și efectele, cărora le corespunde groaza, furia și disperarea, reduc considerabil controlul conștiinței asupra conduitei omului.

Stocarea memorială a informațiilor este a doua etapă a procesului de formare a declarațiilor persoanei vătămate. În această etapă, faptele, deseori confuze și fragmentat percepute, sunt supuse, nu o dată, unor alterări. Stările afective emoționale ale victimei, în momentul infracțiunii, sunt de multe ori menținute sau cresc în intensitate, din cauza resentimentelor față de cel care a vătămat-o, ceea ce distorsionează informațiile deja memorate. Intenționat sau nu, procesul de memorare este însoțit de o ajustare, de deformarea faptelor din cauza încercărilor ulterioare de reconstituire a evenimentelor.

În cazul persoanei vătămate, memorarea faptelor are un mai pronunțat caracter activ, dinamic, proces în cursul căruia faptele percepute sunt supuse unei neconținute reorganizări, regrupări și restructurări. Caracterul, de multe ori fragmentat al percepției, se răsfrânge și asupra memorării faptelor, în sensul că și aceasta va avea un caracter lacunar.

Ultima etapă a procesului formării declarațiilor persoanei vătămate e reprezentată de reproducerea faptelor în fața organelor judiciare. După cum prezentarea denaturată a faptelor e sau nu dependentă de voința persoanei vătămate, alterarea faptelor poate avea un caracter conștient sau inconștient. Denaturările involuntare sunt datorate stării emoționale sub stăpânirea căreia persoana vătămată a perceput faptele și constau în îngroșarea, în supradimensionarea consecințelor faptei, în exagerarea gravității faptei, a prejudiciului fizic, moral sau material suferit.

Denaturările involuntare se manifestă întrun singur sens, acela al reprezentării inconștient exagerate a împrejurărilor care i-au produs un prejudiciu moral, cuvintele, expresiile, gesturile ofensatoare sunt prezentate ca având un caracter mult mai jignitor decât l-au avut în realitate. De regulă sunt supradimensionate durata de desfășurare în timp a unor fapte, acțiuni, activități, precum și asupra distanțelor.

Denaturările de rea-credință constituie ajustări în sensul exagerării faptelor de către persoana vătămată, iar cauzele acestea nu pot fi desprinse de interesele acesteia de soluționare într-un anumit fel al cauzei. Cel vătămat urmărește să înrăutățească situația făptuitorului și urmărește crearea pentru sine a unor circumstanțe procesuale mai bune. Cauzele care explică denaturările conștiente din declarațiile persoanei vătămate sunt de cele mai multe ori: dorința de răzbunare, dar și dorința de a obține avantaje materiale mai mari decât prejudiciul cauzat.

2.2.3. Etapele ascultării.

2.2.3.1. Etapa premergătoare ascultării. Pentru desfășurarea în mod corespunzător a ascultării și clarificarea tuturor aspectelor care interesează cauza și care sunt cunoscute de aceste categorii de persoane, înainte de ascultarea organului judiciar va efectua activități premergătoare (studierea materialelor din dosar, cunoașterea părții care urmează să fie ascultată, întocmirea planului de ascultare).

Pregătirea ascultării persoanei vătămate este o etapă absolut necesară, care trebuie efectuată în toate împrejurările, indiferent de gradul de dificultate al cauzei.

Studierea materialului cauzei presupune stabilirea persoanei care trebuie ascultată în calitate de parte vătămată, a datelor și a problemelor ce vor fi folosite în ascultare, dar și ordinea lor, precum și problemele ce vor fi lămurite prin ascultare.

Cunoașterea persoanei ce urmează a fi ascultată reprezintă o altă etapă tactică a pregătirii audierii. Datele cu privire la identitatea, pregătirea, profesia, locul de muncă, precum și datele referitoare la comportarea persoanelor vătămate înainte de săvârșirea infracțiunii, la profilul psihologic, la natura eventualelor relații cu persoana antrenată în săvârșirea faptei sunt cele ce sunt vizate în această etapă.

Din informațiile obținute, organele judiciare trebuie să desprindă eventualul interes pe care partea vătămată l-ar avea în soluționarea cauzei penale, altul decât interesul dovedirii vinovăției învinutului (inculpatului) pentru ca acesta să fie cât mai aspru pedepsit.

Întocmirea planului în vederea ascultării vizează probleme ce urmează a fi lămurite în urma ascultării persoanei vătămate, materialul probator ce va fi folosit în timpul ascultării și ordinea în care va fi folosit acesta. În mod practic conținutul concret al planului de ascultare al persoanei vătămate diferă de la caz la caz.

După stabilirea datelor personale cu ajutorul actului de identitate, organele de cercetare penală îi aduc la cunoștință persoanei vătămate posibilitatea legală de a se constitui parte civilă sau să participe la desfășurarea procesului penal în calitate de parte vătămată. În funcție de voința persoanei vătămate se va trece la activitatea efectivă de ascultare, aducându-i-se la cunoștință faptele și împrejurările în legătură cu care urmează să fie ascultată.

În esență, pentru elaborarea unui plan de audiere se are în vedere de organele de cercetare penală, în cazul persoanei vătămate și în al altor părți: condițiile în care părțile au luat cunoștință despre faptele sau împrejurările cu privire la care sunt ascultate; poziția părții vătămate ori a părții civile, interesul lor de a se declara într-un anumit fel; natura și valoarea probelor ce urmează a fi folosite în ascultare.

2.2.3.2. Relatarea liberă sau spontană. Prin această etapă pot fi prezentate date noi necunoscute organului judiciar, date cu privire la prejudiciu, la persoana făptuitorului și alte fapte penale. Cu ocazia ascultării se realizează în același timp și o mai bună cunoaștere a părții ascultate. În timpul relatării libere organul judiciar va interveni numai dacă partea se abate de la subiect. Este indicat ca persoana care realizează ascultarea să facă notări ce vor fi folosite în timpul redactării declarației.

Relatarea liberă sau spontană începe prin adresarea unei întrebări de ordin general, menite să ofere posibilitatea persoanei vătămate să declare tot ce știe cu privire la faptele și împrejurările pentru a căror lămurire este ascultată. O asemenea întrebare permite persoanei vătămate să relateze faptele, împrejurările, în succesiunea lor firească, fără ca declarația să fie limitată în vreun fel prin intervențiile celui ce efectuează ascultarea. Ascultarea persoanei vătămate trebuie să se facă cu răbdare și cu calm, fără a fi întreruptă, chiar dacă aceasta relatează faptele cu lux de amănunte, unele chiar dacă nu au semnificație pentru clarificarea cauzei. Organul judiciar trebuie să evite orice gest, expresie sau reacție, mai ales ironică, de nemulțumire, prin care să aprobe sau să respingă declarațiile persoanei vătămate, evitarea apostrofării sau oricăror aprecieri cu privire la posibilitățile sale de a percepe, de a memora sau reproduce faptele ori împrejurările cu privire la care este ascultată.

În timpul relatării libere, organul judiciar își va nota aspectele semnificative, ca și în eventualele contraziceri sau neclarități în expunere.

Relatarea liberă prezintă unele avantaje sub aspectul tacticii criminalistice: persoana vătămată poate relata împrejurări necunoscute de organul de urmărire penală până la aceea dată; pot apărea date din care să rezulte săvârșirea altor fapte penale de către învinuit sau inculpat; organul de urmărire penală are posibilitatea să studieze modul în care victima își formulează declarațiile sub aspectul veridicității, al încercărilor de completare a unor lacune, al explicării cauzelor agresiunii; pot fi evaluate sinceritatea și buna-credință a victimei, dar și dorința de răzbunare. Dacă în cadrul relatării libere nu au fost clarificate toate aspectele ce se impuneau și au mai apărut aspecte noi se trece la cea de-a treia etapă- adresarea de întrebări.

2.2.3.3. Adresarea de întrebări. Întrebările adresate de organul judiciar vor fi cele stabilite în planul de ascultare și la care nu s-a răspuns încă ori cele care se impun după relatarea liberă. Si în cazul ascultării acestor categorii de persoane sunt interzise întrebările sugestive, cele ce necesită un răspuns de „da” sau „nu” ori prin care i se solicită părții să facă aprecieri cu privire la vinovăția sau nevinovăția învinuitului sau inculpatului.

Etapă adresării de întrebări este obligatorie pentru părțile apreciate ca fiind de rea-credință, tactica ascultării în astfel de cazuri fiind apropiată de cea folosită pentru ascultarea învinuitului sau inculpatului.

Pe baza relatărilor făcute de părți, organul judiciar poate dispune efectuarea unor confruntări, percheziții, ridicări de bunuri sau înscrisuri, solicitări către formațiunea criminalistică pentru realizarea portretului vorbit, dispunerea efectuării unor constatări tehnico- științifice sau expertize, reascultarea părții, solicitarea predării de către aceasta a unor documente sau înscrisuri pe care le deține - în original sau copii- fiind indicat să se solicite copii autentificate sau pe care să le certifice organul judiciar.

În această etapă se vor folosi în special întrebările de detaliu, pentru clarificarea aspectelor la care ne-am referit mai sus. Această ultimă etapă nu are caracter obligatoriu, dar în practică, sunt numeroase cazuri în care organul judiciar este nevoit să formuleze întrebări cu scopul lămuririi unor aspecte neclare, confuze.

Adresarea de întrebări devine obligatorie în cazul în care există suspiciuni cu privire la sinceritatea victimelor, respectiv, la buna- credință. Întrebările trebuie formulate astfel încât să determine persoana ascultată să facă declarații conforme cu realitatea. Sub aspectul tacticii criminalistice, ascultarea acestor persoane se aseamănă cu ascultarea unor martori mincinoși, deci cu a unor posibili învinuiți.

Ascultarea răspunsurilor la întrebări presupune, din partea organului judiciar, în mod obligatoriu, respectarea unor reguli tactice cum sunt: ascultarea victimei cu seriozitate și atenție, evitându-se gesturile de enervare, de aprobare sau dezaprobare; evitarea reacțiilor bruște de contradicții, stări de agitație, fără ca anchetatorul să exteriorizeze nemulțumirea sau surprinderea; observarea cu atenție, dar fără ostentație, a modului în care reacționează persoana vătămată la întrebări asociate cu posibilia indici de nesinceritate.

2.2.3.4. Consemnarea declarațiilor. Declarațiile date de părți în cursul urmăririi penale sau judecătii, sunt consemnate în scris pe o coală albă de hârtie. Dacă părțile nu pot scrie personal, declarația va fi scrisă de către organul de urmărire penală. Declarația trebuie să cuprindă datele de identificare (nume, prenume, prenumele părinților, data și locul nașterii, domiciliul), mențiunea pentru persoana vătămată că i s-a adus la cunoștință posibilitatea de a se constitui parte civilă sau de a participa în calitate de parte vătămată în procesul penal, faptele și împrejurările săvârșirii infracțiunii, persoana făptuitorului. Declarația părții civile trebuie să cuprindă și cuantumul pagubei suferite prin infracțiunea săvârșită, suma cu care se constituie parte civilă în procesul penal.

Când declarația părții în proces a fost consemnată în scris de către organul judiciar, va fi citită sau va fi dată părții să o citească. Când este de acord cu conținutul ei o semnează pe fiecare pagină și la sfârșit. Dacă partea ascultată nu- și poate semna declarația sau nu dorește să facă acest lucru, se va face mențiune despre aceasta în declarația scrisă.

Declarația va fi semnată și de organul de urmărire penală sau de președintele completului de judecată și de grefier, precum și de interpret, când declarația a fost luată cu ajutorul acestuia.

Dacă partea revine asupra declarațiilor făcute, aduce completări sau rectificări ori sesizări, acestea se consemnează în declarație, în continuarea celor scrise anterior și se va semna încă odată, de către partea și organul judiciar, după completările respective. În cazul în care partea în proces se află în imposibilitate de a se prezenta la organul judiciar pentru a fi ascultată, organul de urmărire penală sau instanța de judecată procedează la ascultarea acesteia în locul unde se află.

2.2.3.5. Verificarea și aprecierea declarațiilor. Verificarea acestor declarații este absolut necesară pentru stabilirea veridicității lor și aprecierea corectă a depoziției. Verificarea se va face prin compararea declarațiilor persoanei vătămate cu celelalte mijloace de probă administrate în cauză, precum și prin efectuarea unor activități de urmărire penală, cum ar fi: ascultarea martorilor, învinuiților (inculpaților), confruntările, expertizele, reconstituirea, constatările tehnico- științifice, cercetările la fața locului etc. Verificare declarațiilor părții vătămate se poate realiza și prin studierea unor înscrisuri emenate de la persoana ascultată sau prin verificarea activităților desfășurate în perioada în care susține că s-a aflat la locul săvârșirii faptei.

Verificarea declarațiilor părții vătămate, părții civile sau părții responsabile civilmente, poate fi considerate reale numai în măsura în care se coroborează cu celelalte probe administrate în cauză. Existența unor contradicții între declarațiile succesive ale aceleiași părți indică falsitatea uneia sau unora dintre ele, cel puțin în acele elemente asupra cărora poartă contradicția. Simplele retractări ale declarațiilor anterioare de către inculpați și partea vătămată, nu justifică prin ele însele, concluzia că acele prime declarații nu exprimă adevărul¹.

2.2.3.6. Procedee tactice de ascultare. Din cauza vătămarilor suferite, victimelor ce se află într-o stare gravă ce nu permite ascultarea la sediul organelor judiciare, li se impune aplicarea unor procedee tactice speciale, care diferă într-o anumită măsură, de procedeele tactice de ascultare a victimei în condițiile obișnuite.

În situațiile în care, deși victima infracțiunii prezintă semne de însănătoșire, victima va fi audiată cu toate menajamentele, deoarece ascultarea, din motive de operativitate, nu poate fi amânată până la momentul restabilirii sale complete. Dacă vătămarile suferite sunt de o gravitate extremă, încât pot duce la moartea victimei, dar nu mai înainte ca, într-un moment de luciditate, acesta să fi avut timp să fi comunicat celor din jur informații în legătură cu infracțiunea săvârșită. În aceste situații, declarațiile victimei au caracter extrajudiciar, iar aceste informații vor ajunge la cunoștința organelor judiciare prin intermediul celorlalți, având valoare probatorie redusă. Declarațiile victimelor aflate în stări agonice îmbracă forma unor relatări sumare, adeseori intermitente, alternând momentele de luciditate cu cele de tulburare a facultăților psihice. Aceste relatări trebuie apreciate cu multe rezerve și valorificate în măsura în care sunt coroborate cu celelalte probe ale cauzei.

2.2.3.7. Ascultarea părții vătămate minore. Este obligatorie ascultarea persoanei vătămate asupra împrejurărilor în care s-a comis fapta, sub sancțiunea prevăzută de art. 197 Cpp. În prezent, în Codul de procedură penală și Codul penal nu există o reglementare specifică pentru tratarea procedurală a victimelor minore a diverselor acte antisociale. Nu există reglementată o modalitate procedurală distinctă de audiere a minorilor victimăși nici nu există instituții apte să le ocrotească, în mod specific, interesele ce sunt tratate în mod egal cu nevoile adulților. În schimb, există o serie întregă de fapte ce sunt incriminate ca infracțiuni și care au ca subiect pasiv minorul: actul sexual cu un minor (art. 198 C pen.), seducția (art. 199 C pen.), perversiunea sexuală (art. 201 alin. 3 C pen.), corupția sexuală (art. 202 C pen.), rele tratamente aplicate minorului (art. 306 C pen.), nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului (art. 307 C pen.). Când privește rolul victimelor minore în declanșarea procesului penal acestea au la dispoziție aceleași mijloace de sesizare ca și persoanele adulte. Specificitatea în ceea ce-i privește pe minori rezidă în inexistența capacității de exercițiu până la vârsta de 14 ani sau restrânsă (între 14 și 18 ani). În cazul în care minorul nu are capacitate de exercițiu își exercită dreptul de a sesiza comiterea unei fapte penale prin reprezentanții legali sau cu acordul acestora când capacitatea de exercițiu este restrânsă. În situația în care față de unele infracțiuni acțiunea penală se pune în mișcare eminent la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, inițierea demersului din oficiu reprezintă o derogare de la regula generală. În situația în care infracțiunile prevăzute de art. 180 al.1 C pen., art. 180 alin.21 C pen., art. 181 alin.1 C pen. se săvârșesc în cadrul intrafamiliar legea prevede că acțiunea penală se poate pune în mișcare și din oficiu; persoana vătămată minoră prin intermediul sau cu acordul reprezentantului legal poate să stingă procesul prin retragerea plângerii sau împăcarea cu inculpatul.

2.2.3.8. Tactica audierii părții vătămate minore. Audierea persoanei vătămate minore presupune cunoașterea psihologiei acestei categorii de persoane. Primul moment al formării declarației victimei îl reprezintă recepția ca rezultat psihologică a percepției senzoriale. De

¹ Curtea de Apel București, secția a II-a pen. d. 458/1996

asemenea trebuie să se țină seama de faptul că persoana vătămată, mai ales atunci când este minor, este mult mai impresionată de ceea ce a văzut sau auzit ori simțit decât orice altă persoană care este audiată. Aceste aspecte vor fi avute în vedere atât cu ocazia audierii darși cu ocazia interpretării declarației. În vederea ascultării propriu - zise a părți vătămate aceasta trebuie pregătită anterior, indiferent de gradul de dificultate al cauzei și care trebuie îndreptată în direcții tipice. Victima va fi familiarizată cu atmosfera în care va avea loc audierea, care trebuie să fie o atmosferă sobră, rară factori stresanți care pot distra atenția persoanei vătămate, convingerea acesteia că organul judiciar este bine informat și în consecință că nu poate fi indus în eroare, precum și comportamentul calm și încurajator al anchetatorului sunt obligatorii.

Prin chiar natura lor, copiii sunt deosebit de vulnerabili, ca victime a infracțiunilor, ei sunt mai mici și mai slabi fizic, mai puțin dezvoltați intelectual și emoțional, mai naivi. Dacă sunt victimizați, ei sunt mai puțin capabili să-și articuleze experiențele și sentimentele în "limbajul puterii" mai puțin capabili să se apere singuri și, în general depind de adulții care constituie cercul lor de familie și prieteni. Copilul victimizat, ca sursă de informație pentru autoritățile judiciare este extrem de greu de tratat. Mărturiile copiilor nu pot fi tratate ca veridice decât în limite foarte restrânse. Abordarea părților sub aspectul ascultării lor trebuie să țină seama de caracteristicile fiziologice, psihice și fizice dar mai ales de cele procesuale astfel persoana care a suferit urmările unei fapte penale are tendința naturală, subiectivă, de a exagera, uneori până la extreme activitatea infracțională căreia i-a căzut victimă; pe de o parte datorită urii pe care o simte față de cel care i-a produs o vătămare într-un drept subiectiv al său și pe de altă parte, aprecierii că propria-i persoană reprezintă un pion extrem de important în drama judiciară. Această tendință se manifestă mai pregnant la persoanele vătămate minore.

2.3. Audierea învinutului (inculpatului)

2.3.1. Importanța audierii învinutului/ inculpatului. Audierea învinutului (inculpatului) este importantă deoarece acesta este cel care deține cele mai multe informații necesare soluționării cauzei. În situația în care el a săvârșit infracțiunea, învinutul (inculpatul) poate furniza date cu privire la ceea ce s-a întâmplat anterior comiterii faptei, dar și cu privire la momentul de după comiterea infracțiunii. Aceste date rămân valabile și în situația în care învinutului sau inculpatului revine asupra declarației sale. Unele fapte sunt cunoscute numai de făptuitor, dar în cazul în care aceste fapte sunt cunoscute și de alte persoane sau sunt înregistrate prin intermediul mijloacelor tehnice, confirmarea lor și de către învinuit sau inculpat contribuie la formarea convingerii organelor judiciare cu privire la împrejurările concrete în care a fost săvârșită fapta.

Declarațiile învinutului (inculpatului) constituie un mijloc de probă în cauză, fie în apărarea, fie în acuzarea acestuia, dar cu condiția ca acestea să fie coroborate cu alte probe din dosar. Acesta este motivul pentru care organul judiciar trebuie să-i dea învinutului (inculpatului) posibilitatea să-și expună cât mai complet argumentele sale, să-l ajute să-și amintească și să adune toate probele pentru acuzarea și pentru apărarea sa.

Prin mărturisirile sale, învinutul sau inculpatul poate contribui și la identificarea altor fapte pe care le-a săvârșit sau a altor participanți la săvârșirea infracțiunii, precum și la stabilirea vinovăției fiecăruia, a circumstanțelor în care a fost săvârșită fapta sau faptele penale. Prin intermediul declarației învinutului (inculpatului) se pot obține date necesare pentru recuperarea prejudiciului cauzat prin săvârșirea faptei, datele obținute putând contribui la clarificarea unui eventual rol al persoanei vătămate la săvârșirea faptei. Declarațiile învinutului (inculpatului) ajută la cunoașterea condițiilor și cauzelor care au determinat săvârșirea infracțiunii, în scopul luării celor mai utile măsuri preventive a săvârșirii în viitor a unor fapte asemănătoare.

2.3.2. Declarațiile învinutului sau inculpatului. Declarațiile învinutului sau inculpatului constituie un mijloc de probă în procesul penal. Probele sunt entități de fapt extrajudiciare conținând

elemente de informație care pot arunca o lumină asupra existenței infracțiunii ori asupra vinovăției participanților la comiterea faptei penale etc. Și, de aceea, prin administrarea lor în procesul penal, dobândesc caracterul procesual și răspund finalității procesului care este de ordine publică. Realitățile de fapt privitoare la obiectul procesului penal devin probe și servesc la aflarea adevărului și la soluționarea justă a procesului penal.

În vederea obținerii și punerii în valoare a probelor sunt necesare activități sau operațiuni legale pentru descoperirea lor. Mijloacele de probă reprezintă aceea categorie juridică care desemnează căile sau operațiunile prin care, în temeiul legii, se descoperă și se pune în valoare conținutul probelor.

Potrivit art. 64 Cod Procedură penală, sunt mijloace de probă: declarațiile învinutului sau ale inculpatului, declarațiile părții vătămate, ale părții civile și ale părții responsabile civilmente, declarațiile martorilor, înscrisurile, mijloacele materiale de probă, constatările tehnico- științifice, cele medico- legale și expertizele.

Declarațiile învinutului sau ale inculpatului constituie mijloc de probă, cu o semnificație aparte deoarece, în general, învinutul sau inculpatul posedă cea mai completă informație asupra faptei comise și a împrejurărilor în care s-a săvârșit; de aceea prin intermediul declarațiilor învinutului sau inculpatului se pot obține probe valoroase care să servească aflării adevărului și soluționării juste a cauzei. Declarațiile învinutului sau inculpatului prezintă această semnificație în două situații: atunci când el este cel care a săvârșit infracțiunea, dar și când se dovedește că imputarea se referă la o faptă care nu constituie infracțiune sau care nu a fost săvârșită de către învinuit sau inculpat.

Învinutul sau inculpatul este direct și vădit interesat în a da declarațiile, fiindcă asupra sa apasă posibilitatea luării unei măsuri procesuale preventive, sau a aplicării pedepsei, ca o consecință a răspunderii penale și, în același timp, posibilitatea obligării la despăgubiri civile. Astfel, declarațiile învinutului sau ale inculpatului se înfățișează ca o cale pentru păstrarea sau redobândirea libertății și a celorlalte drepturi, ca și o cale de protecție a exercițiului libertăților și a drepturilor fundamentale.

În situația în care învinutul sau inculpatul recunoaște săvârșirea faptei sau în cazul în care o tăgăduiește, funcția de mijloc de probă a declarațiilor învinutului sau inculpatului obligă autoritățile judiciare să verifice atât afirmațiile, cât și negațiile pe care declarațiile le conțin. Aceste declarații obligă organul judiciar de a utiliza și alte mijloace legale spre a ajunge la probe și la stabilirea adevărului. Răspunzând totodată funcției de apărare, prin conținutul lor intrinsec, declarațiile învinutului sau ale inculpatului se înfățișează ca un mijloc de contracarare a exercițiului abuziv, discreționar al drepturilor de către organele judiciare și de prevenire a erorilor judiciare.

Funcția de apărare pe care o pun în lumină dispozițiile legale privind declarațiile învinutului sau ale inculpatului implică dreptul său la tăcere pe tot parcursul procesului penal. Dreptul la tăcere al învinutului sau inculpatului se întemeiază pe dreptul la apărare, dar și pe imperativul contradictorialității pe care este conceput întregul proces penal.

În faza de urmărire penală, dacă se prezintă în fața organului judiciar, învinutul este ascultat obligatoriu la începutul și la sfârșitul urmăririi penale, situație în care ascultarea are loc în prezența apărătorului. La fel se procedează și în cazul continuării cercetării penale după ce procurorul a pus în mișcare acțiunea penală, precum și la prezentarea materialului de urmărire penală.

În faza de judecată, inculpatul prezent este ascultat, obligatoriu, după citirea actului de sesizare a instanței și după ce acesta a primit explicații privind învinuirea ce i se aduce și a fost lămurit de președinte cu privire la dreptul pe care îl are de a pune întrebări celorlalți participanți, altor părți, martorilor, experților. În mod obligatoriu inculpatul trebuie ascultat și înainte de a se dispune arestarea sa preventivă, deoarece, în mod contrariu, inculpatul ar fi lipsit de dreptul său de apărare.

Declarațiile date cu ocazia ascultării inculpatului înainte de a se încheia dezbaterile în primă instanță, dar și cele din căile de atac, constituie o ultimă șansă pe care legea o acordă inculpatului, spre a releva noi dovezi apte să contribuie la aflarea adevărului. O hotărâre dată fără ca inculpatul să

fie ascultat, deși se află prezent, nesocotește regula egalității armelor, regulă fundamentală, nescrisă, pe care o implică desfășurarea procesului penal, încalcă principiul contradictorialității.

Potrivit art. 68 Cod procedură penală este interzis a se întrebuința violențe, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri, în scopul de a obține declarațiile învinuitului sau inculpatului. De asemenea, este interzis a determina o persoană să săvârșească sau să comită săvârșirea unei fapte, sau să continue săvârșirea unei fapte penale în scopul obținerii unei probe. Legea penală interzice procedeele probatorii care implică constrângerea în obținerea declarațiilor învinuitului sau inculpatului. Nu sunt interzise numai procedeele probatorii care implică constrângerea, ci și procedeele care afectează drepturile fundamentale la viața intimă, familială privată, dreptul la integritatea intelectuală, dreptul la secretul corespondenței și al comunicațiilor telefonice, dreptul la secretul profesional, de care este legată inviolabilitatea persoanei. Inculpatul are dreptul de apărare și ascultarea acestuia de către instanța de apel², dreptul de a fi citat³, prezumția de nevinovăție care trebuie să îi fie acordată inculpatului⁴ etc.

Declarațiile învinuitului sau inculpatului alcătuiesc un mijloc de probă necesar și util pentru aflarea adevărului. Însă forța probantă a acestora nu este decisivă, valoarea probantă a acestora se află la aprecierea organului de urmărire penală și a judecătorului.

2.3.3. Poziția procesuală a învinuitului sau inculpatului

2.3.3.1. Atitudinea de recunoaștere a faptelor. În jurisprudență sunt cazuri în care învinuitul sau inculpatul recunoaște faptele, dar recunoașterea poate fi sinceră sau nesinceră.

Recunoașterea sau mărturisirea învinuitului sau inculpatului e prezumată sinceră, deoarece cel ce se recunoaște vinovat de săvârșirea unei infracțiuni este conștient de gravitatea consecințelor la care se expune și este nefiresc ca cineva să se acuze în mod fals de săvârșirea unei infracțiuni, deoarece, o astfel de conduită, se opune acelei înclinații naturale spre autoconservare.

Recunoașterea poate fi determinată din motive etice sau raționale. Chiar dacă declarațiile de recunoaștere ale învinuitului sau inculpatului sunt convingătoare. Acest lucru nu garantează că, odată faptele recunoscute, învinuitul sau inculpatul se va menține pe aceeași poziție, adică își va menține declarațiile făcute. În jurisprudență există puține situații de false mărturisiri, adică situații în care învinuții sau inculpații recunosc integral sau parțial faptele, dar declarațiile lor nu sunt sincere.

Recunoașterea învinuitului sau inculpatului poate fi integral falsă sau integral adevărată, sau numai parțial adevărată. Această ultimă situație este situația tipică întâlnită. Deoarece, de cele mai multe ori, făptuitorul, obligat de evidența probelor, recunoaște fapta, dar, alături de circumstanțele adevărate, adaugă circumstanțe false, sau omite anumite împrejurări, pentru obținerea de circumstanțe atenuante.

2.3.3.2. Atitudinea de negare a faptelor. În situația în care învinuitul sau inculpatul neagă săvârșirea faptelor organul judiciar își alege foarte bine procedeele tactice de ascultare ale acestuia, în raport de personalitatea lui, pusă în lumină de acele însușiri caracteriale și temperamentale definitorii, de cunoașterea predispozițiilor și înclinațiilor sale. Determinarea învinuitului sau inculpatului să facă declarații sincere e condiționată de cunoașterea adevăratelor motive care explică rezistența opusă. Cel mai convingător procedeu tactic pentru determinarea învinuitului sau inculpatului să facă declarații sincere este prezentarea astfel a probelor în învinuire, încât acesta să formeze un lanț închis, care să ofere doar o singură ieșire- aceea a recunoașterii sincere a faptelor.

² Curtea de Apel Timișoara, decizia penală nr. 130 din 27 martie 2006.

³ Tribunalul Suceava, secția penală, decizia nr. 290 din 29 septembrie 2008.

⁴ Tribunalul Olt, decizia penală nr. 347/ din 14 iunie 2007.

2.3.3.3. Pregătirea ascultării. Pentru ca interogarea învinutului sau a inculpatului să-și atingă scopul propus, se impune, în primul rând, o organizare riguroasă a acestei activități care, în linia mari, se apropie de pregătirea ascultării martorului. Astfel:

a. Studiarea materialelor sau datelor existente în cauză

Pe plan tactic criminalistic, studiarea materialelor cauzei presupune cunoașterea datelor referitoare la modul și împrejurările în care s-a săvârșit fapta, la probele existente în acel moment la dosar, la participanți, la persoana vătămată, la martori ș.a., date care urmează să fie completate, confirmate sau verificate și prin declarațiile învinutului sau ale inculpatului. De pildă, în funcție de modul de sesizare a organului judiciar, va fi studiată plângerea, denunțul sau procesul – verbal de constatare a efectuării unor acte premergătoare, când organul de urmărire penală s-a sesizat din oficiu

Va fi studiat cu atenție procesul – verbal de cercetare la fața locului, urmele sau mijloacele materiale de probă descoperite și ridicate cu acest prilej, declarațiile eventualelor victime, ale martorilor oculari . În urma acestui studiu, vor fi extrase problemele pe care trebuie să le aibă în vedere organul judiciar în momentul ascultării .

Studiarea materialului cauzei, ca, de altfel, întreaga pregătire a ascultării, se efectuează cu maximă urgență și operativitate, regulă tactică dominantă în încercarea și soluționarea cauzelor penale .

b. Cunoașterea personalității învinutului sau inculpatului

Această cerință tactică are o incidență directă, imediată asupra stabilirii tacticii de ascultare, servind la conturarea ulterioară a laturii subiective a infracțiunii.

Dintre principalele elemente de natură să conducă la definirea personalității unui individ, menționăm :

b1. Trăsăturile psihice ale personalității :

- Caracterul, trăsătura psihică ce definește manifestările de conduită cu semnificație morală pozitivă (sinceritate, corectitudine, conștiinciozitate, demnitate, sociabilitate etc.) sau negativă (nesinceritate, egoism, susceptibilitate, îngâmfare, cruzime etc.);temperamentul, trăsătură ce determină diferențierea psihică a indivizilor în funcție de capacitatea energetică și dinamică a comportamentului, ce de pildă tipul coleric (puternic, neechilibrat și excitabil) tipul sanguinic (puternic, echilibrat, mobil), tipul flegmatic (puternic, echilibrat, inert) și tipul melancolic (slab) ;Aptitudinile, unele având un sens general (inteligentă, precizia memoriei, spiritul de observație, imaginația ș.a.), iar altele un sens mai special, ajungând până la talent (pentru muzică, poezie, sport etc.)

b2. Factorii care au influențat sau condiționat evoluția somato-psihică (vorbire, mers) și socială a învinutului sau inculpatului, cum ar fi : Mediul familial sau social în care a evoluat și s-a format, școlile urmate, locul în care și-a satisfăcut serviciul militar ;Cercul de prieteni, în general sistemul și natura relațiilor sociale în care a fost sau se află antrenat, deci al mediului ales; Nivelul de inteligență, slăbiciunile, pasiunile sau viciile, stării psihofizice, gradul de pregătire intelectuală, comportamentul în familie și în societate, activități desfășurate; Eventuale antecedente penale, raporturile cu alți participanți la săvârșirea infracțiunii sau cu victima .

Toate aceste date pot fi obținute din studiarea materialului cauzei, din informațiile culese de la locul de muncă, de la domiciliu, din declarațiile martorilor, din studiarea cazierului, precum și din discuțiile preliminare purtate cu învinutul sau inculpatul.

c. Organizarea modului de desfășurare a ascultării

Modul de interogare se circumscrie planului general de urmărire penală elaborat, în vederea soluționării cauzei și care conține versiunile, problemele de clarificat, metodele tactice folosite, ordinea de efectuare a diverselor activități procedurale, după cum s-a precizat mai sus. Tactic, organizarea ascultării presupune :

C.1. Stabilirea cu precizie a problemelor, care urmează a fi clarificate cu ocazia ascultării, precum și a datelor ce trebuie verificate cu acest prilej ;

C.2.Pregătirea materialului probator ce urmează să fie folosit în timpul ascultării (mijloace materiale de probă, fotografii, diverse înregistrări)¹⁹;

C.3.Determinarea ordinii în care se va face ascultarea. Dacă în cauză există mai mulți învinuți sau inculpați, la început vor fi ascultați cei care dețin mai multe date, sau cei care fac declarații sincere și complete. Pentru obținerea cât mai multor date, deseori se impune ascultarea mai întâi a martorilor, prioritate având martorii oculari. Date mai pot fi obținute din informații extraprocusuale, efectuarea de expertize judiciare.

C.4.Stabilirea modalității de citare, data, ora și locul în care aceștia urmează să fie prezenți în vederea ascultării. Ordinea și modalitatea de citare trebuie astfel concepute, încât să se evite, cel puțin în faza primelor ascultări, contactul între diversele persoane interesate în cauză, îndeosebi în ipoteza existenței mai multor învinuți sau inculpați, martori, persoane vătămate, părți civile etc.

În asemenea împrejurări, dacă ascultarea se face la intervale de timp ce permit contactul între cei ascultați și cei care urmează să fie audiați, primii pot dezvălui problemele asupra cărora a insistat organul judiciar, ce au declarat în legătură cu ele și care ar putea fi datele deținute de anchetator.

d. Planificarea ascultării

Finalizarea pregătirii ascultării învinuitului sau inculpatului se va materializa într-un plan de ascultare, întocmit pentru fiecare învinuit sau inculpat în parte. Acesta va conține problemele de clarificat și succesiunea de abordare a lor, întrebările de fond sau de amănunt, la care va trebui să răspundă cel audiat, materialele care îi vor fi prezentate ș.a. La întocmirea planului trebuie avute în vedere :Natura activității ilicite pe care a desfășurat-o sau la care a participat ;Problemele ce urmează a fi lămurite cu învinuitul sau inculpatul ;Materialul probator care va fi folosit în timpul ascultării ;Forța probatorie a materialului existent-probe directe,probe indirecte, mijloace materiale de proba ;Momentul indicat pentru folosirea materialului probator ;Datele cunoscute despre personalitatea și psihologia infractorului.

În elaborarea planului se va ține seama de orice situație care se poate ivi în timpul ascultării, chiar neprevăzută, astfel încât organul judiciar să nu fie luat prin surprindere sau derutat de atitudini, de reacții neașteptate. De aici rezultă și necesitatea ca planul să aibă un caracter flexibil, să poată fi modificat în funcție de desfășurarea ascultării, de relațiile celui ascultat. Aceasta va conduce și la posibilitatea adaptării, modificării sau formulării de noi întrebări referitoare la fapta cercetată și la persoana autorului.

Dacă întocmirea unui plan este absolut necesară în cazurile dificile, cu învinuți sau inculpați care refuză să recunoască, fac declarații nesincere, mincinoase sau se contrazic, elaborarea cel puțin a unei schițe de plan se impune și în cazurile simple, aspect de natură să servească la urgentarea soluționării cauzei.

2.3.4. Etapele ascultării învinuitului sau inculpatului

2.3.4.1. Etapa discuțiilor prealabile ascultării. Poziția procesuală a persoanei chemate să răspundă penal și necesitatea ca aceasta să-și facă cunoscută poziția sa față de faptele de care este cauzată sunt prevăzută de art. 70 Cod pr. pen. Regulile de procedură penală, dar și regulile stabilite de tactica criminalistică oferă posibilitatea unei investigații minuțioase a subiectului procesual care, așa cum am mai precizat, dacă este autorul faptei cunoaște cel mai bine împrejurările faptei în care aceasta a fost săvârșită.

Legea prevede obligația organului judiciar de a-l întreba pe învinuit sau inculpat, înainte de a-l asculta, cu privire la nume, prenume, poreclă, data și locul nașterii, numele și prenumele părinților, cetățenia, studii, loc de muncă, adresa, antecedentele penale și alte date necesare pentru stabilirea situației sale personale (starea civilă, dacă are copii, avere, mediul în care s-a născut și a crescut, a învățat și a muncit, etc.)

Importanța ce trebuie acordată acestui moment al ascultării rezultă din preocuparea pe care trebuie să o aibă organul judiciar de a preveni încercarea de substituie de persoane, semnalată de multe ori, mai ales în fața organelor de urmărire penală.

Este indicat ca în această etapă organul judiciar să manifeste sobrietate, hotărâre, perseverență, pentru ca învinuitul sau inculpatul să fie convins de hotărârea organului de urmărire penală sau a instanței de a se afla adevărul. În această etapă organele judiciare trebuie să identifice persoanele sincere, dar labile emoțional (bătrâni, copii, dar și unele femei), care nu au mai fost cercetate și să se insiste cu explicații pentru ca acestea să înțeleagă situația în care se găsesc și ce obligații le revin. În cazul persoanelor sincere, fiindu-i stabilite statutul și rolul în cadrul ascultării, acestea vor alunga în plan psihic teama ce le stăpânise, argumentând cu privire la fapta susținerii sale în mod dezinvolt, dezinhibat, participativ, întrucât nu le vor mai inspira teamă. În cazul în care persoana cu care se poartă discuțiile introductive este chiar autorul faptei, nu se va realiza de regulă o ambianță plăcută, răspunsurile vinovatului vor fi reci, nonsilabice, teatrale, cu întreruperi îndelungate și reluarea cu multă grijă a discuției va manifesta o stare de disconfort psihic, de teamă, de grabă și suspiciune continuă. Învinuitul sau inculpatul nu se va implica sincer în discuții, întrucât el intuiește că este vorba de o discuție preliminară și se gândește cu teamă la ancheta propriu-zisă ce va urma.

2.3.4.2. Ascultarea în faza relatării libere. După etapa discuției preliminare, când organul judiciar apreciază că se poate trece la ascultarea propriu-zisă a învinuitului sau inculpatului, îi aduce la cunoștință fapta pentru care este învinuit și care formează obiectul cauzei, dreptul de a avea un apărător, precum și dreptul de a nu face nici o declarație, atrăgându-i atenția că tot ce spune poate fi folosit împotriva sa (art. 70 alin. 2 Cpp). În situația în care învinuitul sau inculpatul dă o declarație, i se pune în vedere să declare tot ce știe cu privire la faptă și la învinuirea ce i se aduce în legătură cu aceasta, dar și încadrarea juridică a faptei și i se asigure posibilitatea pregătirii și exercitării apărării. Se va încheia un proces verbal după ce aceste drepturi îi sunt aduse la cunoștință învinuitului sau inculpatului. Ascultarea nu poate începe cu citirea sau reamintirea declarațiilor pe care acesta le-a dat anterior în cauza în care a fost ascultat (art. 71 alin. 3 Cpp).

Orice parte în procesul penal are dreptul să fie asistată de un apărător legal în tot cursul procesului penal. Când învinuitul sau inculpatul se găsește în imposibilitatea de a se prezenta la sediul organului judiciar, unde se procedează, ca regulă, la ascultare, organele judiciare procedează la ascultarea acestora la locul unde se află, cu excepția cazurilor în care legea prevede altfel.

Dacă învinuitul sau inculpatul are apărător ales, organul judiciar va anunța apărătorul ales de a se prezenta la data și locul fixat pentru ascultare. Dacă asistența juridică este obligatorie și dacă învinuitul sau inculpatul nu și-a ales un apărător, organul judiciar va lua măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu (art. 171 alin. 4 Cpp). În situația în care învinuitul sau inculpatul își alege un apărător după desemnarea apărătorului din oficiu, apărătorul din oficiu va fi imediat înlocuit la prezența apărătorului ales. În cazurile expres prevăzute de lege când asistența juridică este obligatorie, ascultarea inculpatului nu se poate realiza fără apărător. Însă, în cazul în care asistența juridică nu este obligatorie, iar apărătorul legal, deși a fost încunoștințat despre data și locul ascultării învinuitului sau inculpatului și nu s-a prezentat, efectuarea ascultării se poate realiza și fără apărător legal. În cazurile în care asistența juridică este obligatorie, iar apărătorul legal nu se prezintă la două termene, nejustificat, organul judiciar numește un apărător din oficiu care să-l înlocuiască, acordându-i timpul necesar pentru pregătirea apărării. Timpul acordat nu poate fi mai mic de trei zile, exceptând cazurile privind soluționarea cererilor referitoare la arestarea preventivă, când termenul acordat nu poate să fie mai mic de 24 de ore (art. 71 alin. 4¹ Cpp). Delegația apărătorului din oficiu încetează la prezentarea apărătorului ales.

În faza relatării libere, anchetatorul trebuie să acorde atenția cuvenită laturii psihologice a ascultării, care constituie temeiul tacticii criminalistice în acest domeniu. În timp ce învinuitul sau inculpatul relatează fapta, organul judiciar urmărește cursul expunerii și notează aspecte omise sau ocolite intenționat, pentru a le clarifica în următoarea fază, a întrebărilor de control. În același timp, anchetatorul va urmări mimica feței și orice gest sau mișcare a învinuitului sau inculpatului, pentru a observa, unde este cazul, anumite ezitări în expunere, roșeața sau paloarea feței, transpirația la nivelul

frunții și a feței, frecarea mâinilor, tremur în glas etc. În acest timp, organul judiciar va avea grijă să nu-i ofere învinuitului sau inculpatului posibilitatea de a observa reacția de aprobare sau dezaprobare a răspunsurilor date. Organul judiciar trebuie să dea dovadă de impasibilitate, fără însă a slăbi fermitatea în direcția determinării celui ascultat să declare adevărul.

Relatarea liberă nu trebuie întreruptă decât dacă învinuitul sau inculpatul se abate foarte mult de la fapta care i se impută. Învinuitul sau inculpatul va declara liber tot ce dorește în legătură cu infracțiunea ce îi este adusă. Dacă organul judiciar constată că declarația pe care o face învinuitul sau inculpatul este în contradicție cu celelalte mijloace de probă aflate la dosar, nu îl va întrerupe, astfel apreciindu-se comportamentul sincer sau nesincer al învinuitului sau inculpatului. Sunt situații în care să se constate că o declarație inițială nesinceră este sinceră, iar probele aflate la dosar erau eronate.

În cauzele în care există mai mulți învinuiți sau inculpați, fiecare învinuit sau inculpat, în faza de urmărire penală, este ascultat separat, conform art. 71, alin. 1, Cod pr. pen.

Este interzis să se folosească amenințări, violențe ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri în scopul de a obține probe. Nu este permis a determina o persoană să săvârșească ori să continue săvârșirea unei fapte penale în scopul obținerii unei probe.

2.3.4.3. Etapa adresării de întrebări. Este cel de-al treilea moment al activității procesuale de ascultare a învinuitului sau inculpatului (după procedura prealabilă și relatarea liberă). Întrebările de control adresate în această fază privesc aspectele pe care organul judiciar le-a notat în timpul relatării libere, privind omisiuni sau detalii ocolite intenționat din expunere, precum și aspecte noi, aspecte pe care organul judiciar le-a dedus din relatarea liberă. Învinuitului sau inculpatului i se pot pune trei tipuri de întrebări în această etapă a interogatoriului: a) întrebări cu privire la fapta penală, pentru ca organul judiciar să obțină explicații complete asupra tuturor împrejurărilor în care s-a comis fapta; b) întrebări cu privire la învinuirea care i se aduce și c) întrebări privitoare la probele pe care învinuitul sau inculpatul consideră să le propună în apărarea sa. Este necesar ca întrebările adresate învinuitului sau inculpatului să îndeplinească o serie de caracteristici: să fi clare și precis formulate, cu referiri concrete la anumite împrejurări care necesită a fi lămurite; să fie formulate la nivelul de înțelegere al celui ascultat; să nu sugereze răspunsul; să-l oblige pe învinuit sau inculpat să dea un răspuns complet și nu de genul Da sau Nu; întrebările trebuie să îl pună în încurcătură pe învinuitul sau inculpatul nesincer pentru a-l determina să mărturisească adevărul.

Organul judiciar trebuie să identifice cauza reală a necolaborării sau nesincerității învinuitului sau inculpatului și să ia cele mai corecte măsuri pentru a se obține o colaborare deplină în interesul soluționării cât mai operative și în deplină legalitate a cauzei.

Tactica folosită pentru adresarea de întrebări va fi determinată de declarațiile făcute anterior de învinuit sau inculpat, de caracterul lor complet sau nu, ori de sinceritatea sau nesinceritatea cu care au fost făcute.

2.3.5. Consemnarea declarațiilor învinuitului sau inculpatului. Pentru ca declarația învinuitului sau inculpatului să poată fi folosită ca mijloc de probă în cadrul procesului penal și pentru a se reține cu fidelitate ceea ce a declarat, este necesară forma scrisă. Consemnarea declarațiilor învinuitului sau inculpatului se realizează prin declarații scrise, pe bandă magnetică sau videomagnetică.

Declarația scrisă a învinuitului sau inculpatului trebuie să conțină numele și prenumele, porecla, data și locul nașterii, numele și prenumele părinților, cetățenia, studiile, precum și alte date necesare stabilirii situației sale personale. Cu ocazia ascultării sale, învinuitului sau inculpatului va da cel puțin două declarații. Prima declarație va fi scrisă de învinuit sau inculpat personal pe o coală de hârtie obișnuită și nu pe un formular tipizat. Organul judiciar nu are dreptul să intervină în redactarea acestei declarații, învinuitul sau inculpatul având dreptul să scrie ceea ce dorește. Declarația va fi vizată și datată de organul judiciar. Dacă la ascultare participă și apărătorul sau celelalte persoane

care pot să-l asiste pe învinuitul sau inculpatul minor, declarația va fi semnată și de către acestea, atât în partea finală, cât și pe fiecare pagină.

După redactarea de către învinuit sau inculpat a primei declarații, organul de urmărire penală va consemna și el, în scris, pe formular tipizat, rezultatele ascultării învinutului sau inculpatului. Fidelitatea în consemnarea declarației este necesară, ținând cont că există învinuiți sau inculpați care fac afirmații contradictorii, recunosc anumite fapte sau oferă date despre alte persoane fără să-și dea seama imediat. Dar în momentul în care li se citește declarația, sesizează contradicțiile, ca și faptul că au implicat alte persoane, refuzând să semneze sau pur și simplu negând că au făcut astfel de declarații. Din acest motiv este necesar să se procedeze imediat la consemnarea informațiilor importante, îndeosebi în ascultarea de lungă durată, sau în cazul unor învinuiți sau inculpați de rea-credință. În astfel de situații se poate proceda la utilizarea mijloacelor tehnice de înregistrare.

Învinuitului sau inculpatului i se oferă posibilitatea să verifice dacă cele relatate de el au fost sau nu consemnate corect în declarația scrisă de organul judiciar. Astfel, declarația i se citește, iar dacă cere, i se dă să o citească personal. Când învinuitul sau inculpatul este de acord cu conținutul declarației, o semnează pe fiecare pagină și la sfârșit. Când învinuitul sau inculpatul nu poate sau refuză să semneze declarația, se va menționa această situație în declarația scrisă. Învinuitul sau inculpatul poate reveni asupra celor declarate, poate face completări, rectificări sau precizări. Toate acestea pot fi consemnate la sfârșitul declarației scrise, urmând ca toate persoanele care au semnat declarația să semneze din nou. În situația în care învinuitul sau inculpatul se găsește în imposibilitatea de a se prezenta pentru audieri, organele judiciare vor proceda la ascultarea acestuia în locul în care se află, cu excepția cazurilor prevăzute în art. 74, C. pr. pen., consemnând în acel loc în declarația scrisă rezultatul ascultării.

Învinuitul sau inculpatul poate fi reascultat la cerere sau din oficiu. Cu ocazia reascultării poate fi completată declarația cu date noi, pe care învinuitul sau inculpatul și le-a amintit sau să retracteze total sau parțial declarația anterioară.

Procedând la reascultare, organul judiciar va consemna atât revenirile la declarațiile anterioare, cât și motivarea acestor reveniri. Se va verifica legalitatea revenirii și coroborarea cu celelalte mijloace de probă a noilor afirmații făcute.

2.3.6. Verificarea declarațiilor învinuitului sau inculpatului. Declarațiile învinuitului sau inculpatului sunt verificate sub aspectul legalității și al rezultatului său. Verificarea legalității, când actele au fost întocmite de organul de cercetare penală al poliției judiciare, cade în sarcina șefului ierarhic superior sau procurorului care a condus și supravegheat urmărirea. Dacă activitatea de urmărire penală a fost efectuată de către organul de cercetare specială, modul de întocmire a actelor procedurale se va face de către comandanții unităților militare corp aparte și similare, șefii comendurilor de garnizoană, comandanții centrelor militare, comandantul unității de grăniceni, după caz pentru actele procedurale întocmite de către cei pe care i-au numit ca organe de cercetare speciale, dar și procurorii care controlează și îndrumă activitatea de cercetare penală specială în cauza concretă.

Verificare poate fi determinată de plângerea persoanei vătămate în interesele sale legitime ori din oficiu.

După verificarea declarației și constatarea legalității întocmirii sale, organul judiciar va corobora datele din declarații cu celelalte mijloace de probă. Dacă aceste date corespund, declarația poate fi considerată mijloc de probă în procesul penal. Dacă se constată contradicție între declarații și celelalte mijloace de probă, organul judiciar are obligația reascultării învinuitului sau inculpatului pentru clarificare neconcordanțelor.

În ipoteza în care aceste declarații nu sunt verificate în privința veridicității lor, consecințele pot fi deosebit de grave în materia înfăptuirii actului de justiție putând să se ajungă la arestări sau rețineri ilegale, achitări, restituirea cauzei pentru refacerea cercetărilor, achitări sau grave erori judiciare.

Analiza acestor declarații, verificarea și confruntarea lor cu probele existente în cauză permit organului de urmărire penală să-și formeze convingerea intimă asupra vinovăției sau nevinovăției acestuia.

Practica judiciară în materie a dovedit faptul că, de cele mai multe ori, la baza erorilor judiciare au stat idei preconcepute, versiuni luate în considerare fără a fi verificate, probe care nu au fost analizate atât individual cât și în raport cu celelalte.

Deși, în general sunt întâlniți inculpați care neagă fapta până în momentul condamnării au existat și cazuri în care anumite persoane au recunoscut de bună voie o anumită faptă.

Nici chiar o astfel de recunoaștere nu înseamnă o soluționare a cauzei dacă nu este susținută de celelalte probe și mijloace de probă existente în cauză, întrucât pot exista diferite interese în acest sens, cel mai des întâlnit fiind dorința de a proteja pe adevărații făptuitori.

Mijloacele prin care pot verificarea declarațiilor învinuitului sau inculpatului sunt: reascultarea învinuitului sau inculpatului; ascultarea celorlalți participanți la săvârșirea faptei; ascultarea martorilor; percheziții; confruntări; reconstituiri; ridicări de obiecte și înscrisuri; expertize; efectuarea de constatări tehnico- științifice, medico legale; metoda biodetecției judiciare etc.

2.3.7. Procedee tactice de ascultare a învinuitului sau inculpatului.

Stabilirea procedeele tactice de ascultare se va face în funcție de împrejurările săvârșirii faptei și de persoana învinuitului sau inculpatului. Practica organelor judiciare a stabilit următoarele procedee tactice de ascultare:

a). *Folosirea întrebărilor de detaliu*-pentru a se obține de la învinuit sau inculpat amănunte referitoare la diferitele împrejurări ale faptei săvârșite, amănunte care să permită verificarea explicațiilor lui. Scopul folosirii acestor întrebări este de a demonstra învinuitului netemeinicia declarațiilor sale și de a-l determina să renunțe la negarea faptelor săvârșite. Procedeele este folosit în cazul când învinuitul face declarații nesincere, contradictorii sau adoptă o poziție refractară pe parcursul cercetărilor.

b). *Ascultarea repetată*-presupune reaudierea în legătură cu aceleași fapte la intervale diferite de timp în ideea că vor apărea inevitabil contradicții, nepotriviri datorită faptului că detaliile nu pot fi puse la punct. Contradicțiile vor trebui explicate în final de către acesta, demonstrându-i-se astfel, netemeinicia afirmațiilor pe care le-a făcut anterior, putând fi determinat să recunoască adevărul.

c). *Ascultarea sistematică*-se folosește atât în cazul învinuitului sincer pentru a-l determina să lămurească complet elementele cauzei, mai ales în cauzele complexe, cu un grad ridicat de dificultate, cât și al celui nesincer sau pentru a-l obliga să dea explicații logice și cronologice privitoare la aspectele cauzei. În cadrul acestui procedee, prin intermediul întrebărilor problema, învinuitului i se cere să relateze cum a pregătit și a conceput săvârșirea faptei, să declare despre persoanele participante și modul de operare.

d). *Ascultarea încrucișată*-se folosește pentru distrugerea apărării clădite de învinuitul care neagă total fapta săvârșită. Este un procedee ofensiv și presupune audierea sa de către doi anchetatori într-un ritm susținut, alert pentru a nu i se da posibilitatea să dea răspunsuri mincinoase și să facă conexiuni între ele. Dar, atunci când se alege acest procedee trebuie acordată o atenție deosebită structurii psihice a persoanei pentru că nu vor fi obținute rezultate în cazul celor cu o structură psihică slabă care vor fi încurcați, inhibați. De asemenea cei doi anchetatori trebuie să fie atenți să nu se încurce reciproc, mai ales dacă nu stăpânesc perfect datele problemei.

e). *Tactica complexului de vinovăție* - constă în adresarea alternativă a unor întrebări care conțin cuvinte afectogene referitoare la faptă și la rezultatele ei (spre exemplu în cazul unui omor anchetatorul poate insera referiri la starea materială sau psihică a copiilor sau soției celui decedat) și a unor întrebări care nu au legătură cu fapta. (cu trimitere la alte fapte grave și consecințele acestora, întrebări despre familia învinuitului, încercări de a-l determina pe învinuit să se plaseze în locul victimei și să realizeze prejudiciul pe care l-a provocat) Conduce la rezultate deosebite în cazul persoanelor mai sensibile și depinde foarte mult de abilitatea anchetatorului de a intra în pielea

inculpatului și de calitățile acestuia de bun psiholog. În cazul utilizării acestui procedeu va trebui să se acorde o atenție deosebită reacțiilor celui ascultat la fiecare întrebare, pentru că reușita procedurii depinde tocmai de aceste reacții.

f). *Folosirea probelor de vinovăție* - este utilizat pentru ascultarea învinuitului nesincer care încearcă să denatureze adevărul, să îngreuneze cercetările.

Învinuitului i se va consemna declarația indiferent de poziția pe care o are fața de faptă urmând ca apoi să-i fie probată vinovăția.

g). *Ascultarea unui învinuit/inculpat despre activitatea celorlalți participanți la săvârșirea infracțiunii.*

Acest procedeu se aplică în cazul pluralității de participanți la săvârșirea faptei și va debuta cu depistarea elementului cel mai slab al grupului care va fi întrebat cu privire la activitatea celorlalți lăsându-se impresia că interesează mai puțin pentru anchetă persoana sa.

Dar, dezavantajul acestui procedeu constă în faptul că de cele mai multe ori membrii grupului nu divulgă activitatea celorlalți, în principal datorită înțelegerilor anterioare sau ulterioare ori cooperării la săvârșirea faptei.

h) *Justificarea timpului critic*

Timpul critic reprezintă toată durata activităților desfășurate în perioada care a precedat săvârșirea faptei, momentul săvârșirii și perioada postinfracțională. Acest procedeu se folosește în special în cazul celor care refuză să facă declarații și a celor nesinceri. Explicațiile date vor fi minuțios verificate pe zile, ore, minute, locuri și comparate cu probele existente în cauză. Toate aceste procedee pot fi utilizate atât în formă singulară cât și combinate atunci când particularitățile cauzei impun acest lucru.

2.3.8. Particularitățile ascultării învinuitului sau inculpatului minor. Este posibil ca infracțiunea sau infracțiunile să fie săvârșite și de către minori⁵, sau aceștia să fie determinați la săvârșirea unor asemenea fapte de către persoane majore. Dacă la data săvârșirii faptei împlinise 14 ani, se impune și ascultarea minorilor în calitate de învinuit sau inculpat. Minorul sub 14 ani nu răspunde penal, minorul care are vârsta între 14-16 ani răspunde penal numai dacă se constată că a săvârșit fapta cu discernământ, iar minorul care a împlinit 16 ani răspunde penal.

Minorilor li se acordă un plus de garanții procesuale, ținând cont de lipsa de maturitate deplină. Aceste garanții suplimentare sunt: urmărirea imediată și judecarea infracțiunilor săvârșite de minori. Audierea învinuitului/ inculpatului minor se face conform procedurii obișnuite dar cu unele completări și derogări prevăzute de art. 480, C.pr. pen.. La ascultarea învinuitului sau inculpatului este obligatorie prezența apărătorului legal; dacă învinuitul sau inculpatul este minor cu vârsta cuprinsă între 14-16 ani și dacă organul judiciar consideră că este nevoie, va cita delegatul autorității tutelare precum și pe părinții sau după caz pe tutore, curator sau persoană în îngrijirea căreia se află minorul; obligația organelor judiciare la efectuarea unei anchete sociale, în care vor fi încorporate date referitoare la comportarea minorului în mod obișnuit, la starea mentală a acestuia, antecedente de orice natură, condițiile în care a crescut și a fost educat, comportamente necorespunzătoare, pregătirea școlară și alte elemente necesare pentru întregirea anchetei privitoare la cunoașterea minorului.

La ascultare, minorul va fi asistat de unul din părințele care îi este mai apropiat. În cadrul ascultării minorului se vor parcurge toate etapele ascultării persoanei majore, folosindu-se toate procedeele tactice analizate anterior la ascultarea persoanelor majore. În cazul minorilor, organele judiciare vor acorda mai multă atenție unor procedee pentru a nu pune în pericol starea mentală a minorului, ținându-se cont de faptul că nu este dezvoltat psihic suficient, neavând cunoștințe despre viață.

⁵ I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 96 din 19 ianuarie 2009

Din activitatea premergătoare ascultării se va stabili ce persoane sune interesate în cauză care ar putea să-l determine pe minor să facă declarații nesincere. Minorul nu va fi ascultat în prezența acestor persoane.

În cazul în care minorul nu poate sau nu vrea să scrie, organul judiciar va încheia un proces verbal în care va menționa rezultatul ascultării și motivul pentru care învinuitul sau inculpatul nu și-a scris singur declarația. Declarația consemnată de către organul judiciar va fi citită de către minor sau îi va fi citită de către organul judiciar, după cum preferă minorul. La sfârșitul declarației minorul va scrie cu mâna sa "declar, susțin și semnez după ce am citit în întregime declarația" sau după caz "după ce mi-a fost citită în întregime declarația". Minorul va semna pe fiecare pagină și la sfârșit. Alături de minor va semna și persoana invitată să participe la ascultarea minorului precum și apărătorul. Dacă minorul sau celelalte persoane prezente la ascultare refuză să semneze declarația, se face mențiune despre această situație. Declarația va fi semnată și de organul de urmărire penală care a luat declarația, iar la instanța de judecată și de către președintele completului de judecată și de grefier. Dacă declarația a fost luată prin intermediul interpretului, declarația va fi semnată și de acesta.

3. Concluzii

Prezenta lucrare a vizat studierea în detaliu a tuturor etapelor procedurale în audierea părților în procesul penal. Am dezvoltat etapele ascultării părților în procesul penal, urmărind procesul de formare a declarațiilor, consemnarea acestora, verificarea și aprecierea declarațiilor părților în procesul penal.

De asemenea, proiectul a urmărit și a dezvoltat în cuprinsul său drepturile pe care cei audiați le au de-a lungul anchetei penale, drepturi ce îi protejează și sunt reglementate atât în dreptul intern, cât și în dreptul internațional. În ceea ce privește reglementările internaționale în materie, acestea sunt numeroase. Acestea trebuie avute în vedere deoarece instrumentele ce le conțin, fiind ratificate de țara noastră, ele devin parte din dreptul nostru intern, și deci, respectate ca atare. Am pus accept pe dreptul la tăcere al învinuitului sau inculpatului.

În concluzie, audierea părților în procesul penal este o etapă importantă în aflarea adevărului. Audierea învinuitului (inculpatului) este importantă deoarece acesta este cel care deține cele mai multe informații necesare soluționării cauzei. Declarațiile învinuitului (inculpatului) constituie un mijloc de probă în cauză, fie în apărarea, fie în acuzarea acestuia, dar cu condiția ca acestea să fie coroborate cu alte probe din dosar. Astfel organul judiciar trebuie să-i dea învinuitului (inculpatului) posibilitatea să-și expună cât mai complet argumentele sale, să-l ajute să-și amintească și să adune toate probele pentru acuzarea și pentru apărarea sa.

Prin intermediul declarației învinuitului (inculpatului) se pot obține date necesare pentru recuperarea prejudiciului cauzat prin săvârșirea faptei, datele obținute putând contribui la clarificarea unui eventual rol al persoanei vătămate la săvârșirea faptei.

Referințe bibliografice

- Dongoroz Vintilă, Kahane Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. I*, Editura Academiei, București, 1976
- Stancu Emilian, *Tratat de criminalistică, ediția a IV-a*, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea generală, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Butoi Tudorel, Mitrofan N., Zdengea V., - *Psihologia judiciară*- Editura Șansa, București, 1994
- Butoi Tudorel, *Făptuitorul pe tărâmul interogatoriului*- Editura Penguin Book, 2005
- Ciopraga, I. Iacobuță- *Criminalistica*- Editura Junimea, 2001
- I. Mircea- *Criminalistica*- Editura Lumina Lex, 1998

- *Principalele instrumente internaționale privind drepturile omului la care România este parte-* IRDO, 2004
- Măgureanu Ilie, *Ascultarea persoanelor în procesul penal*, Editura Lumina Lex, București, 2004
- Doltu Ioan, *Declarațiile învinuitului sau ale inculpatului, mijloc de apărare în procesul penal*, Revista de Drept Penal nr. 2/1995
- Popa Cristin-Nicolae, *În legătură cu luarea interogatoriului*, Revista Dreptul nr. 5/2001
- Dabu Valerică, Gușanu Ana-Maria, *Dreptul la tăcere, drept fundamental*, Revista Dreptul nr. 9/2003
- Dabu Valerică, Gușanu Ana-Maria, *Reflecții asupra dreptului la tăcere*, Revista de Drept Penal nr. 4/2004
- Hărăștășanu Angela, *Folosirea interpreților în procesul penal*, Revista de Drept Penal nr. 4/2004
- Duțu Mircea, *Semnificații procedural-penale ale dreptului la tăcere*, Revista Dreptul nr. 12/2004
- Paraschiv Carmen-Silvia, Damaschin Mircea, *Dreptul învinuitului de a nu se autoincrimina*, Revista Dreptul nr. 2/2005
- Griga Ioan, Ungureanu Monica, *Dreptul la tăcere al învinuitului și inculpatului*, Revista de Drept Penal nr. 1/2005
- Doltu Ioan, *Efectele omisiunii ascultării învinuitului după citirea actului de sesizare a instanței*, Revista Dreptul nr. 2/2006
- Negrea-Drucan Petronela, *Atitudinea psihologică a învinuitului sau inculpatului în fața organelor judiciare*, revista Dreptul nr. 3/2000

EXECUTAREA PEDEPSELOR ÎN REGIM NEPRIVATIV DE LIBERTATE

Loredana CORODESCU*

Abstract

The theme of my work is „Enforcement of punishments in an non-custodial sentencing”, and i wrote about the benefits of such measure for the society in general and for these in my paper i talked about the main non-custodial sentences that can be taken for some crimes and those would be: parole, probation,community work and fine.

Cuvinte cheie: executarea pedepselor, regim neprivativ, liberarea condiționată, amenda penală, suspendarea condiționată.

1. Introducere

În doctrină s-a materializat deja ideea că viața socială a demonstrat că în foarte multe cazuri, reeducarea infractorilor prin mijloace tradiționale (executarea pedepsei în penitenciar) nu este eficientă sau nu este utilă în toate situațiile, iar dacă se are în vedere scopul pedepsei, reeducarea infractorilor, se impune căutarea și utilizarea, pe lângă mijloacele comune (tradiționale) de individualizare a executării pedepsei, folosirea unor măsuri care să se plieze pe specificul anumitor infractori¹.

De aceea s-a admis că anumite categorii de infractori trebuie tratate penalmente în mod diferit fiind vorba, în primul rând, despre infractorii primari și despre cei care au săvârșit infracțiuni puțin periculoase dat fiind faptul că specificul acestor infractori impune un tratament sancționator corespunzător, deoarece ei nu vădesc indicii de incorigibilitate sau antisocialitate acută.

Ca atare în aceste cazuri se impune luarea unor măsuri alternative detențiunii penitenciare denumite de noi în continuare “ măsuri neprivative de libertate” ce pot fi încadrate în diferite categorii în funcție de raportarea la mai multe criterii.

Astfel, după cum se dispune prin hotărârea de condamnare asupra acestor măsuri, putem constata că există măsuri neprivative de libertate aplicate încă de la pronunțarea hotărârii de condamnare la o pedeapsă privativă de libertate și măsuri neprivative de libertate luate în cursul executării unei pedepse privativă de libertate .

Detaliind cele expuse mai sus, putem constata că printre măsurile neprivative de libertate aplicate încă de la pronunțarea hotărârii de condamnare se numără suspendarea condiționată, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, executarea pedepsei la locul de muncă precum și amenda penală.

Primele trei măsuri presupun aplicarea unei pedepse privative de libertate încă de la pronunțarea hotărârii de condamnare, care prin aplicarea mijloacelor de individualizare a modalității de executare a pedepselor, prin clemența instanței, urmează a nu mai fi executată în regim de detenție, executarea ei fiind suspendată fie sub condiția de a nu mai săvârși alte infracțiuni în termenul de încercare stabilit de instanță potrivit legii (suspendarea condiționată), fie sub aceeași condiție la care se adaugă și alte obligații ale condamnatului impuse de către instanță (suspendarea executării pedepsei sub supraveghere).

* Masterand, Master „Științe Penale”, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

¹ Hotca Mihai Adrian, Codul Penal, comentarii și explicații, Editura CH Beck, București, 2007, p. 721.

Printre sancțiunile penale neprivative de libertate dispuse prin hotărârea de condamnare, a căror nerespectare atrage posibilitatea aplicării unei pedepse privative de libertate putem menționa amenda penală.

Măsurile neprivative de libertate luate în cursul executării unei pedepse privative de libertate presupun aplicarea unei pedepse executabilă în stare de detenție, încă de la pronunțarea hotărârii de condamnare, ele intervenind ulterior ca modalitate de individualizare a executării pedepsei sau ca acte de clemență din partea organelor statului, ca subiect pasiv general în cazul săvârșirii de infracțiuni.

Printre măsurile din această categorie, ce au un caracter permanent, se numără liberarea condiționată, grațierea, prescripția executării pedepsei și amnistia postcondamnatorie.

Dintre acestea, doar în cazul luării primei măsuri se ține cont de comportamentul inculpatului în perioada de detenție, ea putând fi dispusă numai după trecerea unei anumite perioade de timp considerată de legiuitor îndestulătoare pentru reeducarea condamnatului, reinsertia acestuia în societate cu evitarea pe viitor a săvârșirii de noi infracțiuni de către acesta.

În cazul celorlalte măsuri, respectiv grațierea, prescripția executării pedepsei și amnistia postcondamnatorie, se constată că acestea sunt prevăzute de lege pentru anumite categorii de condamnați care îndeplinesc anumite condiții referitoare la natura infracțiunii săvârșite, perioada de timp scursă de la data săvârșirii acesteia, fără a fi pusă în executare hotărârea de condamnare sau referitoare la trecutul infracțional (spre exemplu condiția de a nu fi recidivist în cazul aplicării grațierii condiționate).

Măsurile neprivative de libertate cu caracter temporar ce pot fi luate în cursul executării pedepselor privative de libertate sunt amânarea executării pedepsei și întreruperea executării pedepsei.

Deși acestea puteau fi încadrate în aceeași categorie cu liberarea condiționată, grațierea, prescripția executării pedepsei și amnistia postcondamnatorie putem observa că acestea, sub anumite condiții, au un caracter definitiv în ceea ce privește înlăturarea executării pedepsei, pe când amânarea executării pedepsei și întreruperea executării pedepsei au un caracter temporar, fiind acordate în anumite situații speciale, numai pe o perioadă de timp strict determinată, la împlinirea căreia condamnatul are obligația de a relua executarea pedepsei într-un loc de detenție.

2. Executarea pedepselor neprivative de libertate în România

2.1. Suspendarea condiționată a executării pedepsei. Suspendarea condiționată a executării pedepsei constă în dispoziția dată de instanța de judecată, prin hotărârea de condamnare, de a se suspenda, în mod condiționat - pe o anumită perioadă de timp, denumită termen de încercare și dacă sunt îndeplinite anumite condiții - executarea pedepsei aplicate; dacă în cursul termenului de încercare, condamnatul respectă condițiile de care este legată suspendarea, el este reabilitat de drept, iar dacă nu le respectă măsura suspendării se revocă și se va proceda la executarea efectivă a pedepsei².

Dupa alți autori³, suspendarea condiționată a executării pedepsei este o instituție de drept penal și de drept execuțional penal care constă, după cum o arată și denumirea, în suspendarea sau nepunerea în executare a unei pedepse aplicată unui condamnat într-un loc de deținere, pronunțată de instanța de judecată, în anumite condiții și pe un anumit termen de încercare.

Dacă se respectă aceste condiții, pedeapsa se consideră executată, iar dacă condițiile sunt încălcate, suspendarea executării se revocă iar pedeapsa se pune în executare într-un loc de deținere.

² Stefan Danes, Vasile Papadopol, *Individualizarea judiciara a pedepselor*, Editura Juridica, pag. 297.

³ I. Oancea, *Drept execuțional penal*, Editura Juridica, 1998, p. 191.

Cu acest conținut, instituția suspendării condiționate a executării pedepsei este denumită, uneori, în teoria dreptului penal, *suspendare simplă*, spre a o deosebi de așa-numita *suspendare cu punere la încercare* și de *suspendarea condamnării* (denumită și *condamnare condiționată*) în ce privește conținutul și trăsăturile proprii fiecăreia dintre aceste instituții⁴.

În legătură cu natura juridică a suspendării condiționate a executării pedepsei, în teoria dreptului penal s-au exprimat puncte de vedere deosebite.

Unii autori au văzut în instituția examinată un *mod special de executare a pedepsei*⁵ — punct de vedere ce nu poate fi primit, deoarece constrângerea pe care o implică suspendarea condiționată nu rezultă din însăși *executarea pedepsei*, care, în fapt, nu are loc, ci din obligația impusă celui condamnat de a avea, în cursul termenului de încercare, o anumită comportare, conformă exigențelor legii penale.

Potrivit unei alte opinii, suspendarea condiționată a executării pedepsei ar fi o *sanctiune de drept penal de sine stătătoare*⁶: o măsură de siguranță sau o măsură de apărare socială, o pedeapsă morală⁷ sau o pedeapsă *sui generis*⁸.

În susținerea acestui punct de vedere s-a arătat că, sub aspectul esenței, funcțiilor și scopului său, suspendarea condiționată a executării pedepsei nu se deosebește de pedepsele propriu-zise:

- ea *constrânge*, pentru că, în tot cursul termenului de încercare, condamnatul este supus unei anumite constrângeri, se simte amenințat de o privațiune de libertate ori de plata unei amenzi;

- ea *intimidează și reeducă*, pentru că, aflându-se sub amenințarea acestor consecințe speciale, condamnatul este determinat la un autocontrol deosebit în ce privește respectarea legii penale și, până la urmă, se obișnuiește să nu o încalce, să respecte regulile de conviețuire socială;

- ea are efect de *prevenire* nu numai *special*, dar și *general*, pentru că alte persoane cu o conștiință înapoiată, văzând amenințarea sub care trăiește cel condamnat, precum și consecințele, mai grave, pe care el va fi ținut să le suporte, în cazul săvârșirii din nou a unei infracțiuni, se vor abține, la rândul lor, de la comiterea unor fapte penale.

Fără a fi o pedeapsă de sine stătătoare - căci codul n-o include în sistemul pedepselor - ea apare ca o instituție complementară menită să întregască posibilitățile pe care legea le dă instanței judecătorești pentru realizarea individualizării pedepsei și, prin aceasta, se înscrie în categoria mijloacelor de individualizare, chiar dacă nu privește determinarea felului și cuantumului pedepsei, ci numai executarea acesteia⁹.

2.2 Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere¹⁰ este o măsură de individualizare judiciară a pedepsei închisorii.

După cum reiese și din denumire, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere este o formă de suspendare condiționată a executării închisorii, în care condamnatul, pe durata termenului de încercare, este supus unor măsuri de supraveghere și de respectare a unor obligații pe care le stabilește instanța de judecată în conformitate cu legea.¹¹

⁴ R. Merle, A. Vitu, *Traite de droit criminel*, Paris, 1967, p. 608-625.

⁵ H. Schultz, *Le sursis en droit suisse*, în „Revue de science criminelle et de droit penal compare” nr. 4/1965, p. 807; L. Biro, *Drept penal. Partea generală*, Cluj, 1971, p. 260.

⁶ E. N. Martine, *La mise à l'épreuve des delinquants et les principes traditionnels du droit penal*, în „Revue de science criminelle et de droit penal compare” nr. 2/1961, p. 242; M. Ancei, *L'institution de la mise à l'épreuve*, în „Revue de science criminelle et de droit penal compare”, 1950, p. 436.

⁷ T. Pop, *Drept penal*, vol. III, Cluj, 1924, p. 311

⁸ V. Papadopol, *Cu privire la aplicarea condamnării condiționate infractorilor minori*, în „L.P.” nr. 10/1961, p. 489.

⁹ Stefan Danes, Vasile Papadopol, *Individualizarea judiciara a pedepselor*, Editura Juridica, pag. 298

¹⁰ Pagarin Maria-Sofia *Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere*, Revista Eurodreptul nr. 1, Craiova, 2006, p.36

¹¹ a se vedea în acest sens și Rodica Aida Popa, *Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere*, Revista de drept penal, nr.2, 1994, p. 113-120.

După cum s-a arătat mai sus, instituția suspendării condiționate a executării pedepsei constituie, în primul rând, un mijloc de individualizare judiciară a pedepsei, deoarece dă posibilitatea a judecătorilor să stabilească o concordanță între gradul de pericol social concret al faptei și faptuitorului și sancțiunea penală ce se aplică în cazul supus judecății.

Dacă în legătură cu acest rol al suspendării condiționate a pedepsei nu se ridică nici un fel de probleme, în schimb cu privire la faptul dacă această instituție constituie sau nu o modalitate de executare a pedepsei, în literatura juridică există mai multe opinii.

Unii consideră că suspendarea condiționată a pedepsei nu este o modalitate de executare a acesteia¹², însă s-a exprimat și părerea că suspendarea condiționată a pedepsei este și o modalitate de executare a acesteia.¹³

Această instituție constituie unul din mijloacele importante de individualizare a sancțiunii penale puse la dispoziția judecătorului și spre deosebire însă de celelalte mijloace de individualizare prevăzute în art. 72 și următoarele C. pen., suspendarea condiționată a pedepsei permite organului judiciar să se pronunțe și asupra modului de executare a pedepsei stabilite.

Constrângerea directă, care se realizează întotdeauna prin executarea propriu-zisă a pedepsei, este înlocuită în acest caz cu o constrângere indirectă, care se exercită tocmai datorită acordării suspendării condiționate.

În cursul termenului de încercare, condamnatul este amenințat că va executa și pedeapsa suspendată dacă va săvârși din nou o infracțiune.¹⁴

Tot în acest sens s-a exprimat și savantul I. Oancea¹⁵, care consideră că suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei este o instituție care privește, după obiectul ei, executarea pedepsei și în special individualizarea executării pedepsei, fiindcă: a) însăși denumirea ei privește suspendarea executării pedepsei; b) ea este condiționată și, dacă nu se respectă condițiile, ea se revocă și executarea se va face într-un loc de deținere; c) criteriile suspendării privesc utilitatea și îndeplinirea scopului executării (îndreptarea condamnatului); d) suspendarea se face de către instanța de judecată în două momente, odată cu privire la felul și cuantumul (durata) pedepsei și, apoi cu privire la executarea pedepsei (în penitenciar) sau în libertate, sub forma suspendării executării.

Importanța instituției suspendării condiționate ajută, stimulează pe unii condamnați ca să nu mai comită infracțiuni și, în felul acesta, contribuie la îndreptarea acestor condamnați, fără a fi nevoie de executarea pedepsei, ferește o serie de condamnați de mediul penitenciarelor, care, oricât de bine ar fi organizat, tot mai exercită o influență negativă asupra unor condamnați, îndeosebi, asupra condamnaților primari.

Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere a fost introdusă în Codul penal român prin Legea nr. 104 din 1 octombrie 1992, în Secțiunea III¹(art.81¹-86⁶) și este de inspirație franceză.

Legiuitorul nu dă o definiție a instituției suspendării executării pedepsei sub supraveghere ci dispune prin art. 86¹ Cod penal Român, doar condițiile de aplicare a instituției.

Constatăm așadar, că definițiile în domeniu nu sunt definiții legale, ci definiții doctrinare, motiv pentru care vom încerca, pe baza definițiilor doctrinare ale instituției, să tragem câteva concluzii și să formulăm, la rândul nostru, o definiție care să acopere întinderea acesteia în ce are ea caracteristic.

Pentru demersul nostru avem în atenție câteva definiții doctrinare ale instituției suspendării executării pedepsei sub supraveghere.

¹² Gh. Dărăngă, *Codul penal al României comentat și adnotat*, Editura Științifică, București, 1972, p. 470

¹³ Pagarin Maria-Sofia *Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere*, Revista Eurodreptul nr. 1, Craiova, 2006, p.36

¹⁴ V. Dobrinoiu, I. Pascu, V. Lazăr, Gh. Nistoreanu, I. Molnar, Al. Boroi, *Drept penal, Partea generală*, Editura Didactică și pedagogică, R.A. – București, 1992, p. 341.

¹⁵ I. Oancea, *Tratat de drept penal, Partea generală*, Editura ALL, București, 1994, p.276-277

Astfel, Constantin Mitrache și Cristian Mitrache consideră suspendarea executării pedepsei sub supraveghere ca o măsură de individualizare judiciară a pedepsei închisorii. Ei consideră, de asemenea, că suspendarea executării pedepsei sub supraveghere este o formă de suspendare condiționată a executării închisorii în care condamnatul, pe durata termenului de încercare, este supus unor măsuri de supraveghere și de respectare a unor obligații pe care le stabilește instanța de judecată, în conformitate cu legea.

Și, continuă autorii, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere se deosebește de suspendarea condiționată a executării pedepsei prin condițiile în care se poate dispune, precum și prin obligațiile ce revin condamnatului pe durata termenului de încercare.

Într-adevăr, autorii surprind, în câteva cuvinte, esența instituției, însă, considerăm că definiția acesteia se confundă oarecum cu cea a instituției suspendării condiționate a executării pedepsei, deși, ulterior, revin în ceea ce privește diferența dintre acestea.

Ștefan Daneș și Vasile Papadopol, completând definiția suspendării condiționate a executării pedepsei a lui Constantin Bulai, consideră că suspendarea executării pedepsei sub supraveghere este o formă specifică de suspendare condiționată a executării pedepsei care, spre deosebire de suspendarea simplă, implică supunerea condamnatului, pe durata termenului de încercare, unor măsuri de supraveghere speciale și cerinței ca acesta să respecte anumite obligații stabilite de instanța de judecată, în temeiul legii.

Și, continuă autorii, în acest caz, condamnatul este supus sub supravegherea organelor judiciare, cadrul de aplicare a noii instituții este mai larg decât acela al suspendării simple, ceea ce înseamnă că un număr sporit de persoane condamnate au, în principiu, vocația de a beneficia de posibilitatea de a nu fi supuse, în mod obiectiv, executării pedepsei în regim de detenție. .

Alexandru Boroș, Mirela Gorunescu și Mihaela Popescu¹⁶, consideră suspendarea executării pedepsei sub supraveghere ca un mod de executare a pedepsei cu închisoarea în afara locurilor de deținere, asemănător cu suspendarea condiționată.

Elementul care diferențiază determinant cele două instituții este gravitatea faptei pentru care se poate dispune, în acest caz nivelul de pericolozitate socială reflectat în sancțiunea aplicată fiind mai ridicat.

Spre deosebire de celelalte definiții, autorii surprind faptul că una din diferențele esențiale între cele două instituții este dată de gravitatea faptei pentru care se poate dispune.

Din definițiile și considerațiile de mai sus putem trage mai multe concluzii referitoare la instituția suspendării executării pedepsei sub supraveghere și anume că este o formă de individualizare a pedepsei, este o formă de manifestare a suspendării condiționate a executării pedepsei, de care se deosebește prin condițiile în care poate fi dispusă și, lucru foarte important în opinia noastră, prin gravitatea faptei pentru care se dispune, instituie obligativitatea persoanei condamnate ca, pe durata termenului de încercare să respecte anumite măsuri și obligații dispuse de instanța de judecată, supravegherea se efectuează de către organe judiciare sau alte organe, care, potrivit legii, pot executa această activitate, măsurile și obligațiile dispuse de instanță fiind legale, ca și organele abilitate a executa supravegherea specială.

Față de cele afirmate, se poate considera că instituția executării pedepsei sub supraveghere poate fi definită astfel: „suspendarea executării pedepsei sub supraveghere reprezintă o măsură de individualizare a sancțiunilor de drept penal, din categoria alternativelor la detenție – ca măsură neprivativă de libertate – care poate fi dispusă de instanța de judecată sub condiție rezolutorie, prin plasarea condamnatului sub o supraveghere specială a măsurilor și obligațiilor stabilite prin sentința penală, în condițiile legii”.

¹⁶ Alexandru Boroș, Mirela Gorunescu, Mihaela Popescu, *Dicționar de drept penal*, Ed. All Beck, București, 2004, p.386

2.3 Pedeapsa închisorii cu executare la locul de muncă. Introdusă în legislația noastră penală prin legea nr. 6/1973, sub denumirea de „muncă corecțională” (art. 86¹-86⁷ C. pen.), dar având un câmp de aplicare restrâns, instituția executării prin muncă, fără privare de libertate, a primit, parțial, o nouă reglementare - destinată, în principal, a-i extinde sfera de incidență - prin Decretul nr. 218/1977, ulterior abrogat prin Legea nr. 104/1992.

Potrivit art. 1 din acel decret, în cazul faptelor prevăzute de legea penală pentru care pedeapsa aplicată nu depășește 5 ani închisoare, instanțele judecătorești, ținând seama de criteriile indicate în cuprinsul textului, puteau dispune ca *executarea pedepsei* să se facă prin muncă, fără privare de libertate, în unitatea în care făptuitorul este încadrat sau în altă unitate, în fabrici, pe șantiere, în unități agricole sau forestiere ori în alte unități economice.

Din prevederile menționate rezultă că, în cadrul operației de *individualizare a pedepsei*, instanța stabilea mai întâi *genul* și un anumit *quantum* al acesteia și, apoi, dacă a aplicat pedeapsa închisorii, în măsura în care erau îndeplinite cerințele legii, dispunea un *alt mod de executare* a ei decât prin privare de libertate, și anume prin muncă în una dintre unitățile sus-arătate.

Individualizarea pedepsei se realizează, așadar, în doi timpi - unul privind *genul* și *quantumul* sancțiunii, iar celălalt *modul de executare* — însă aceștia, deși distincți, alcătuiesc totuși o operație unică, cu un obiectiv unic: determinarea celui mai adecvat tratament penal în cazul concret.

În regimul reglementat prin Legea, nr. 104/1992, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 86⁷-86¹¹ C. pen. cuprinse în secțiunea a III-a² „Executarea pedepsei la locul de muncă”, executarea sancțiunii prin muncă nu este o pedeapsă de sine stătătoare, un anumit gen de pedeapsă, ci un *mijloc de individualizare a pedepsei*, prin stabilirea unui anumit mod de executare a acesteia.

2.4 Amendă penală. Potrivit art. 53 pct. 1 lit. c cod pen. astfel cum a fost modificat prin art. I din legea 278/2006, amenda de la 100 lei la 50.000 lei reprezintă singura pedeapsă penală neprivativă de libertate.

Potrivit art. 63 din codul penal al României¹⁷, pedeapsa amenzii consta în suma de bani pe care infractorul este condamnat să o plătească și ori de câte ori legea prevede ca o infracțiune se pedepsește numai cu amenda, fără a-i arăta limitele, minimul special al acesteia este de 150 lei, iar maximul de 10.000 lei.

Când legea prevede pedeapsa amenzii fără a-i arăta limitele, alternativ cu pedeapsa închisorii de cel mult un an, minimul special al amenzii este de 300 lei și maximul special de 15.000 lei, iar când prevede pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii mai mare de un an, minimul special este de 500 lei și maximul special de 30.000 lei.

În caz de aplicare a cauzelor de atenuare sau de agravare a pedepselor, amenda nu poate să depășească limitele generale arătate în art. 53 pct. 1 lit. c), respectiv de la 100 lei la 50000 lei.

Se mai arată că amenda se stabilește ținându-se seama de dispozițiile art. 72 privind criteriile generale de individualizare a pedepselor, fără a-l pune însă pe infractor în situația de a nu-și putea îndeplini îndatoririle privitoare la întreținerea, creșterea, învățătura și pregătirea profesională a persoanelor fata de care are aceste obligații legale.

2.5 Liberarea condiționată.

În dreptul român, liberarea condiționată a fost introdusă prin legea de organizare a închisorilor din 1874, însă numai pentru minori, cu caracter de generalitate fiind introdusă abia prin legea penitenciarelor din 1929.

Codul Penal de la 1936 prevedea liberarea condiționată ca ultimă etapă a regimului progresiv al executării pedepsei închisorii. Instituția a fost în vigoare până în 1950, când a fost înlocuită cu liberarea înainte de termen, care consta în punerea în libertate necondiționată înainte de termen, a

¹⁷ Codul Penal Republicat adoptat prin Legea nr. 15 din 1968, publicat în: Buletinul Oficial Nr. 55 - 56 din 23 aprilie 1973

condamnatului, pe baza muncii prestate și cu condiția bunei conduite în timpul executării pedepsei. Ea a fost mai amplu reglementată prin Decretul nr. 720/ 1956 și a rămas în vigoare până la 1 ianuarie 1969, când a fost abrogat și a fost reintrodusă prin punerea în vigoare a noului cod penal, instituția liberării condiționate. S-a considerat că liberarea condiționată este preferabilă liberării înainte de termen.

Prin Legea nr. 140/1996, instituția liberării condiționate a fost modificată în sensul măririi fracțiunilor de pedeapsă pe care condamnatul trebuie să le execute pentru a obține liberarea condiționată.

Scopul executării pedepsei, potrivit legii penale (art. 52, alin. 2, Cod penal), este formarea unei atitudini corecte față de muncă, față de ordinea de drept și față de regulile de conviețuire socială.

În anumite cazuri, funcția reeducativă a pedepsei se poate realiza înainte de executarea ei integrală, prin privare de libertate și, ca atare, condamnații respectivi pot fi eliberați condiționat, dacă sunt întrunite anumite condiții legale. Această posibilitate constituie un stimulente important pentru reeducarea lor.

Liberarea condiționată este o instituție de drept penal material (substanțial) complementară regimului executării pedepsei închisorii la un loc de deținere, pe care o pot dispune instanțele de judecată cu privire la orice condamnat. Ea este deci o formă de înlăturare condiționată a continuării executării pedepsei, deoarece condițiile trebuie îndeplinite atât înainte de a fi acordată, cât și pentru a deveni definitivă.¹⁸

Ea este un mijloc de individualizare administrativă a executării pedepsei închisorii la locul de deținere.

„Liberarea condiționată” are avantajul că se efectuează în faza de executare a pedepsei închisorii, când condamnatul este sub observația administrației penitenciarului, care îl poate cunoaște mai bine și mai profund, după conduita lui, după muncă și după unele semne reale de îndreptare.

3. Concluzii

În doctrina dreptului procesual penal roman, problema executării pedepselor în regim neprivativ de libertate a constituit și constituie în continuare obiectul de preocupare a numeroși cercetători. În același timp, în aceeași măsură, reține atenția autorităților legislative române. De asemenea, este cunoscut că în jurisprudență instituțiile care vizează executarea pedepselor în regim neprivativ de libertate sunt privite și aplicate cu deosebită atenție, în vederea realizării funcționalității pe care acestea le au potrivit legii.

Este firesc ca perfecționarea sistemului și, în cadrul acestuia, executarea pedepselor în regim neprivativ de libertate, să polarizeze atenția deopotrivă a legiuitorului, a cercetării științifice și a jurisprudenței, deoarece incidența normelor juridice din acest domeniu arată măsura în care sunt ocrotite și, în același timp, îngădite drepturile și libertățile fundamentale ale omului într-un context în care pe plan național și internațional, se acordă o atenție deosebită acestora.

Referințe bibliografice

- Stefan Danes, Vasile Papadopol, Individualizarea judiciara a pedepselor, Editura Juridica
- I. Oancea, Drept execuțional penal, editura Juridica, 1998
- R. Merle, A. Vitu, Traite de droit criminel, Paris, 1967
- H. Schultz, Le sursis en droit suisse, în „Revue de science criminefie et de droit penal compare” nr. 4/1965, L. Biro, Drept penal. Partea generală, Cluj, 1971

¹⁸ Pavel Cocoș Mircea, „Liberarea condiționată – teză de doctorat”, 1980, Biblioteca Facultății de drept, București.

- E. N. Martine, La mise à l'épreuve des delinquants et les principes traditionnels du droit penal, în „Revue de science criminelle et de droit penal compare” nr. 2/1961, p. 242; M. Ancei, L'institution de la mise à l'épreuve, în „Revue de science criminelle et de droit penal compare”, 1950
- T. Pop, Drept penal, vol. III, Cluj, 1924
- V. Papadopol, Cu privire la aplicarea condamnării condiționate infractorilor minori, în „L.P.” nr. 10/1961
- Stefan Danes, Vasile Papadopol, Individualizarea judiciara a pedepselor, Editura Juridica
- Rodica Aida Popa, Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, Revista de drept penal, nr.2, 1994
- Gh. Dărăngă, Codul penal al României comentat și adnotat, Editura Științifică, București, 1972
- V. Dobrinou, I. Pascu, V. Lazăr, Gh. Nistoreanu, I. Molnar, Al. Boroi, Drept penal, Partea generală, Editura Didactică și pedagogică, R.A. – București, 1992
- I. Oancea, Tratat de drept penal, Partea generală, Editura ALL, București, 1994
- Constantin Bulai, Drept penal român, Partea generală, vol. II, București, 1979
- Alexandru Boroi, Mirela Gorunescu, Mihaela Popescu, Dicționar de drept penal, Ed. All Beck, București, 2004

MĂSURILE EDUCATIVE SISTEM DE SANȚIONARE ȘI FINALITATE

Costina-Dorina OLTEANU *

Abstract:

The main purpose of this paper is to highlight not only those exceptions of common law regarding the sanctioning system applicable to minors but also the main purpose that it involves the application of educational measures and punishment for minors who commit offenses classified as crimes by criminal law in relation to both their personality and the other members of society who see themselves threatened in their fundamental values by the delinquent conduct of minors. In presenting the content of paper I took into account the regulation of both legislature joined in the current criminal code and the new criminal code which has a through command of new and different aspects to those in force.

Cuvinte cheie: Măsuri educative, Sistemul de sancționare al minorilor, Pedepsele aplicabile minorilor, Delincvența juvenilă, Răspunderea minorilor.

1. Introducere

Fenomenul de devianță penală al minorilor, cunoscut sub denumirea de delicvența juvenilă, se manifestă în țara noastră tot mai intens în ultima perioadă și de aceea s-a născut și necesitatea din partea societății de a se apăra față de aceste persoane care, chiar dacă ei cunosc o anumită situație specială datorită vârstei și caracteristicilor fizice și psihice, faptele săvârșite de minori aduc prejudicii și produc consecințe nefaste pentru întreaga societate. Dată fiind situația specială a minorilor care săvârșesc fapte prevăzute de legea penală, dată pe de o parte de lipsa capacității de înțelegere a semnificației sociale a pedepselor și a consecințelor faptelor lor, iar pe de altă parte de necesitatea adoptării unor măsuri care să înlăture aceste consecințe, s-a pus problema adoptării măsurilor educative, o problemă destul de controversată și mult discutată.

Problema este cu atât mai actuală cu cât în România fenomenul infracțional în rândul minorilor a cunoscut o recrudescență îngrijorătoare pe fondul criminalității în creștere.

Lucrarea are drept scop prezentarea sistemului de sancționare aplicabil minorilor potrivit legislației actuale dar și potrivit dispozițiilor noului Cod Penal, dispoziții care prevăd o altă fațetă a acestui sistem sancționator. Pe de altă parte, se impune a se sublinia diferența dintre sistemul sancționator aplicabil minorilor și cel aplicabil majorilor, în funcție de caracteristicile fizice și psihice ale minorilor. În conținutul lucrării sunt prezentate și câteva aspecte relevante în ceea ce privește procedura judiciară în cauzele referitoare la minori.

Plasat de cele mai multe ori în aria inadaptării sociale, a tulburărilor de comportament și personalitate, fenomenul de delincvență juvenilă implică o serie de probleme complexe, ce nu pot fi evidențiate și soluționate doar din perspectiva unei singure discipline- a dreptului penal-. De aceea cercetarea științifică în acest domeniu are un pronunțat caracter inter și multidisciplinar, presupunând abordarea din diferite unghiuri de vedere – sociologic, psihologic, psihiatric, pedagogic, criminologic - a motivațiilor și cauzelor comportamentului delinvent juvenil. Pentru a înțelege cauzele comportamentului delinvent al minorilor și pentru a adopta o atitudine corespunzătoare, au fost efectuate numeroase studii detaliate asupra trăsăturilor individuale și a variabilelor sociale ce caracterizează situația de viață a minorilor și tinerilor, ca și asupra mecanismelor etiologice de

* Student, **Facultatea de Științe Juridice- Pitești**; (e-mail:costina.dorina_olteanu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ.dr. Gheorghe Diaconu

producere a delincvenței. Pe baza acestor studii, pe baza diverselor opinii și cercetări realizate în domeniu se sprijină actualul sistem de sancționare aplicat minorului.

Cercetările efectuate asupra delincventului minor au scos în evidență faptul că acesta se caracterizează printr-un nivel de imaturitate din punct de vedere al caracterului care prezintă următoarele aspecte: autocontrol insuficient, impulsivitate și agresivitate, subestimarea greșelilor și a actelor disociale sau antisociale comise, indolență, indiferență și dispreț față de muncă, tendințe egocentrice, absența sau insuficientă dezvoltare a unor motive superioare, de ordin social și a sentimentelor etico-morale, dorința realizării unei „vieți ușoare” fără muncă. Factorii ce determină delincvența juvenilă pot fi împărțiți în două mari categorii: factori interni, individuali și factori externi, sociali. În prima categorie se includ particularitățile și structura neuropsihică, particularitățile ale personalității în formare. În a doua categorie intră factori socio-culturali, economici, socio-afectiv și educaționali din cadrul grupurilor umane în care trebuie să se integreze treptat, copilul și tânărul începând cu familia.

Elaborarea unui cadru legal prin care să se reglementeze sistemul de reeducare al minorului infractor este rezultatul unui proces istoric îndelung. De-a lungul timpului legiuitorii s-au preocupat să găsească soluții prin care să prevină și să combată acele manifestări ale minorilor care puneau în pericol valorile fundamentale ale societății.¹

2. Sistemul de sancționare a minorului

În România, actualul Cod Penal, intrat în vigoare de la 1 ianuarie 1969 a instituit un sistem de sancțiuni pentru minori special, în paralel cu sistemul sancționator de drept comun.

Legiuitorul a fost nevoit să țină cont de situația particulară a acestor persoane, situație care se caracterizează prin vârstă fragedă, adică nedezvoltare fizică și psihică și neputința de a conștientiza consecințele faptelor lor. Prin urmare, prin sistemul sancționator aplicat trebuie să se aibă în vedere mai întâi un scop preventiv- prevenție preinfracțională- acționându-se în scopul ocrotirii minorilor expuși să devină infractori și ulterior trebuie să fie impuse măsuri care să îmbine severitatea sancțiunii penale cu grija pentru educarea și reeducarea minorilor, pentru completarea lacunelor educației lor anterioare și pentru redarea lor societății pentru a contribui la dezvoltarea acesteia- prevenția postinfracțională-.

Minoritatea reprezintă starea bio-fiziologică a unei persoane care are vârsta până în 18 ani, dar și starea socio-juridică a individului. Minoritatea cunoaște trei perioade: minorii cu vârsta până în 14 ani, care nu răspund penal indiferent de gravitatea faptei, operând o prezumție absolută de nerăspundere penală în favoarea lor, minorii cu vârsta între 14 și 16 ani, care răspund penal dacă au discernământul faptelor lor și proba existenței lui revine instanței de judecată, așadar în ce privește această categorie de minori, în favoarea lor este instituită prin legea penală o prezumție relativă de nerăspundere penală și cea de-a treia categorie, minorii cu vârsta între 16 și 18 ani, de această dată discernământul este prezumat, urmând ca minorul să facă dovadă lipsei acestuia. Actualul Cod Penal reglementează sistemul sancționator aplicabil minorilor în art. 99.² Limita superioară a vârstei până la care o persoană este considerată minor este de 18 ani, neavând importanță dacă minorul a dobândit capacitate deplină de exercițiu prin căsătorie.

Actualul sistem de sancționare aplicabil minorilor este unul mixt, alcătuit din măsuri educative pe de o parte și din pedepse, pe de altă parte. Trăsătura specifică acestui sistem sancționator este dată de componenta măsurilor educative, sancțiuni de drept penal cu caracter

¹ Traian Dima, *Drept penal- parte generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 5-6;

² ” minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu răspunde penal; minorul care are vârsta între 14 și 16 ani răspunde penal, numai dacă se dovedește că a săvârșit fapta cu discernământ; minorul care a împlinit vârsta de 16 ani răspunde penal”

eminamente educativ, aplicate unor personalități în formare și susceptibile de influențare. Acest gen de măsuri sunt adecvate condițiilor fizice și psihice care sunt caracteristice minorilor în comparație cu adulții. Trebuie, de asemenea, menționat faptul că pedepsele aplicabile minorilor se deosebesc de cele aplicate adulților nu prin natura lor, ci mai ales prin modul de aplicare și executare. Comparativ cu sistemul sancționator aplicabil majorilor, acest sistem apare mult mai blând și acesta este motivul pentru care minoritatea, alături de tentiva, este o cauză de diferențiere și o stare de atenuare a pedepsei.³

Rațiunea unui asemenea sistem se bazează pe de o parte pe faptul că fiind vorba de minori, adică persoane aflate în dezvoltare, ei trebuie sprijiniți în a se îndrepta și a se adapta vieții sociale, iar pe de altă parte, față de aceste persoane, sancțiunea trebuie să îndeplinească o funcție de reeducare în principal și în subsidiar, una de constrângere.

3. Criterii de alegere între măsurile educative și pedepsele

Deoarece în cazul infracțiunilor săvârșite de minori trebuie să se aplice fie o măsură educativă, fie o pedeapsă, instanță este obligată să aprecieze și să aplice una dintre cele două categorii de sancțiuni, după care trebuie să procedeze la alegerea uneia dintre măsurile educative sau a uneia dintre pedepsele prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită. Operațiunea de individualizare a pedepsei este una complexă așa cum rezultă din cele prezentate mai sus. Legea penală pune la dispoziția instanței criteriile de alegere și de aplicare a sancțiunilor. Aceste criterii sunt prevăzute de art. 100 alin 1 C. pen.

Criteriile obiective prevăzute de C. pen. sunt:

- gradul de pericol social al faptei săvârșite;
- starea fizică a minorului;
- dezvoltarea intelectuală și morală a minorului;
- comportarea minorului;
- condițiile familiale și mediul social în care minorul a fost crescut și a trăit;
- alte elemente de natură să caracterizeze persoana minorului- de pildă, stăruința la învățătură, în muncă, anturajul frecventat, vârsta, antecedentele sociale înainte de săvârșirea infracțiunii, etc-

După ce instanță de judecată a aplicat aceste criterii și a dispus, în urma individualizării aplicarea unei măsuri educative, fie a unei pedepse, urmează să aprecieze care dintre măsurile educative sau care dintre pedepsele prevăzute de lege se vor aplica minorului, utilizând de această dată criteriile prevăzute de art. 72 C. pen.⁴ De menționat este faptul că instanța trebuie să recurgă la pedepse numai în măsura în care luarea unei măsuri educative s-ar dovedi a fi ineficientă în îndreptarea minorului, reieșind din această împrejurare caracterul excepțional pe care îl au pedepsele.

4. Măsurile educative

Măsurile educative sunt sancțiuni de drept penal care se aplică de sine stătător, în cazul săvârșirii de infracțiuni de către făptuitorii minori și sunt destinate să asigure educarea și reeducarea acestora prin supraveghere, instruire școlară și profesională. În comparație cu pedepsele aplicate majorului unde principala funcție este cea coercitivă, la măsurile educative preponderent este caracterul educativ, neconstituindu-se în antecedente penale pentru minorul față de care a fost măsură

³ Costică Bulai, Manual de drept penal, Ed. All, Buc., 1997, p. 575;

⁴ ” La stabilirea și aplicarea pedepselor se ține seama de dispozițiile părții generale ale acestui cod, de limitele de pedeapsă fixate în partea specială, de gradul de pericol social al faptei săvârșite, de persoană infractorului și de împrejurările care atenuază sau agravează răspunderea penală”.

dispusă.⁵ Art. 101 din C. pen. prevede următoarele măsuri educative care pot fi luate față de minori: Mustrarea; Libertatea supravegheată; Internarea într-un centru de reeducare; Internarea într-un institut medical educativ.

A. Mustrarea- art. 102 C. pen.- este măsura educativă cea mai ușoară aplicată

minorului ce are un caracter moral și constă în dojenirea, în arătarea pericolului social al faptei săvârșite, în sfătuiră minorului în legătură cu comportamentul său pe viitor și avertizându-l totodată că dacă va mai săvârși o nouă infracțiune, i se va aplica o măsură mai aspră sau o pedeapsă. Aceasta măsură se aplică minorului care este încă sub influența deprinderilor și mentalităților copilăriei, care a săvârșit o infracțiune cu un grad de pericol social scăzut iar în mediul de familie găsește un sprijin moral corespunzător pentru a-i trezi conștiința și pentru a se îndrepta. În ceea ce privește executarea acestei măsuri, ea se execută de îndată, în ședința în care s-a pronunțat hotărârea. Dacă însă, din orice împrejurări, măsură nu poate fi executată de îndată după pronunțare, se fixează un termen pentru când se dispune aducerea minorului, citându-se și părinții, sau tutorele său curatorele ori persoană în îngrijirea căreia sau supravegherea căreia se afla minorul. Deși legea nu prevede în mod expres, măsură educativă prezentată mai sus nu poate fi aplicată în situația în care minorul, la data judecării era major.⁶

B. Libertatea supravegheată- art. 103 C. pen.- Măsură libertății supravegheate este cea de-a doua măsură educativă ce poate fi luată, după mustrare, constând în lăsarea minorului în libertate pe timp de 1 an, sub supraveghere deosebită. Măsură este temporară și durata este limitată, neputând fi nici scurtată dar nici prelungită, așadar, măsură nu poate fi luată față de minorul care are vârsta peste 17ani. Supravegherea ține de esența acestei măsuri, putând fi încredințată, după caz, părinților, adoptatorului sau tutorelui, iar în cazul în care aceste persoane nu pot asigura supravegherea în condiții corespunzătoare, supravegherea va fi încredințată unor persoane de încredere- de regulă, o ruda- sau unei insituuții însărcinate cu supravegherea minorilor.⁷ După ce a fost dispusă aceasta măsură educativă, instanță are obligația de a încunoștiința școală unde minorul învața sau unitatea unde minorul este angajat și instituția unde prestează o activitate stabilită de instanță. În ceea ce privește conținutul acestei măsuri, instanță de judecată instituie atât în sarcina minorului cât și în sarcina persoanei căreia i s-a încredințat minorul anumite obligații.

a) Obligațiile impuse persoanei căreia i s-a încredințat minorul sunt:

- îndatorirea de a veghea îndeaproape asupra minorului, în scopul îndreptării lui;
- înștiințarea de îndată a instanței de executare 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;

b) Obligații impuse minorului:

Instanță, după aplicarea măsurii educative a libertății supravegheate, atrage atenția minorului asupra îndatoririlor sale de a urma sfaturile și îndrumările persoanei sub responsabilitatea căreia este pus și asupra consecințelor pe care le are comportarea sa atât în cazul unei bune conduite, cât și în cazul în care nu își respectă îndatoririle, inclusiv în cazul săvârșirii unei noi infracțiuni. În plus, instanță poate impune minorului respectarea pe termenul de încercare de 1 an a uneia sau mai multor obligații, de pildă:

- să nu frecventeze anumite locuri stabilite- de exemplu, discoteci, restaurante, etc-;
- să nu intre în legătură cu anumite persoane;
- să presteze o activitate neremunerată într-o instituție de interes public, fixată de instanță, cu o durată între 50 și 200 de ore, de maximum 3 ore pe zi, după programul de școală, în zilele nelucrătoare și în vacanță.

⁵ Valerică Lazăr, Ilie Pascu, Drept penal, parte specială, Ed. Lumina Lex, Buc., 2003, pp.435-435;

⁶ Gheorghe Diaconu, Drept penal, parte generală, Ed. Lumina Lex, București, 2008, pp. 227-228;

⁷ Alexandru Boroi, Drept penal, parte generală, Ed. CH. Beck, București, 2008, pp. 361-362;

Supravegherea respectării de către minor a acestor obligații se face de către un organism specializat numit Serviciul de probațiune care funcționează pe lângă fiecare tribunal, care, în situația în care constată că minorul nu respecta obligațiile impuse de instanță sesizează instanță de executare în vederea revocării libertății.⁸ Efectele juridice ale acestei măsuri sunt diferite, în funcție de cum minorul a respectat sau nu obligațiile impuse de către instanță, cu alte cuvinte, se ține cont de conduită acestuia pe perioada de 1 an cât durează măsură.

În situația în care minorul a respectat obligațiile și a avut o conduită corespunzătoare pe durata de încercare, la expirarea termenului de 1 an, deși legea nu prevede în mod expres, libertatea supravegheată se transformă într-o libertate deplină și fără supraveghere, măsură încetând în aceste condiții.

În ipoteza în care însă minorul, înăuntrul termenului de 1 an se sustrage de la supraveghere sau are purtări rele ori săvârșește o nouă faptă prevăzută de legea penală, măsură libertății supravegheate va fi revocată și instanță va lua fața de minor măsura internării într-un centru de reeducare sau va aplica o pedeapsă, în funcție de circumstanțele speței.⁹

C. Internarea într-un centru de reeducare- art. 104 C. pen.- Este o măsură educativă privativă de libertate ce constă în internarea minorului care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală într-un centru de reeducare, pe o perioadă nedeterminată, însă nu poate dura, de regulă, decât până la împlinirea vârstei de 18 ani. Aceasta măsură este dispusă împotriva minorului căruia aplicarea celorlalte măsuri educative s-au dovedit a fi neîndestulătoare. Deși este numită măsură educativă, în realitate este o măsură de reeducare, deoarece principalul scop al acestei măsuri este reeducare minorului, scop care urmează a fi atins prin posibilitatea oferită minorului internat de a dobândi învățătura necesară și o pregătire profesională potrivită cu aptitudinile și caracteristicile personalității sale.¹⁰ Deoarece procesul de reeducare al minorului este unul complex care presupune o cunoaștere temeinică a personalității minorului, instanțele trebuie să manifeste o atenție sporită atunci când dispun aplicarea acestei măsuri.

Condițiile aplicării unei asemenea măsuri sunt:

- minorul trebuie să aibe vârsta între 14-18 ani;
- să fi săvârșit o infracțiune;
- celelalte măsuri educative prezentate anterior nu sunt suficiente pentru reeducarea minorului;
- internarea sa se facă în scopul reeducării minorului, al dobândirii învățăturii și pregătirii profesionale necesare;

Durata internării, așa cum dispune art. 106 din C. pen., este nedeterminată, însă nu poate dura decât până la împlinirea vârstei majoratului. Din textul legal ar rezulta că aceasta măsură ar înceta de drept la împlinirea vârstei de 18 ani, însă instanță poate dispune prelungirea internării pe o durată de cel mult 2 ani, dacă aceasta prelungire este necesară pentru realizarea scopului internării, prelungire care operează chiar atunci când minorul a devenit major.¹¹ După trecerea unui an de la momentul dispunerii măsurii, minorul internat poate fi eliberat, dacă a dat dovezi de îndreptare, de sânguință la învățătură și de însușire a pregătirii profesionale. Liberarea se dispune de către instanță care a luat măsura internării. Dacă însă în timpul liberării minorul are o comportare necorespunzătoare, instanță poate revoca liberarea, revocare care are un caracter facultativ. În ipoteza în care în perioada internării sau a liberării minorul săvârșește din nou o faptă penală, instanță poate să îi aplice o

⁸ Gheorghe Diaconu, Drept penal, parte generală, Ed. Lumina Lex, București, 2008, pp. 229-230;

⁹ Traian Dima, Drept penal- parte generală, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 282-283;

¹⁰ Costica Bulai, Manual de drept penal, Ed. All, Buc., 1997, pp. 577-578;

¹¹ Gheorghe Diaconu, Drept penal, parte generală, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 234;

pedeapsă, revocând măsură internării sau, dacă aplicarea pedepsei nu este necesară, menține internarea și revocă liberarea.¹²

D. Internarea într-un institut medical educativ- art. 105 C. pen.- Este cea de-a doua măsură educativă privativă de libertate care are un caracter mixt: medical și educativ. Aceasta măsură este dispusă de instanță de judecată împotriva unui minor care răspunde penal pentru fapta săvârșită dar care suferă de anumite deficiențe fizice- deficiențe de auz, vâz, tuberculoză sau diferite boli- sau de anumite deficiențe psihice care nu îi afectează discernământul- înapoiere mintala-¹³ Minorul față de care se ia măsură internării într-un institut medical educativ, din moment ce răspunde penal înseamnă că este susceptibil de a fi educat, însă starea lui fizică sau psihică reclamă în primul rând o anumită îngrijire medicală iar în al doilea rând un regim educativ special, care poate fi efectuat concomitant cu tratamentul medical. Măsura se ia pe o perioadă nedeterminată însă nu poate dura mai mult decât vârsta de 18 ani. Deși măsura trebuie să înceteze de drept la împlinirea vârstei de 18 ani, durata poate fi prelungită pe o durată de maxim 2 ani dacă această prelungire este necesară pentru atingerea scopului care s-a urmărit la momentul la care instanță a dispus măsură. Dacă înaintea împlinirii vârstei de 18 ani, ca urmare a tratamentului administrat minorul se însănătoșește, măsura internării poate fi ridicată. După ridicarea măsurii, în funcție de situația concretă, de natură și gravitatea infracțiunii săvârșite care a atras internarea, precum și de conduită minorului pe timpul internării, instanță poate fie să nu mai dispună nicio altă măsură ridicând-o pe cea inițială fie să ia fața de minor măsură internării într-un centru de reeducare. Măsura educativă poate înceta prin revocare, atunci când pe perioada internării minorul săvârșește o infracțiune pentru care instanță apreciază că este necesar a fi aplicată pedeapsa închisorii, aceasta dispune revocarea măsurii și aplicării pedepsei, pedeapsa care va fi executată în penitenciare anume stabilite. Dacă instanță apreciază însă că nu este necesară aplicarea pedepsei închisorii, va menține pedeapsa internării în institutul medical educativ.¹⁴

5. Pedepsele aplicabile minorilor infractori

A. Inchisoarea- Așa cum am discutat și anterior, pedeapsa închisorii are un caracter excepțional în cazul minorilor și este aplicată în situația unor fapte cu pericol social ridicat și numai dacă se apreciază că măsura educativă nu este suficientă pentru îndreptarea minorului. Limitele pedepsei închisorii aplicate minorilor se determina prin deviație, adică limitele pedepsei închisorii- minimul și maximum special- prevăzute în Partea Specială a Codului sau în legile speciale pentru infracțiunile săvârșite de majori, se reduc la jumătate. Reducerea la jumătate a limitelor închisorii are loc în toate cazurile, indiferent de variantele de incriminare a faptei- tip, agravată, atenuată- pentru care legea prevede o pedeapsă distinctă. Potrivit art. 109 alin. 2 C. pen., când legea prevede pentru o infracțiune pedeapsa detențiunii pe viață, minorului i se aplică închisoarea de la 5 la 20 de ani.¹⁵ Când pentru infracțiunea săvârșită, în norma de incriminare este prevăzută pedeapsa detențiunii pe viață alternativ cu pedeapsa închisorii, instanță trebuie să aleagă între pedepsele alternative după care va proceda potrivit art. 109 C. pen.¹⁶ În situația în care același minor a săvârșit mai multe infracțiuni concurente pentru care, pentru unele a fost dispusă pedeapsa închisorii iar

¹² Alexandru Boroi, Drept penal, parte generală, Ed. CH. Beck, București, 2008, p. 363;

¹³ Costica Bulai, Manual de drept penal, Ed. All, Buc., 1997, pp. 794-795;

¹⁴ Gheorghe Diaconu, Drept penal, parte generală, Ed. Lumina Lex, București, 2008, pp. 238-240;

¹⁵ Alexandru Boroi, Drept penal, parte generală, Ed. CH. Beck, București, 2008, p. 358;

¹⁶ “ Pedepsele ce se pot aplica minorului sunt inchoarea sau amenda prevazute de lege pentru infractiunea savarsita. Limitele pedepselor se reduc la jumătate. In urma reducerii, in niciun caz, minimul pedepsei nu va depasi 5 ani. Cand legea prevede pentru infractiunea savarsita pedeapsa detentiunii pe viata, se aplica minorului inchoarea de la 5 la 20 de ani. Pedepsele complementare nu se aplica minorului. Condamnarile pronuntate pentru faptele savarsite in timpul minoritatii nu atrag incapacitati sau decaderi.”

pentru altele o măsură educativă, aceasta măsură va fi revocată nefiind posibil ca un minor să execute în același timp atât o măsură educativă cât și o pedeapsă. Regimul de executare al pedepselor aplicabile minorului este diferit față de cel aplicabil majorilor, așa încât minorii execută pedeapsa separat de infractorii majori sau în locuri de deținere specială, fiind incluși în programe speciale de consiliere și asistență în funcție de vârstă și de personalitatea fiecăruia. De asemenea, în penitenciare se organizează cursuri de școlarizare pentru ciclul primar, gimnazial și liceal iar în diplomele obținute nu se face mențiunea cu privire la absolvirea cursurilor în stare de deținere. Li se asigura și posibilitatea de a participa la activități educative, culturale, terapeutice și asistența socială adecvată nevoilor și personalităților lor.

B. *Amendă*. Este a doua pedeapsă ce poate fi aplicată minorului, mai ales în situația în care acesta este în apropierea majoratului iar măsura educativă nu mai poate fi aplicată și pedeapsa închisorii nu este justificată deoarece fapta săvârșită nu are un pericol social pronunțat. La fel ca și în situația limitelor pedepsei închisorii care se reduce la jumătate și în această situație, limitele amenzii sunt reduse la jumătate. Această pedeapsă este justificată deoarece nu trebuie pierdut din vedere faptul că și minorul care are peste vârsta de 15 ani poate avea venituri proprii sau un patrimoniu propriu cu care să răspundă în situația în care săvârșește o faptă penală. Dacă minorul se sustrage cu rea-credință de la executarea amenzii, instanța poate înlocui această pedeapsă cu cea a închisorii, în limitele prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită, ținându-se cont și de partea din amendă care a fost achitată.¹⁷

C. *Suspendarea condiționată a executării pedepsei aplicate minorului*. Reprezintă un mijloc de individualizare a executării pedepsei aplicată de instanță de judecată care are ca scop reformarea socială a infractorului minor chiar și fără executarea efectivă a pedepsei. Acest mijloc de individualizare cunoaște același regim ca și cel aplicat în cazul majorilor, cu anumite accente de favorizare. Așadar, termenul de încercare se compune din durata pedepsei închisorii la care se adaugă un interval de la 6 luni la 2 ani fixat de către instanță. Dacă pedeapsa aplicată este amendă, termenul de încercare este de 6 luni. Drept urmare, constatăm că, față de majori, termenul de încercare este de la 6 luni la 2 ani, fiind un interval variabil, iar nu fix, ca la majori, iar la pedeapsă amenzii termenul este de 6 luni, adică redus la jumătate față de termenul prevăzut pentru majori.¹⁸

D. *Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere sau sub control*. În temeiul dispozițiilor din C. Pen., instanța de judecată are următoarele posibilități:

- să dispună suspendarea condiționată;
- să dispună suspendarea condiționată însoțită de încredințarea supravegherii minorului părinților, tutorelui, unei persoane de încredere sau unei instituții legal însărcinate cu supravegherea minorului;
- să dispună suspendarea, încredințarea supravegherii minorului și obligarea acestuia la îndeplinirea, până la vârsta de 18 ani, a unor obligații din cele înscrise în art. 103 C.pen., iar după această vârstă și până la împlinirea termenului de încercare, la respectarea măsurilor de supraveghere sau a obligațiilor prevăzute în art. 86 din C. pen.

Dacă minorul se sustrage de la îndeplinirea obligațiilor prevăzute de dispozițiile C. pen. poate fi dispusă revocarea suspendării condiționate. Dacă nu sunt îndeplinite măsurile de supraveghere sau obligațiile stabilite de instanță, poate fi dispusă revocarea suspendării executării pedepsei și executarea în întregime a pedepsei, sau poate fi prelungit termenul de încercare cu cel mult 3 ani.¹⁹

¹⁷ Valerică Lazăr, Ilie Pascu, Drept penal, parte specială, Ed. Lumina Lex, Buc., 2003, pp. 436-438;

¹⁸ Iancu Tanasescu, C. Tanasescu, G. Tanasescu, Drept penal general, Ed. All Beck, Buc., 2003, pp.802-803;

¹⁹ Ion Oancea, Tratat de drept penal, Parte Generală, Ed. All, Buc., 1994, p.803;

6. Regimul sancționator al minorilor în lumina dispozițiilor Noului Cod Penal

În anul 2009 a fost propus un Nou Cod Penal- Legea 286/2009- care prevede noi modalități de sancționare a faptelor penale și un nou sistem execuțional. În ceea ce privește sistemul sancționator aplicabil minorilor, noua lege elimina aproape în totalitate pedeapsa închisorii, de asemenea au fost propuse noi măsuri educative, din care majoritatea sunt neprivative de libertate: *stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână și asistarea zilnică*. În categoria măsurilor educative privative de libertate sunt prevăzute: *internarea într-un centru educativ și internarea într-un centru de detenție*. Aceste măsuri sunt aplicate însă doar atunci când pentru infracțiunea săvârșită se prevede pedeapsa închisorii mai mare de 7 ani sau detențiunea pe viață ori în cazul pluralității de infracțiuni. Toate aceste măsuri sunt executate sub supravegherea și coordonarea Serviciului de probațiune.

Stagiul de formare civică se caracterizează prin obligația ce revine minorului de a participa la un curs de formare civică care are drept scop ajutarea acestuia din urmă de a înțelege consecințele legale și sociale la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni și de a-l responsabiliza cu privire la comportamentul său pe viitor. Durata cursului este de maxim 4 luni însă executarea acestei obligații de către minor nu afectează programul școlar sau profesional al minorului.

Supravegherea consta în controlarea și îndrumarea minorului în cadru programului său zilnic, pe o durată cuprinsă între 2 și 6 luni, pentru a asigura participarea acestuia la cursuri școlare sau de formare profesională și pentru a preveni săvârșirea unor activități antisociale sau intrarea în legătură cu anumite persoane care ar putea afecta procesul de îndrumare al acestuia.

Consemnarea la sfârșit de săptămână consta în obligația minorului de a nu părăsi locuință în zilele de sâmbătă și duminică, cu excepția situației în care, pe această perioadă, trebuie să participe la anumite programe sau activități impuse de instanță. Măsură poate fi dispusă pe o perioadă cuprinsă între 4 și 12 săptămâni.

Asistarea zilnică se caracterizează prin obligația minorului de a respecta un program stabilit de Serviciul de probațiune și o serie de obligații și interdicții. Durata poate fi între 3 și 6 luni. Obligațiile ce pot fi impuse de instanță pe perioada de executare a măsurilor educative neprivative de libertate pot fi următoarele:

- să urmeze un curs de pregătire școlară sau de formare profesională;
- să nu depășească, fără acordul Serviciului de probațiune, limita teritorială stabilită de instanță;
- să nu se afle în anumite locuri sau anumite manifestări;
- să nu se apropie și să nu comunice cu victima, cu membrii familiei acesteia ori cu participanții la săvârșirea infracțiunii;
- să se prezinte la Serviciul de probațiune la datele fixate de acesta;
- să se supună măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală.

În cazul în care minorul nu respecta, cu rea-credință, condițiile de executare ale măsurilor educative sau nu îndeplinește obligațiile care îi revin, săvârșește o nouă infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurentă săvârșită anterior, instanță poate dispune prelungirea măsurii educative neprivative de libertate, înlocuirea acesteia cu una mai severă sau înlocuirea ei cu o măsură educativă privativă de libertate.

În privința măsurilor privative de libertate, noul Cod Penal dispune următoarele condiții cu privire la executarea acestora.

Măsură internării într-un centru educativ consta în internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorilor, măsură care poate fi dispusă pe o perioadă cuprinsă între 1 și 3

ani. Dacă pe perioada internării minorul a avut o conduită bună, instanță poate dispune, după executarea a cel puțin jumătate din durata internării, înlocuirea măsurii internării cu măsură educativă a asistării zilnice (dacă minorul nu a devenit major) sau liberarea din centrul educativ (dacă a împlinit vârsta de 18 ani). Dacă însă, pe perioada internării minorul a săvârșit o nouă infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurentă săvârșită anterior, instanță poate prelungi perioada internării sau poate decide trimiterea minorului într-un centru de detenție.

Măsură internării într-un centru de detenție constă în internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorului, cu un regim de pază și supraveghere. Măsură se poate dispune pentru o perioadă de la 2 la 15 ani. De asemenea, noul Cod prevede și condițiile în care o persoană care execută o măsură educativă privativă de libertate poate fi transferată într-un penitenciar: a împlinit vârsta de 18 ani și dacă prin comportamentul său influențează negativ recuperarea și reintegrarea celorlalte persoane internate.²⁰

După cum se observă, dispozițiile Noului C. Pen. prevăd un sistem de sancționar cu totul deosebit de actualui sistem. Se pune mare accent pe măsurile educative neprivative de libertate, măsuri care sunt cu totul deosebite față de cele aplicabile în prezent, iar în ce privește măsurile privative de libertate observăm, de asemenea, aspecte noi, de diferențiere față de cele aplicabile în prezent. De precizat este faptul că, pentru punerea în aplicare a acestui nou sistem de sancționare al minorilor este necesară o reforma instituțională, în sensul creării de noi instituții sau dezvoltării celor existente pentru a putea fi atins scopul noilor dispoziții în materie.

7. Procedura judiciară în cauzele cu minori delingvenți

Instrumentarea cauzelor cu minori, potrivit dispozițiilor legale în vigoare, prezintă o serie de norme derogatorii de la dreptul comun, ca o consecință a aspectelor particulare ale personalității minorilor.

Reținerea și arestarea preventivă a minorilor sunt măsuri preventive ce pot fi dispuse pentru a asigura bună desfășurare a procesului penal sau dacă se apreciază că există pericolul de sustragere a persoanei de la procesul penal sau de influențare a anchetei penale ori de săvârșirea de noi infracțiuni. Regimul juridic special de care se bucură minorii prevede obligativitatea asigurării asistentei juridice gratuite, înștiințarea părintelui/ tutorelui/ Serviciului de probațiune asupra măsurilor preventive luate și separarea acestora de majori în locurile de reținere sau de arest preventiv.

Reținerea poate fi dispusă de către organul de cercetare penală sau de către procuror doar dacă există indicii sau probe temeinice ca minorul a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală. Pentru minorul cu vârsta între 14-16ani aceasta măsură preventive se dispune în mod excepțional, dacă pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 10 ani sau peste sau detențiunea pe viață. Reținerea se poate dispune pentru maxim 10 ore și poate fi prelungită de procuror prin ordonanță, numai dacă se impune acest lucru pentru o durată de cel mult 10 ore.²¹

Arestarea preventivă a minorului cu vârsta între 14-16ani cunoaște, de asemenea, un regim excepțional, fiind dispusă numai dacă pedeapsa prevăzută pentru fapta săvârșită este detenția pe viață sau închisoarea de 10 ani sau peste și o altă măsura preventive nu este suficientă. Durata arestării inculpatului minor în cursul urmăririi penale este de cel mult 15 zile, iar verificarea legalității și temeiniciei arestării se efectuează în cursul judecății, dar nu mai târziu de 30 de zile. Arestarea preventive a minorului în cursul urmăririi penale poate fi prelungită cu cel mult 15 zile fără ca durata totală să depășească 60 de zile. În mod excepțional, când pedeapsa prevăzută pentru fapta săvârșită este detențiunea pe viață sau închisoarea de 20 de ani sau mai mare, arestarea preventivă a inculpatului minor cu vârsta între 14-16 ani în cursul urmăririi penale poate fi prelungită pe o perioadă maximă de 180 de zile. Inculpatul minor mai mare de 16 ani poate fi arestat preventive în

²⁰ Valerică Lazăr, Ilie Pascu, *Drept penal, parte specială*, Ed. Lumina Lex, Buc., 2003, pp. 490-493;

²¹ Ion Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, Buc., 2010, p. 598;

cursul urmăririi penale pe o durată de cel mult 20 de zile, putând fi prelungită de fiecare dată cu încă 20 de zile, fără a depăși însă 90 de zile, iar în mod excepțional, atunci când pedeapsa este detențiunea pe viață sau închisoarea mai mare de 20 de ani durata totală este de 180 de zile. Verificarea legalității și temeiniciei arestării preventive în cursul judecății pentru minorul cu vârsta de peste 16 ani se realizează periodic, fără a depăși însă 40 de zile.²² Durata arestării învinuitului minor este de 3 zile.

Urmărirea penală în cazul minorilor. Aceasta este prima fază a procesului penal care presupune un complex de activități procesuale și procedurale care au ca obiect strângerea probelor necesare cu privire la existența infracțiunilor, la identificarea făptuitorilor și la stabilirea raspunerii penale a acestora, pentru a se constata dacă este sau nu cazul să se dispună trimiterea în judecată. Momentul de început al acestei faze a procesului penal este marcat de rezoluția sau procesul-verbal, moment în care făptuitorul capătă calitatea de învinuit. Atunci când există motive rezonabile de a crede că învinuitul a săvârșit fapta se pune în mișcare acțiunea penală, caz în care haina de învinuit este schimbată cu cea de inculpat. Audierea minorului este unul dintre actele de urmărire penală care trebuie să fie realizată cu respectarea tuturor drepturilor procesuale ale minorilor. Printre drepturile cele mai importante ale minorilor se înscrie dreptul la apărare, caz în care legea prevede că în situația minorilor asistenta juridical gratuită este obligatorie, atât în faza de urmărire penală cât și în cea de judecată.

Judecata minorilor cunoaște de asemenea aspecte derogatorii de la dreptul comun. În materie de compunere a instanței judecătorești trebuie să fie anume desemnați pentru a judeca acele cauze privitoare la minori. Judecarea cauzelor cu inculpați minori se realizează după o serie de dispoziții obligatorii, printre care amintim: judecata se realizează numai în prezența minorului, de asemenea, vor fi citați, în afară de părți, părinții, tutorele și Serviciul de probațiune; ședințele de judecată au un caracter separat și nepublic, în scopul realizării interesului superior al copilului.

8. Concluzii

După cum am observat, legiuitorul oferă numeroase reglementări cu privire la sistemul de sancționare al minorului, numeroase garanții pentru a ocroti și respecta interesul superior al minorului dar și pentru a asigura reeducarea acestuia și reintegrarea lui în societate. Cu toate că legiuitorul a oferit cadrul legal necesar desfășurării tuturor activităților pentru a atinge scopul măsurilor educative și al pedepselor, modul de punere în aplicare a legii, existența instituțiilor și respectarea cu strictețe a drepturilor și garanțiilor precum și a aspectelor derogatorii prevăzute în avantajul și pentru protecția acestor minori lasa de dorit. Din motive independente atât de organele judiciare cât și de instituțiile speciale în domeniu, sunt numeroase cazuri în care scopul urmărit de legiuitor nu este atins, drept urmare, aceste aspecte implica o atenție deosebită din partea instituțiilor publice și a autoritatilor statului în vederea atingerii scopului urmărit de legiuitor prin instituirea acestui sistem.

Referințe bibliografice

- Boroi Alexandru, *Drept penal, parte generală*, Ed. CH. Beck, București, 2008;
- Bulai Costică, *Manual de drept penal*, Ed. All, Buc., 1997;
- Diaconu Gheorghe, *Drept penal, parte generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2008;
- Dima Traian, *Drept penal- parte generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2001;
- Lazăr Valerică, Pascu Ilie, *Drept penal, parte specială*, Ed. Lumina Lex, Buc., 2003;
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, Buc., 2010;
- Oancea Ion, *Tratat de drept penal, Parte Generală*, Ed. All, Buc., 1994;
- Tănăsescu Iancu, Tănăsescu C., Tănăsescu G., *Drept penal general*, Ed. All Beck, Buc., 2003;

²² Art. 160 C. Proc. Pen.

TITULARII APELULUI ÎN PROCESUL PENAL DIN ROMANIA

Andreea POPA*

Abstract

In the present study we wish to present the appealants in Romania. These are provided in article 362 from the Romanian Criminal procedure code. According to this, the appealants are divided in two categories: in the first category, are included the ones who file the appeal against rulings on civil and criminal actions, and in the second category are included the ones who file the appeal against measures taken on issues adjoining the case. In the following, we will analyze these categories of appealants in accordance with the changes in the Romanian legislation.

Cuvinte cheie: procuror, părțile în procesul penal, apelul-cale ordinară de atac, principiul “non reformation in pejus”

1. Introducere. Considerații cu caracter istoric

Instituția apelului își are originile în dreptul roman unde, începând cu anul 509 Î Hr., în baza unei legi a consulului P. Valerius Publicola, condamnatul avea dreptul de a apela la popor împotriva sentinței, prin așa-numita „provocatio ad populum”¹. Astfel, adunarea populară, convocată de magistrat, avea posibilitatea să caseze ori să confirme sentința, fără a o modifica, agrava sau atenua.

În accepțiunea sa modernă, apelul s-a constituit în jurisdicțiile tribunalelor imperiale, care aveau dreptul nu numai de a desființa hotărârea, dar și de a o reforma.

Apelul apare pentru prima dată în legislația română în Codicele de procedură criminală din 2 decembrie 1864, preluând prevederile Codului de instrucțiune penală francez din 1808. În anul 1947, prin Legea nr. 345 din 29 decembrie pentru modificarea unor dispoziții din Codul de procedură penală, apelul a fost desființat. Singura cale de atac era recursul, ce întrunea atât elementele caracteristice ale apelului, cât și ale recursului, în sensul că se verifica temeinicia și legalitatea sentințelor primei instanțe.

Reintroducerea în anul 1993 în procesul penal a căii de atac ordinară a apelului, a impulsionat studiile teoretice cu privire la această cale, atât în ceea ce privește modul în care a fost reglementată, cât și modul în care își găsește aplicarea în practica instanțelor judecătorești.

Prin această cale de atac se oferă o garanție în plus pentru o mai bună judecată, fiind evident că două instanțe de fond vor greși mai puțin în soluționarea cauzei decât una singură. Astfel, apelul face parte din normala desfășurare a procesului penal, împiedicând rămânerea definitivă a hotărârii primei instanțe.

O dată cu pronunțarea hotărârii în primă instanță se naște dreptul recunoscut fiecărui subiect procesual de a ataca hotărârea respectivă cu apel, în condițiile în care legea îl permite. Fiecare dintre asemenea subiecți are dreptul de a-și găsi o justă soluționare a cauzei, însă numai „în sfera rolului pe care îl are în raportul procesual penal și numai referitor la acel conținut al hotărârii atacate care privește interesele pe care le reprezintă în procesul penal”².

În privința titularilor apelului, într-o scurtă analiză comparativă, constatăm că legea a menținut aceiași titulari ca și în cazul recursului când acesta avea regimul de singură cale de atac.

* Student, anul IV, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti (andreea.maria.popa@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

¹ Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2010

² Papadopol, Vasile; Turianu, Corneliu – *Apelul penal*, Casa de editură și presă “Șansa”, București, 1994

În doctrină³ s-a afirmat că apelul are un caracter personal în raport cu diversele părți care îl exercită, ceea ce denotă că dreptul de apel al fiecărei părți este independent de dreptul de apel al celorlalte. Este posibil ca mai mulți subiecți procesuali să declare apel concomitent, situație în care soluționarea unuia dintre apeluri nu împiedică soluționarea celorlalte.

Dreptul de apel, în cazurile în care legea îl prevede, există virtual încă de la momentul sesizării primei instanțe. Acesta devine actual, putând fi exercitat de o persoană îndreptățită numai la momentul pronunțării hotărârii de către prima instanță.

Prin folosirea dreptului de apel, se declanșează o nouă judecată în fond a cauzei, cu aprecierea probelor de la dosar și cu posibilitatea administrării unor noi probe.

Potrivit Codului de procedură penală, pot face apel:

- a. procurorul, în ceea ce privește latura penală și latura civilă
- b. inculpatul, în ceea ce privește latura penală și latura civilă
- c. partea vătămată, în ceea ce privește latura penală
- d. partea civilă și partea responsabilă civilmente, în ce privește latura penală și latura civilă
- e. martorul, expertul, interpretul și apărătorul, în ceea ce privește cheltuielile judiciare cuvenite acestora
- f. orice persoană ale cărei interese legitime au fost vătămate printr-o măsură sau printr-un act al instanței.

Acești titulari ai dreptului de apel pot fi împărțiți în doua categorii:

- în prima categorie intră persoanele ce exercită apelul împotriva soluției pronunțate cu privire la acțiunea penală și la acțiunea civilă exercitată în procesul penal (cele enumerate la art. 362 alin. 1 lit. a)-d) C.p.p.

- în a doua categorie intră persoanele ce exercită apelul numai împotriva măsurilor luate în chestiuni adiacente cauzei, cum sunt măsurile privitoare la cheltuielile judiciare sau dispozițiile prin care s-au cauzat vătămări unor persoane ce nu sunt părți în proces (cele enumerate la art. 362 alin. 1 lit e) și f) C.p.p.

Potrivit art. 366 alin.1 C.p.p., apelul se declară prin cerere scrisă. Cererea trebuie să cuprindă: numele, prenumele, codul numeric personal, calitatea și domiciliul, reședința sau locuința declarantului, să indice hotărârea apelată și numărul dosarului în care a fost pronunțată și să fie semnată de persoana care face apel.

2. Procurorul ca titular al apelului

Înscris în Constituție în cadrul autorității judecătorești și organizat în detaliu în Legea 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, Ministerul Public, alături de instanțele judecătorești, contribuie la desfășurarea procesului penal. În art. 131 din Constituție se arată că, în activitatea judiciară, Ministerul Public reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept precum și drepturile și libertățile cetățenilor. În lumina art. 132 pct.1 din Constituție și art. 62 alin. 1 din Legea nr. 304/2004, Ministerul Public își desfășoară activitatea potrivit principiilor legalității, imparțialității și controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justiției, în condițiile legii.

Ministerul Public este independent în relațiile cu celelalte autorități publice și își exercită atribuțiile numai în temeiul legii și pentru asigurarea respectării acesteia.

Potrivit art. 27 alin.1 lit. f), Ministerul Public are, printre altele, și atribuția de a exercita căile de atac împotriva hotărârilor judecătorești, în condițiile prevăzute de lege.

³ Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Tipografia Națională, Cluj

Caracteristic acestei ramuri a activității este faptul că Ministerul Public nu poate anula, modifica sau suspenda actul judecătoresc pe care îl consideră nelegal sau netemeinic, ci sesizează doar instanța superioară⁴.

Exercitarea căilor de atac a fost prevăzută și în legislația anterioară, ca formă de supraveghere de către procuratură a activității instanțelor judecătorești. (art. 8 din Legea nr. 6/1952).

De asemenea, “Ministerul Public pune în mișcare acțiunea penală din oficiu când nu este necesară o plângere prealabilă” sau după depunerea unei plângeri când aceasta este necesară. Având în vedere principiile unității și a subordonării ierarhice, care funcționează în cadrul Ministerului Public, se poate afirma că apelul poate fi declarat fie de procurorul de pe lângă instanța care a pronunțat hotărârea supusă apelului, fie de procurorul de la parchetul de pe lângă instanța superioară, competență să-l soluționeze⁵.

Codul de procedură penală prevede în art. 369 alin 3 și 4, că apelul declarat de procuror și retras poate fi însușit de partea în favoarea căreia a fost declarat. În temeiul acestor principii, procurorul trebuie să manifeste în activitatea sa obiectivitate, nepărtinire și echidistanță, trăsături ce reprezintă linia constantă a ceea ce întreprinde în vederea realizării actului de justiție⁶. El se constituie astfel într-un garant al aplicării corecte a legii, iar atunci când legea a fost greșit aplicată folosește calea de atac a apelului sau a recursului, după caz, pentru restabilirea legalității.

Din aceste considerente, spre deosebire de ceilalți titulari ai dreptului de apel, procurorul nu exercită dreptul de apel în nume propriu, pentru a-și realiza un drept sau un interes personal, ci în temeiul obligației sale de a veghea la respectarea principiului legalității în procesul penal⁷.

Astfel, procurorul poate exercita această cale de atac ori de câte ori, pe parcursul procesului penal, se încalcă dispozițiile legale și se prejudiciază interesele părților, iar acestea din urmă rămân în pasivitate, nefolosind dreptul conferit de lege de a ataca hotărârea.

Procurorul poate declara apel împotriva tuturor hotărârilor judecătorești supuse acestei căi de atac, indiferent dacă a participat sau nu la judecarea cauzelor respective. Potrivit art. 362 alin. 1 lit. a) Cod proc. pen., procurorul poate face apel în ceea ce privește latura penală și civilă.

Fiecare dintre titularii dreptului de apel trebuie să justifice un interes. În cazul procurorului, este dat de poziția specială a acestuia în cadrul procesului penal și anume de faptul că el reprezintă interesele societății și apără legalitatea și ordinea de drept. Acesta poate folosi calea de atac a apelului de fiecare dată când constată că pe parcursul procesului penal au fost efectuate activități prin încălcarea dispozițiilor legale, chiar în cazul în care actele nelegale prejudiciază părțile din proces în mod direct, iar acestea au ales să rămână în pasivitate față de aceste încălcări ale legii. Dreptul procurorului de a face apel nu e limitat și subordonat dreptului părților de a face apel. Practic, procurorul poate face apel cu privire la orice aspect al cauzei penale.

Prin Legea nr. 356/2006 art. 362 alin.1 lit. a) a fost completat cu teza a doua, în conformitate cu care, apelul procurorului în ceea ce privește latura civilă este inadmisibil în lipsa apelului formulat de partea civilă, cu excepția cazurilor în care acțiunea civilă se exercită din oficiu. Conform deciziei Curții Constituționale nr. 190/2008 dispozițiile art. 362 alin. 1 lit. a) teza a doua sunt neconstituționale.

În argumentarea acestei decizii au fost invocate o serie de considerente. Art. 131 alin. 1 din Constituție denotă faptul că legiuitorul constituant a înțeles să facă din Ministerul Public un reprezentant al interesului social, general și public, care să vegheze la aplicarea legii și la apărarea drepturilor și libertăților cetățenilor, fără a face distincție între procesele penale și cele civile.

⁴ Alexandru Negoită, Ioan Muraru, *Organizarea instanțelor judecătorești și a procuraturii*, Editura Didactică și Pedagogică, București.

⁵ Gheorghiu Mateuț, *Procedură penală. Partea specială*, vol. II, Editura Lumina Lex, București

⁶ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, vol. II, ediția a III-a, revizuită și adăugită, Editura Paideia, București, p. 164

⁷ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, vol. II, Editura Paideia, București

Una din formele prin care Ministerul Public își poate realiza acest rol este de a participa la judecata proceselor și de a exercita căile de atac. Dispoziția art. 131 alin. 1 din Constituție se poate concretiza prin legi organice sau ordinare, dar această concretizare nu poate restrânge conținutul dispoziției constituționale, cum s-a întâmplat prin introducerea tezei a doua în art. 362 alin.1 lit. a) Cod proc. pen., care condiționează apelul declarat de procuror în cadrul procesului penal referitor la latura civilă de existența apelului părții civile, cu excepția cazurilor în care acțiunea penală se exercită din oficiu.

Este de observat că, în timp ce textul constituțional se referă la apărarea ordinii de drept, precum și la drepturile și libertățile cetățenilor, art. 362 alin. 1 lit. a teza a doua, restrânge posibilitatea procurorului să declare apel cu privire la modalitatea de soluționare a laturii civile în cadrul procesului penal, în lipsa apelului formulat de partea civilă. Deși este vorba de latura civilă din cadrul unui proces penal, este de netăgăduit că și în acest domeniu există interese generale care trebuie apărute, iar legiuitorul constituant a înțeles să stabilească acest rol de apărător pentru procuror.

Trebuie menționat că principiul disponibilității, care guvernează procesul civil funcționează în continuare, deoarece prin declararea apelului de procuror părțile nu sunt împiedicate să-și manifeste dreptul de dispoziție, întrucât ele pot renunța la dreptul subiectiv, pot achiesă la pretențiile adversarului sau pot încheia o tranzacție potrivit Codului de procedura civilă.

Astfel, potrivit deciziei Curții Constituționale, procurorul poate declara apel în ceea ce privește latura penală și latura civilă, dacă apreciază că este necesar pentru apărarea ordinii de drept sau drepturilor și libertăților cetățenilor.

Revenind la atribuțiile procurorului, în ipoteza în care persoana vătămată este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, acesta este obligat, potrivit art. 17 și 18 alin. 2 C.p.p. să susțină interesele civile ale acestuia, chiar dacă nu este constituită parte civilă.

Potrivit aceluiași raționament, procurorul are dreptul de a declara apel și în alte cazuri decât cele menționate anterior, în care acțiunea civilă capătă caracter oficial. În art. 348 Cod proc. pen. se arată că instanța rezolvă din oficiu acțiunea civilă nu numai în cazurile prevăzute în art. 17 Cod proc. pen., ci și în cazurile în care acțiunea civilă are ca obiect restituirea lucrului, desființarea unui înscris, restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii.

Posibilitatea procurorului de a ataca hotărârea judecătorească sub orice aspect rezultă din faptul că acesta nu exercită apelul în nume propriu, ci are ca scop respectarea legii în activitatea de înlăptuire a justiției.

Astfel, procurorul poate face apel pentru faptul că prima instanță s-a pronunțat numai asupra laturii civile nu și a celei penale, sau pentru omisiunea pronunțării primei instanțe cu privire la o parte din infracțiunile ce compun concursul real de infracțiuni ce se reține în sarcina inculpatului trimis în judecată, aceasta echivalând cu nerezolvarea fondului cauzei. De asemenea, dacă în speță au declarat apel atât procurorul cât și inculpatul, instanța e obligată să se pronunțe asupra ambelor apeluri.

În cazul apelului procurorului trebuie să se țină cont de principiul neagravării situației părții în propria cale de atac (*non reformation in pejus*). Acest principiu constă în faptul că nu se poate crea o situație mai grea decât cea reținută prin hotărârea primei instanțe, pentru partea care folosește calea de atac sau în cea exercitată de procuror în favoarea unei părți. (art. 372 C.p.p.)

În privința laturii penale, procurorul poate face apel împotriva oricărei hotărâri, indiferent dacă e de condamnare, de achitare sau de încetare a procesului penal.

De regulă, procurorul se folosește de dreptul de apel în defavoarea inculpatului, fie pentru a cere condamnarea acestuia, dacă inculpatul a fost achitat sau a încetat procesul penal, fie pentru a obține reindividualizarea pedepsei, în sensul agravării ei, sub aspectul duratei, cuantumului sau

modului de executare. Luând în considerare scopul în care acționează, procurorul poate folosi calea apelului și atunci când aceasta ar fi favorabilă inculpatului⁸.

Rezultă așadar că deși procurorul exercită funcția acuzării⁹, susținând învinuirea în cadrul procesului penal, acesta nu face apel în sensul exclusiv al agravării situației inculpatului.

Procurorul poate declara apel împotriva tuturor hotărârilor susceptibile de a fi atacate pe această cale, indiferent dacă a participat sau nu la judecarea cauzei respective. El poate acționa în favoarea unei părți chiar dacă acea parte a rămas inactivă nefolosindu-se de dreptul de a ataca.

Doctrina a subliniat că prin derogare de la dreptul de dispoziție al persoanei vătămate de a denunța vătămarea ce i s-a cauzat în drepturile sale procesuale și de la regula acoperirii neregularității actelor nelegale, dispozițiile art. 194 alin. 4 permit luarea în considerare din oficiu a încălcărilor legii dacă anularea actului este necesară pentru aflarea adevărului și justa soluționare a cauzei.

În această ipoteză, vor fi nelegale soluțiile instanțelor care resping apelul procurorului invocat pentru nelegala citare a inculpatului sau a părții civile, când aceste părți nu și-au valorificat dreptul propriu de a face apel.

În ceea ce privește latura civilă, procurorul poate declara apel în cazurile în care, potrivit art. 17 C.p.p., acțiunea civilă se exercită din oficiu, chiar dacă persoana vătămată nu s-a constituit parte civilă. Este vorba de persoane lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă. În cazurile precizate, potrivit art. 18 alin. 2 C.p.p., procurorul, când participă la judecată, este obligat să apere interesele civile ale persoanei vătămate, chiar dacă nu este constituită parte civilă.

Acestor cazuri li se adaugă cele în care acțiunea civilă are ca obiect restituirea lucrului, desființarea totală sau parțială a unui înscris, ori restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii.

Dreptul de apel al procurorului în materie civilă are însă o sferă de incidență mai largă, fără limitări. Art. 362 C.p.p. se referă generic la acțiunea civilă și nu prevede niciun fel de limitări în ce privește modul de exercitare a acțiunii civile sau în legătură cu faptul că prin apelul declarat de procuror se tinde a se crea oricărei părți o situație mai favorabilă sau defavorabilă. De asemenea, dreptul de apel al procurorului nu e condiționat nici de atitudinea părții civile sau a părții responsabile civilmente față de soluția pronunțată de prima instanță. Procurorul poate declara apel împotriva soluției prin care nu i s-au acordat despăgubirile civile solicitate părții civile, persoană fizică cu capacitate de exercițiu deplină, deși cererea era îndreptățită, chiar dacă partea civilă nu a atacat hotărârea cu apel.

De aceea, cazurile în care procurorul poate face apel pe latura civilă trebuie extinse la orice ipoteză în care interesele în materie civilă ale oricărei din părți au fost prejudiciate.

Există însă o limitare în ceea ce privește partea civilă persoană fizică: prin motivele invocate de procuror în favoarea acesteia nu se poate pretinde ca inculpatul să fie obligat la repararea unui prejudiciu mai mare decât cel precizat și evaluat de partea civilă în cursul judecății în fața primei instanțe¹⁰.

Procurorul poate să își retragă apelul declarat numai cu încuviințarea procurorului ierarhic superior. Potrivit art. 369 alineat final, apelul declarat de procuror și retras în condițiile legii, poate fi însușit de partea în favoarea căreia a fost declarat.

Procurorul nu poate utiliza instituția renunțării la apel, întrucât aceasta funcționează numai pentru părți, nu și pentru ceilalți titulari ai apelului prevăzuți în art. 362 C.p.p.

Analizând dispozițiile noului cod de procedură penală, observăm că acesta nu aduce nicio schimbare în ceea ce privește poziția procurorului ca titular al apelului.

⁸ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, vol. II, Editura Paideia, București, p. 245

⁹ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 245

¹⁰ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 51

3. Inculpatul ca titular al apelului

Calitatea de inculpat apare o dată cu punerea în mișcare a acțiunii penale. Potrivit art. 23 C.p.p., persoana împotriva căreia s-a pus în mișcare acțiunea penală e parte în procesul penal și se numește inculpat. Acesta este subiectul central al procesului penal, întreaga activitate procesuală desfășurându-se în jurul faptei săvârșite de această persoană, în vederea tragerii sale la răspundere penală.

Putând fi tras atât la răspundere penală, cât și la răspundere civilă, inculpatul, potrivit art. 362 alin.1 lit. b) C.p.p, poate face apel în ceea ce privește latura penală și latura civilă a cauzei.

Apelul inculpatului este personal și independent, el neputând ataca decât acele dispoziții din hotărâre care au legătură cu situația sa proprie, nu și în privința altor persoane.

Motivele invocate pot viza orice constatare sau dispoziție socotită defavorabilă, a acelei hotărâri, cum ar fi de exemplu: încadrarea juridică a faptei, modul de individualizare a pedepsei, existența unor cauze care înlătură caracterul penal al faptei, stabilirea situației de fapt, a existenței infracțiunii, existența condițiilor pentru tragerea la răspundere civilă, neacordarea cheltuielilor judiciare etc.

Inculpatul poate declara apel împotriva sentinței de achitare sau de încetare a procesului penal și în ceea ce privește temeiurile achitării sau încetării procesului penal. În aceste cazuri inculpatul va putea ataca hotărârea numai în ipoteza în care, prin schimbarea temeiurilor de achitare sau de încetare a procesului penal i s-ar crea situație mai favorabilă. Există o astfel de situație, de exemplu, când inculpatul cere ca achitarea să se pronunțe în temeiul art. 10 lit. a) C.p.p. (fapta nu există) și nu în baza art. 10 lit.b) C.p.p. (fapta nu e prevăzută de legea penală) sau art. 10 lit. d) C.p.p. (faptei îi lipsește unul din elementele constitutive ale infracțiunii), de asemenea când se cere înlocuirea art. 10 lit. e) C.p.p. (există vreuna din cauzele care înlătură caracterul penal al faptei) cu art. 10 lit. a) C.p.p. sau cu art. 10 lit. c) C.p.p. (fapta nu a fost săvârșită de inculpat).

În literatura de specialitate¹¹ s-a apreciat că inculpatul poate, în caz de achitare, să facă apel numai în ce privește temeiurile achitării nu și motivele(considerentele hotărârii). Inculpatul mai poate face apel și pentru motivul că cercetarea penală a fost efectuată de un organ necompetent sau pentru că în cauză există o hotărâre judecătorească definitivă pronunțată în străinătate, fiind necesară recunoașterea acesteia.

Și în cazul apelului inculpatului își găsește aplicare principiul “*non reformation in pejus*”, astfel că în calea de atac declarată de acesta nu i se poate crea o situație mai grea decât cea stabilită prin hotărârea primei instanțe.

Apelul având caracter personal și independent¹² nu poate fi declarat decât pentru motive privind propria situație, adică partea din hotărâre care se referă la el, neputând viza și alte persoane, a căror situație, chiar modificată, n-ar putea influența soluția în ceea ce-l privește.

Inculpatul nu poate deci ataca hotărârea pronunțată pentru motive cum ar fi de exemplu:

- prima instanță a achitat greșit un coinculpat sau că a încălcat dreptul de apărare al altui inculpat

- prima instanță nu a extins procesul penal asupra unei persoane netrimise în judecată, dar care ar fi participat la săvârșirea infracțiunii ce i se impută

- după ce a achiesat în fața primei instanțe la plata despăgubirilor civile la care a fost obligat, se plânge în apel împotriva acestei măsuri

Apelul folosit de unul sau unii din coinculpați, dacă este admis pe temeiuri obiective, profită tuturor inculpaților¹³.

¹¹ V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 54

¹² V. Papadopol, C. Turianu, *op. cit.*, p. 52.

¹³ Dongoroz I, *op. cit.*, p. 89

Codul de procedură penală (art. 362 alin 2) prevede că pentru inculpate mai pot exercita apelul și reprezentantul legal, apărătorul și soțul acestuia. Această dispoziție este limitativă, nicio altă persoană, în afara celor menționate, nu poate declara apel pentru inculpatul major. Astfel, tatăl inculpatului major nu poate declara apel pentru acesta, neavând calitatea cerută de lege.

Reprezentantul legal declară apel pentru persoane juridice și pentru persoane fizice lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă. Apărătorul, ales sau din oficiu, care l-a asistat pe inculpat în fața primei instanțe, este îndreptățit să exercite apelul fără a mai fi necesară pentru aceasta o nouă împuternicire avocațială. În cazul exercitării apelului de către apărător, titular al apelului rămâne în continuare inculpatul, care poate susține că nu își însușește apelul declarat de apărătorul său. Într-o asemenea situație, soluția pe care ar trebui să o pronunțe instanța de apel e aceea a respingerii apelului ca inadmisibil și nu să se desesizeze fără a pronunța o soluție. În acest caz trebuie să se facă o diferențiere între persoana care “are dreptul să facă apel” și persoana care “declară apel pentru alte persoane”. Astfel persoana care are dreptul să facă apel are un drept de dispoziție asupra căii de atac a apelului, pe când persoanele ce “declară apel pentru alte persoane” nu au decât un drept strict de a declara apel, fără a avea și dreptul de dispoziție asupra căii de atac.

În ceea ce-l privește pe soțul inculpatului, acesta va putea face apel numai în interesul inculpatului, nu și în numele și interesul său propriu, după decesul inculpatului.

4. Partea vătămată ca titulară a apelului

Potrivit art. 24 alin.1 C.p.p., persoana care a suferit prin fapta penală o vătămare fizică, morală sau materială, dacă participă în procesul penal, se numește parte vătămată. Potrivit art. 362 alin. 1 lit. c) C.p.p., partea vătămată poate face apel în ce privește latura penală.

Anterior adoptării Legii nr. 356/2006, apelul părții vătămate era dublu condiționat: pe de o parte, infracțiunea care făcea obiectul cauzei trebuia să fie dintre cele pentru care era necesară plângerea prealabilă a persoanei vătămate, iar pe de altă parte, apelul trebuia să vizeze numai latura penală a cauzei¹⁴. Art. 362 alin.1 lit. c) C.p.p., înainte de a fi modificat prin Legea nr. 356/2006, a fost declarat ca fiind contrar prevederilor constituționale.

Prin Decizia nr. 100 din 9 martie 2004¹⁵, Curtea Constituțională a constatat că dispoziția “în cazurile în care acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă, dar numai în ceea ce privește latura penală”, din cuprinsul art.362 alin.1 lit. c) este neconstituțional.

În motivarea deciziei, Curtea a arătat că dispozițiile art.362 alin.1 lit.c) contravin principiului egalității în drepturi, consacrat în art.16 alin.1 din Constituție, republicată, deoarece pun persoana vătămată, care este subiect pasiv al infracțiunii și al raportului substanțial de conflict, în poziție de inferioritate față de inculpat, subiectul activ al infracțiunii, care are dreptul de a folosi nestânjenit calea de atac a apelului. Or, este inadmisibil ca inculpatul să poată exercita apelul, iar victima sa, parte vătămată în proces, să nu aibă acest drept.

De asemenea, dispozițiile art.362 alin.1 lit.c) vin în contradicție și cu art.21 din Constituție, referitor la accesul liber la justiție, dat fiind că îngreudește dreptul unor părți ale unuia și aceluiși proces penal de a exercita căile legale de atac. S-a mai arătat că, în situația în care partea vătămată este împiedicată să exercite căile ordinare de atac, aceasta nu-și poate valorifica și apăra drepturile în fața instanței de apel sau de recurs, întrucât cauza ori nu va ajunge în fața acestor instanțe ori, în eventualitatea apelului sau recursului declarat de inculpat, nu se poate înrăutăți situația acestuia.

Constatând neconstituționalitatea dispozițiilor menționate din cuprinsul art.362 alin.1 lit.c) C.proc.pen., Curtea înțelege să procedeze la revizuirea practicii sale în materie, urmând ca persoana

¹⁴ V.Papadopol, C.Turianu, *op.cit.*, p.54-56, N.Volonciu, *op.cit.*, p.246

¹⁵ Publicată în M.Of. nr.261 din 24 martie 2004

vătămată să poată exercita calea de atac a apelului, indiferent de modul în care se pune în mișcare acțiunea penală (din oficiu sau la plângere prealabilă).

Pentru partea vătămată pot face apel reprezentantul legal sau apărătorul în aceleași condiții în care ei pot exercita calea de atac pentru inculpat. Soțul părții vătămate nu are însă nu asemenea drept, dispozițiile art. 362 alin.2 C.p.p. potrivit cărora soțul poate declara apel pentru inculpat, sunt de strictă interpretare și nu pot fi extinse în favoarea celorlalte părți.

Există posibilitatea ca partea vătămată să cumuleze și calitatea de parte civilă, atunci când a suferit și o vătămare materială. În această ipoteză, partea vătămată poate ataca prin intermediul căii de atac a apelului, hotărârea primei instanțe atât în ceea ce privește latura penală, cât și civilă.

5. Partea civilă și partea responsabilă civilmente ca titulari ai apelului

Art. 24 alin. 2 C.p.p. prevede că persoana vătămată care exercită acțiunea civilă în cadrul procesului penal se numește parte civilă. Potrivit alin. 3 al aceluiași articol, persoana chemată în procesul penal să răspundă, potrivit legii civile, pentru pagubele provocate prin fapta învinutului sau inculpatului, se numește parte responsabilă civilmente. Anterior adoptării Legii nr.356/2006, partea civilă și partea responsabilă civilmente puteau face apel doar în ceea ce privea latura civilă a cauzei¹⁶. Această dispoziție legală a fost declarată neconstituțională de către Curtea Constituțională prin Decizia nr. 482/2004¹⁷, în măsura în care partea civilă și partea responsabilă civilmente nu pot declara apel decât în latura civilă a cauzei.

În motivarea deciziei, Curtea a arătat că, în cazul în care persoana vătămată formulează, în cadrul procesului penal, pretenții pentru repararea prejudiciului material suferit ca urmare a săvârșirii infracțiunii, aceasta cumulează două calități procesuale: calitatea de parte vătămată și calitatea de parte civilă. Aceste două părți ale procesului penal se află într-o situație identică, și anume în situația de persoană lezată în drepturile sale prin săvârșirea infracțiunii, ceea ce justifică “interesul legitim” la care se referă art.21 din Constituție. Astfel, dispozițiile art.362 alin.1 lit.d) contravin principiului constituțional al egalității cetățenilor în fața legii.

De asemenea, există inegalitate de tratament în ceea ce privește accesul la căile de atac în primul rând între partea civilă și partea responsabilă civilmente, pe de o parte și inculpat, de de altă parte, iar în al doilea rând, între acestea și persoanele prevăzute în art.362 alin.1 lit f), care pot face apel atât în ce privește latura penală, cât și în ce privește latura civilă.

S-a mai arătat că, atât partea civilă cât și partea responsabilă civilmente au interesul pentru soluționarea laturii penale a procesului, în condițiile în care de stabilirea existenței faptei penale și a vinovăției inculpatului judecat în cauză depinde și soluționarea laturii civile a procesului.

Considerentele deciziei prin care s-au declarat neconstituționale prevederile art.362 alin.1 lit.c) C.proc.pen. sunt valabile și în argumentarea deciziei de față.

În considerarea jurisprudenței Curții Constituționale, de lege lata, partea civilă și partea responsabilă civilmente pot face apel în ce privește latura penală și civilă a cauzei.(art. 362 alin.1 lit. d)C.p.p)

În aceste circumstanțe, soluțiile jurisprudențiale anterioare anului 2006, întemeiate pe restricționarea dreptului de a declara apel pentru partea civilă și partea responsabilă civilmente doar în ceea ce privește latura civilă a cauzei nu mai sunt relevante. În acest sens, partea civilă nu putea invoca în apelul său greșita aplicare a legii penale, deoarece aceasta vizează latura penală a cauzei.

Era totuși posibil ca și în apelul său, în anumite situații, pentru corecta soluționare a laturii civile, partea civilă să critice aspecte legate de latura penală a cauzei, dacă acestea aveau rezonanță asupra modului de rezolvare a laturii civile¹⁸.

¹⁶ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 246

¹⁷ Publicată în M.Of. nr. 482 din 15 decembrie 2004

¹⁸ I.Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Global Lex, București, 2002

În prezent, pentru a putea folosi calea de atac a apelului, este necesar ca persoana vătămată să se fi constituit în mod valabil parte civilă și ca această calitate să subziste în momentul exercitării căii de atac¹⁹. Nu poate declara apel persoana care susține că a suferit o vătămare din partea inculpatului pentru o faptă pentru care acesta nu a fost trimis în judecată, întrucât un asemenea apelant neavând o calitate procesuală nu poate figura ca parte civilă în cauză²⁰.

Ca și partea civilă, partea responsabilă civilmente poate face apel numai referitor la interesele sale, adică la despăgubirile la care a fost obligată.

Răspunderea civilă pentru fapta altei persoane există numai ca expresie a prevederilor legii, stabilirea unei asemenea răspunderi având la bază existența anumitor relații între autorul prejudiciului și persoana chemată să răspundă civil pentru prejudicial cauzat prin infracțiunea comisă de acesta. În literatura de specialitate s-a arătat că în categoria juridică de parte responsabilă civilmente sunt cuprinse atât persoanele chemate să răspundă civil pentru fapta altuia cât și persoanele chemate să răspundă civil pentru fapta altuia prevăzute de Legea nr. 22 din 1969.

Partea responsabilă civilmente fiind subiect în latura civilă a procesului penal, are, sub aspectul răspunderii civile, aceeași poziție ca și inculpatul, și în consecință toate actele procesuale și procedurale favorabile sau defavorabile inculpatului sunt opozabile, în aceeași măsură și părții responsabile civilmente. Este posibil însă, ca partea responsabilă civilmente să-și valorifice numai ea anumite apărări în raport cu fapta cauzatoare de prejudicii săvârșită de inculpat.

Partea responsabilă civilmente se poate folosi de dreptul de a declara apel independent de poziția inculpatului față de soluția primei instanțe, adică independent de faptul că acesta s-a folosit sau nu de calea apelului. În art. 16 alin. 3 C.p.p. se prevede că "partea responsabilă civilmente are, în ceea ce privește acțiunea civilă, toate drepturile pe care legea le prevede pentru învinuit sau inculpat." În principiu, persoana responsabilă civilmente este subordonată civilmente, sub aspectul dreptului de a folosi căile de atac, inculpatului, în sensul că ea poate ataca hotărârea numai dacă inculpatul are, la rândul său, acest drept, dar nu este necesar ca inculpatul să se fi folosit efectiv de acest drept. Potrivit art. 362 alin. 2 C.p.p. pentru partea civilă și partea responsabilă civilmente, apelul poate fi declarat și de către reprezentantul legal sau apărător, în aceleași condiții ca și pentru celelalte părți. Soțul nu are acest drept.

Reprezentanții sunt persoane împuternicite în baza legii sau a unui mandate convențional să îndeplinească, în cadrul procesului penal, acte procesuale în numele și în interesul unei părți din proces, care nu dorește sau nu poate să îndeplinească ea însăși actele. Reprezentanții, indiferent dacă sunt legali sau convenționali, pot îndeplini aceleași acte pe care le-ar fi efectuat și partea pe care o înlocuiesc, fiind obligați să facă tot ceea ce este necesar pentru apărarea drepturilor acestuia.

Apărătorul poate declara apel atât pentru partea civilă, cât și pentru partea responsabilă civilmente. În cazul în care partea a declarat că nu face apel, apărătorul nu poate exercita calea de atac pentru ea.

În cazul în care partea civilă sau partea responsabilă civilmente a încetat din viață, moștenitorii săi, introduși în proces conform art. 21 C.p.p. devin titulari ai dreptului de apel. Dacă sunt persoane juridice, în caz de reorganizare se introduc în cauză succesorii în drepturi sau lichidatorii în caz de desființare sau dizolvare²¹.

Autoritatea tutelară nu poate declara apel în cauzele cu minori pentru că rolul acesteia este acela de a sprijini instanța în luarea măsurilor celor mai potrivite față de minori. Pentru identitate de rațiune, autoritatea tutelară nu se încadrează în prevederile art. 362 C.p.p. astfel încât nu poate justifica un interes legitim prin măsura luată de instanță²². Într-o scurtă comparație cu dispozițiile

¹⁹ Carmen Silvia Paraschiv, Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Lumina Lex, București, 2004., p. 465.

²⁰ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 246

²¹ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 466.

²² N. Volonciu, *op. cit.*, p. 248-249

noului cod de procedură penală observăm că acesta aduce o modificare în privința posibilității declarării apelului de către partea civilă și partea responsabilă civilmente în ce privește latura penală. Astfel, potrivit art. 409 din acesta, pot face apel “partea civilă și partea responsabilă civilmente, în ceea ce privește latura civilă, iar referitor la latura penală în măsura în care soluția din această latură a influențat soluția în latura civilă.” Prin această dispoziție se revine la raționamentul anterior adoptării Legii nr. 356/2006.

6. Martorul, expertul, interpretul și apărătorul ca titulari ai apelului

Potrivit art. 362 alin.1 lit e) C.p.p, martorul, expertul, interpretul și apărătorul pot face apel cu privire la cheltuielile judiciare convenite acestora. Aceste persoane, deși nu sunt părți în procesul penal, pot totuși în calitate de subiecți procesuali, să se plângă împotriva dispozițiilor din hotărârea prin care drepturile lor, în legătură cu desfășurarea procesului penal, au fost încălcate.

Dreptul acestor persoane de a declara apel este însă strict limitat la aspecte care vizează cheltuielile judiciare, cum ar fi: cheltuieli de deplasare, de cazare și hrană, venitul nerealizat etc. atunci când drepturile lor au fost netemeinic sau nelegal stabilite ori nu au fost luate în considerare.

Expertul și interpretul au dreptul și la plata unor sume de bani (onorarii) pentru îndeplinirea însărcinărilor date, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege.

Reglementarea actuală permite rezolvarea în același cadru a tuturor problemelor adiacente procesului penal, evitându-se angajarea persoanelor prevăzute în art. 362 alin. 1 lit. e) C.p.p în alte cauze civile pe calea unei acțiuni civile ulterioare separate²³.

În privința apărătorului, apelul, exercitat în ipoteza prevăzută de art. 362 alin.1 lit. e) C.p.p. este exercitat în nume propriu, vizând interesele proprii ale acestuia și nu ale părții pe care a asistat-o în cursul procesului penal, în această situație doar apărătorul fiind titular al apelului. În aceste circumstanțe, apelul martorului prin care acesta critica hotărârea primei instanțe sub aspectul condamnării inculpatului va fi respins ca fiind inadmisibil.

Dispozițiile noului cod de procedură penală completează categoria problemelor adiacente ce pot fi rezolvate în cadrul procesului penal, în ceea ce privește martorul, expertul, interpretul și apărătorul. Astfel, potrivit art. 409 alin. 1 lit. e) pot face apel “martorul, expertul, interpretul și avocatul, în ceea ce privește cheltuielile judiciare, indemnizațiile convenite acestora și amenziile judiciare aplicate.”

7. Persoanele ale căror interese au fost vătămate printr-o măsură sau printr-un act al instanței, ca titulari ai apelului

Potrivit art. 362 alin.1 lit f) C.p.p. poate face apel orice persoană ale cărei interese legitime au fost vătămate printr-o măsură sau printr-un act al instanței. Este vorba de persoane care nu au calitatea de părți în proces și, ca atare, nu au drepturi și obligații care izvorăsc din rezolvarea acțiunilor în procesul penal.

Aceste persoane au însă calitatea de subiecți procesuali, având dreptul să conteste acele dispoziții din sentințe prin care interesele lor personale au fost vătămate.

Această reglementare denotă concepția legiuitorului de a nu limita sfera titularilor apelului numai la subiecții procesuali care au participat în cauza penală, lăsând posibilitatea, oricărei persoane vătămate în drepturile sale, prin desfășurarea procesului penal, să ceară anularea actului sau măsurii dispuse de instanță și prin care i-au fost prejudiciate interesele legitime.

Din modul de redactare a textului, apelul este declarat împotriva încheierilor sau actelor instanței prin care au fost vătămate interese legitime²⁴ ale unor persoane străine de cauza penală.

²³ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 247

Apelul unei asemenea persoane nu poate viza aspecte legate de fondul cauzei, deoarece nu are drepturi și obligații care izvorăsc din rezolvarea acțiunii în procesul penal și prin urmare, vătămarea ce i s-a produs nu e legată de fondul cauzei²⁴. În acest sens, poate declara apel persoana ale cărei interese legitime au fost vătămate prin aplicarea sechestrului asigurător asupra unor bunuri care-i aparțin în mod exclusiv. O asemenea persoană poate uza calea apelului, deși nu este parte în procesul penal.

În practica judiciară s-a apreciat că nu poate face apel potrivit art. 362 alin.1 lit. f) C.p.p. împotriva sentinței de achitare acela care a reclamat o persoană pentru mărturie mincinoasă. Apelul este inadmisibil întrucât nu i s-a vătămat un interes legitim. Conform art. 362 alin. 1 lit. f) C.p.p, potrivit căruia orice persoană ale cărei interese legitime au fost vătămate poate face apel, în literatura de specialitate se apreciază că și persoana juridică poate folosi calea de atac a apelului dacă sunt realizate condițiile prevăzute de lege.

În cazul persoanelor ale căror interese legitime au fost vătămate printr-un act sau printr-o măsură a instanței, poate face apel și reprezentantul legal sau apărătorul.

8. Concluzii

În activitatea desfășurată în vederea realizării scopului procesului penal, judecata deține rolul principal, întrucât în această fază se stabilește, cu caracter definitiv, existența sau nu a vinovăției inculpatului, cu toate consecințele ce decurg din aceasta pe plan penal și civil. În cadrul judecății, momentul cel mai apropiat de rămânerea definitivă a hotărârii, sau însăși momentul de rămânere definitivă a hotărârii este cel al soluționării căilor ordinare de atac. Deși utilizarea căilor de atac este pentru procuror și pentru părți, o opțiune, și nu o obligație, jurisprudența confirmă faptul că exercitarea căilor de atac este o practică inerentă în cvasitotalitatea cauzelor penale.

De aici derivă importanța cunoașterii titularilor căilor de atac și a limitelor acestora, întrucât existența acestei calități reprezintă o a doua condiție de fond a exercitării căilor de atac, după determinarea hotărârilor ce pot constitui obiect al acestora.

Referințe bibliografice

- Gheorghită Mateuț, *Procedură penală. Partea specială*, vol. II, Editura Lumina Lex, București
- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Global Lex, București, 2002
- Alexandru Negoită, Ioan Muraru, *Organizarea instanțelor judecătorești și a procuraturii*, Editura Didactică și Pedagogică, București
- Vasile Papadopol, Corneliu Turianu, *Apelul penal*, Casa de editură și presă “Șansa”, București, 1994
- Carmen Silvia Paraschiv, Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Lumina Lex, București, 2004
- Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Tipografia Națională, Cluj
- Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea specială, vol. II*, ediția a III-a, revizuită și adăugită, Editura Paideia, București

²⁴ N. Volonciu, *op. cit.*, p. 247

²⁵ I. Neagu, *op. cit.*, p. 545

PLÂNGEREA PREALABILĂ. ASPECTE PRIVIND TERMENUL DE INTRODUCERE

Ionuț VOICAN*

Abstract

The previous criminal complaint is rather a common institution of the criminal law. Apparently it does not involve a particular complexity for practitioners and even for the students. However a close analysis of its substantial and procedural implications and the differentiation from the rest of the means of referral (e.g. denunciation, complaint, ex officio investigation) reveals not only its double function (as a condition for proceeding and punishment) but also interesting theoretical and practical aspects, starting from the rationale of the lawmaker in imposing a legal exception from the general, legal principle of formality of the criminal investigation and ending with its sine qua non presence for the exercise of the criminal action, where the law so prescribes, and last but not the least the ability to produce an exemption from criminal liability in case of its withdrawal or its absence. The paper mentions briefly the legal conditions of form and content of the complaint, the applicable rules depending on the special quality and civil capacity of the victim entitled to promote such a complaint, the authorities having competence to receive and give effect to the complaint and some special aspects resulting from the offender's special standing. It delivers a short overview on matters of the reconciliation of the parties involved and applicable conditions but also touches aspects of abusive use of the previous criminal complaint. Within such a context it sends to case law and particulars of the institution in different special laws. The novelty is underlined by sending to the new provisions of the Law of small judiciary reform that expressly provides for possibility of mediation in respect of the civil charges (both material and moral damages) while the paper concentrate on aspects concerning the term of promoting the complaint.

Cuvinte-cheie: plângerea prealabilă, mod special de sesizare a organelor de urmărire penală, termenul de introducere, sancțiunea decăderii

1. Introducere

Orice persoană căreia i s-a cauzat o vătămare printr-o infracțiune, sau are cunoștință de săvârșirea unei infracțiuni poate sesiza organele judiciare prin plângere, denunț sau plângere prealabilă. De asemenea, organele de urmărire penală se pot sesiza și din oficiu când află pe orice altă cale că s-a săvârșit o infracțiune, chiar și în cazul unei infracțiuni flagrante, infracțiune, pentru care legea prevede ca necesară plângerea prealabilă a persoanei vătămate pentru punerea în mișcare a acțiunii penale, deci pentru tragerea la răspundere penală. Săvârșirea infracțiunii, chiar și atunci când este descoperită și reținută în sarcina unui făptuitor fiind dovedită prin administrarea probelor, nu atrage aplicarea automată a unei pedepse. Pentru sancționarea infractorului este necesară intervenția justiției penale, în sensul judecării și condamnării acestuia de către instanța competentă pe baza aplicării dispozițiilor legale și cu respectarea tuturor garanțiilor privind drepturile și libertățile persoanei, astfel că nimeni să nu fie tras la răspundere penală pe nedrept.

Necesitatea restabilirii ordinii de drept încălcate prin săvârșirea infracțiunilor a condus, datorită gradului de pericol social, la instituirea regulii potrivit căreia declanșarea și desfășurarea procesului penal se face din oficiu (principiul oficialității procesului penal). De la acest principiu sunt prevăzute, prin lege, unele excepții, atribuind și altor persoane dreptul de a efectua unele acte procesuale¹ - cum este cazul persoanei îndreptățite să depună plângerea prealabilă, când persoana vătămată este un minor sau un incapabil.

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

¹ V. Dongoroz, *Explicații teoretice ale codului de procedură penală*, Editura Academiei, București, 1975, p.95.

Rațiunea excepției constă fie în gradul mai redus de pericol social abstract al acestor fapte, fie că aducerea acestora în fața instanței, cu publicitatea pe care o implică procesul penal, ar putea fi sursa unor neplăceri sau suferințe psihice pentru persoana vătămată sau ar da nastere la diferite conflicte între persoane care fac parte din aceeași familie sau din același mediu social². În cazul infracțiunilor cu un pericol social redus sau al acelor care privesc relațiile dintre persoane ori viața personală a acestora, Codul penal și alte legi cuprinzând dispoziții penale speciale prevăd că acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare sau exercitată decât în cazul în care persoana vătămată și-a exprimat voința de tragere la răspundere penală a făptuitorului prin introducerea unei plângeri prealabile la autoritățile judiciare competente.

Întrucât legiuitorul a reglementat instituția plângerii prealabile pentru a ocroti, în primul rând, interesele celui vătămat prin infracțiune, dreptul de a introduce plângerea prealabilă are un caracter personal și aparține persoanei vătămate.

Dreptul persoanei vătămate de a face plângere prealabilă are caracterul unui drept personal, indivizibil și netransmisibil dată fiind intenția legiuitorului de a acorda o ocrotire specială interesului personal al persoanei vătămate prin infracțiune, astfel că numai aceasta persoană este în- dreptătită să formuleze o plângere prealabilă. Dreptul de a face plângere prealabilă este personal, putând fi realizat numai de persoana prevăzută de lege. Acest drept nu poate fi transferat altora nici prin acte între vii, nici prin succesiune. Exercițarea acestui drept poate fi făcută însa, prin mandat. În acest caz, mandatul trebuie să fie special, iar procura rămâne atașată plângerii, potrivit dispozițiilor art. 222 Cod de procedură penală fiind aplicabile prin analogie.

Mandatul special trebuie să fie dat în cadrul termenului prevăzut pentru introducerea plângerii prealabile, în acest caz fiind necesar ca în cuprinsul mandatului să se precizeze împotriva cui se face plângerea prealabilă și pentru ce faptă, o procură cu caracter general nu poate servi pentru introducerea plângerii prealabile.

Legea nr.356/2006 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală, precum și pentru modificarea altor legi, și respectiv, Legea nr. 202/2010 au introdus, după alineatul 6, al art. 222 Cod de procedură penală un nou alineat, alineatul 7, care prevede: *Plângerea greșit îndreptată la organul de urmărire penală sau la instanța de judecată, se trimite pe cale administrativă organului competent.*

2. Sediul materiei, aspecte procesuale

Codul de procedură penală reglementează institutia plângerii prealabile, în art. 279. Termenul de introducere al plângerii este prevăzut în art. 284, iar conținutul plângerii prealabile în art. 283. Instituția are și un reflex procesual, care se repercutează direct asupra posibilității exercitării acțiunii penale și deci implicit asupra tragerii la răspundere penală.

Din punctul de vedere al dreptului penal plângerea prealabilă constituie o condiție de pedepsibilitate, iar sub aspectul dreptului procesual penal o condiție de procedibilitate³.

Așa cum am amintit mai sus, în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede necesitatea plângerii prealabile a părții vătămate, acțiunea penală nu se poate exercita în lipsa plângerii, art. 10 lit f Cod de procedură penală, în timp ce în caz de retragere a plângerii prealabile sau de împacare a părților, art.10 lit.h Cod de procedură penală, acțiunea penală nu mai poate fi exercitată. În astfel de situații, legiuitorul a considerat că cei vătămați trebuie să aibă libertatea și dreptul de a alege, de a aprecia în funcție de interesul propriu dacă este cazul să declanșeze sau nu un proces penal; punerea în mișcare a acțiunii penale fiind condiționată de manifestarea unui drept exclusiv al părții vătămate⁴.

² I.Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială, vol. I*, Editura Oscar Print, 1994, p.152.

³ Milea T. Popovici, *Plângerea prealabilă în reglementarea actualului Cod de procedură penală*, R.R.D. nr.9/1969, p.23.

⁴ C.Bulai, *Drept penal, Partea generală*, Universitatea București, 1987, p.469.

Plângerea prealabilă, ca act de sesizare, se deosebeste de celelalte acte de sesizare⁵, obișnuite, ale organelor de urmarire penală (denunt, plângere, sesizare din oficiu) prin caracterul ei necesar și indispensabil, de condiție pentru pornirea procesului penal, ca și prin caracterul exclusiv, plângerea prealabilă fiind singurul mod de sesizare⁶ valabilă pentru pornirea procesului penal pentru anumite infracțiuni, aceasta neputând avea loc dacă s-a produs o sesizare obisnuită. Spre deosebire de plângere care, odată depusă la organul judiciar, nu mai poate fi retrasă, în acest caz operând principiul oficialității, pe cand, în situația plângerii prealabile, principiul oficialității își încetează aplicabilitatea, persoana vătămată având opțiunea de a alege utilizarea oricăreia dintre cele două instituții, și anume retragerea plângerii prealabile sau împăcarea cu învinutul/inculpatul. Lipsa plângerii prealabile, neintroducerea ei în condițiile prevăzute de lege, sau retragerea ei de către titularul dreptului la acțiune, în termenul legal, atrage imposibilitatea tragerii la răspundere penală sau înlăturarea răspunderii penale.

Potrivit dispoziției din art. 131 alin. 2 Cod penal, lipsa plângerii prealabile și retragerea plângerii constituie cauze de înlăturare a răspunderii penale, care pentru a putea produce efecte juridice trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

a) să fie vorba de infracțiuni pentru care legea prevede că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă. Această condiție delimitează sfera infracțiunilor pentru care tragerea la răspundere penală este subordonată plângerii prealabile, iar lipsa acestei plângeri prealabile atrage înlăturarea acestei răspunderi.

b) plângerea prealabilă trebuie să fie făcută de persoana vătămată, potrivit dispoziției din art. 131, alin. 1 Cod penal. Rezultă deci că persoana vătămată este titularul dreptului de a provoca punerea în mișcare a procesului penal prin introducerea plângerii prealabile.

c) plângerea prealabilă trebuie făcută în condiții legale, condiții care privesc forma, conținutul și termenul introducerii plângerii prealabile.

d) plângerea prealabilă se adresează, organelor judiciare.

Retragerea plângerii prealabile, este un act de voință unilateral, manifestat de persoana vătămată, care a făcut plângere prealabilă și care apoi revine retrăgând plângerea făcută și care trebuie să fie reală⁷ și nederminată de dol sau violență⁸. De exemplu, retragerea plângerii prealabile s-a considerat a fi obținută prin dol în cazul unei fapte de abuz de încredere când inculpatul a promis restituirea bunurilor deținute și ulterior nu a respectat promisiunea.

Retragerea plângerii prealabile trebuie să fie totală și necondiționată, adică să privească atât latura penală, cât și cea civilă a procesului. Cu alte cuvinte, partea vătămată nu poate renunța numai la acțiunea penală și nu poate condiționa retragerea plângerii prealabile de acordarea despăgubirilor civile.

În principiu, împăcarea părților trebuie să se realizeze în fața organului judiciar, până la rămânerea definitivă a hotărârii. Cu toate acestea, există posibilitatea ca împăcarea să fie consemnată într-un act autentic, pe care părțile sau numai una din ele îl prezintă organului judiciar sau instanței de judecată.

Condițiile care trebuie să fie îndeplinite pentru ca această instituție a retragerii plângerii prealabile să producă efecte juridice sunt următoarele:

- împăcarea intervine între persoana vătămată și inculpat;
- împăcarea părților reprezintă un act bilateral ce intervine între două părți pentru a stinge acțiunea penală și civilă, care trebuie exprimat printr-o declarație de voință clară, neechivocă a celor

⁵ C. S. Paraschiv, M. Damaschin, *Drept procesual penal*, București, Lumina Lex, 2004, p.397.

⁶ I. Neagu, op.cit., p.431; Dongoroz II, p.96; N. Volonciu, op., cit., p.69.

⁷ I. Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială*, vol.I, Editura Osca Print, 1994, p.152.

⁸ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea specială*, vol.II, Editura Paideia, București, 1994, p.116.

doua părți⁹. Acordul de voință trebuie să fie neviciat, să nu fi fost dat sub influența violenței, a dolului sau erorii.

- împăcarea este personală în sensul că produce efecte numai fața de persoana sau persoanele cu care partea vătămată s-a împacat, produce efecte *in personam* ; spre deosebire de lipsa plângerii prealabile care produce efecte *in rem*;

- împăcarea părților trebuie să fie totală, atât sub aspectul laturii penale cât și a celei civile;

- împăcarea părților trebuie să fie necondiționată;

- împăcarea părților trebuie să fie definitivă, adică să nu mai existe o cale de revenire asupra ei¹⁰;

- împăcarea părților poate interveni oricând dar nu mai târziu de pronunțarea unei hotărâri de condamnare; aceasta fiind posibilă atât în cursul urmaririi penale, a judecății în primă instanță, în apel sau recurs.

Conform art.132 alin.1 Cod penal, împăcarea părților în cazurile prevazute de lege, înlătură răspunderea penală stingând și acțiunea civilă.

Se poate trage concluzia că statul a înțeles să renunțe la dreptul său exclusiv de exercițiu a acțiunii penale în favoarea persoanei vătămate pentru unele infracțiuni care au un grad mai redus de pericol social și privesc interese cu implicații individuale sau de familie, care ar putea fi afectate/deteriorate și mai mult dacă s-ar declanșa acțiunea penală fără acordul lor. În practică, în cazul infracțiunii de viol prevăzută de Codul penal în art.197 care se pedepsește la plângerea prealabilă a persoanei vătămate împăcarea părților a dezvoltat o practică neunitară la nivelul organelor judiciare, astfel că unele organe judiciare au considerat împăcarea părților, impediment pentru exercitarea acțiunii penale, potrivit art.10 lit.h Cod procedură penală, iar altele, luând în calcul această manifestare de voință a părții vătămate, doar ca pe o circumstanță atenuantă, motivându-se, că datorită publicității procesului penal persoana vătămată și așa traumatizată fizic și psihic prin săvârșirea infracțiunii se împacă cu învinuitul sau inculpatul; că în Codul penal la art 197 nu este prevăzută și posibilitatea împacării partilor în cazul acestei infracțiuni deoarece prezintă un grad de pericol social ridicat, pedeapsa este mai mare pana la 10 ani și tocmai din acest motiv legiuitorul nu a prevăzut că împăcarea părților înlătură caracterul penal.

Politica judiciară penală poate fi realizată cu o mai mare eficiență socială dacă, pentru astfel de infracțiuni, se ține seama de voința persoanelor vătămate decât dacă s-ar trece peste această voință¹¹. Asadar, legea penală a recunoscut persoanei vătămate un drept absolut¹² și exclusiv în aplicarea legii penale, prin reglementarea plângerii prealabile.

În opinia mea în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate ca excepție de la principiul oficialității, organele judiciare trebuie să țină cont pe tot parcursul procesului penal, de dreptul persoanei vătămate de a retrage plângerea prealabilă sau de a se împăca cu învinuitul sau inculpatul, deoarece dreptul este absolut, exercitarea acțiunii penale depinzând numai de voința persoanei vătămate prin infracțiune, retragerea plângerii prealabile precum și împacarea partilor, fiind un impediment pentru punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale potrivit art.10 lit. h Cod procedură penală.

3. Aspecte privind indivizibilitatea

În legătură cu reglementarea plângerii prealabile trebuie subliniat caracterul indivizibil al acesteia, care produce o extindere a plângerii prealabile peste voința persoanei vătămate. Astfel, în cazul în care o faptă a produs vătămări mai multor persoane, răspunderea penală a făptuitorului este

⁹ N.Volonciu, *Tratat de procedură penală, Parte specială*, vol.II, Editura Paideia, București, 1994,p.117.

¹⁰ Tribunalul Municipiului București, s.a II-a p.,d nr.689/1985,R3,p.250.

¹¹ V.Dongoroz ș.a.,*Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol.II,Ed.Academiei,Bucuresti,1970,p.384.

¹² I.Neagu, *Drept procesual penal, Partea specială*, vol.I, Editura Oscar Print, București, 1994, p.152.

antrenată chiar dacă plângerea prealabilă provine numai de la una din persoanele vătămate. Este așa numită *indivizibilitate activă* a răspunderii penale, în sensul că atunci când în același raport juridic penal sunt mai multe persoane vătămate, adică mai mulți subiecți pasivi, atitudinea activă a uneia dintre aceste persoane produce efect ca și cum toate persoanele vătămate ar acționa¹³.

Dacă la săvârșirea aceleiași infracțiuni au participat mai multi făptuitori, plângerea prealabilă introdusă sau menținută numai împotriva unuia dintre ei atrage răspunderea penală pentru toți participanții la infracțiune - *indivizibilitate pasivă*. În acest caz, potrivit art. 131 alin. 4 Cod penal, tragerea la răspundere penală a tuturor făptuitorilor va avea loc, chiar dacă plângerea prealabilă s-a făcut sau se menține numai față de unul sau unii dintre aceștia.

În art. 131 alin. final Cod penal se prevede că atunci când cel vătămat este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu ori cu capacitate de exercițiu restransă, acțiunea penală se pune în mișcare și din oficiu. Legea penală a scos astfel, de sub incidența necesității plângerii prealabile a persoanei vătămate cazurile în care se justifică o protecție specială din partea autorităților judiciare. Dacă persoanele îndreptățite a reclama infracțiunile săvârșite împotriva persoanelor lipsite de capacitate sau a unui minor, nu manifestă interesul sesizării organelor judiciare cu plângere prealabilă, atunci acțiunea penală se pune în mișcare și din oficiu.

În ce privește împăcarea părților, jurisprudența s-a exprimat uneori în sensul că în cazul în care sesizarea se face din oficiu, retragerea plângerii prealabile nu ar produce efecte. Din interpretarea dispozițiilor legale aplicabile în materie nu rezultă însă că sesizarea din oficiu ar înlătura posibilitatea retragerii plângerii prealabile sau împăcarea părților. Din contră, o astfel de interpretare ar duce la o nepermisă îngrădire a drepturilor persoanelor lipsite de capacitatea de exercițiu, de altfel, art. 132 alin.3 Cod penal prevede expres că împăcarea părților este posibilă și în ipoteza sesizării din oficiu.

4. Termenul de introducere a plângerii prealabile

Potrivit art. 284 alin. 1 Cod de procedură penală „în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede că este necesară o plângere prealabilă, aceasta trebuie introdusă în termen de 2 luni din ziua în care persoana vătămată a știut cine este făptuitorul.” Alin. 2 al art. 284 precizează că în situațiile „când persoana vătămată este un minor sau un incapabil, termenul de 2 luni curge de la data când persoana îndreptățită a reclama a știut cine este făptuitorul.” În cazul persoanelor incapabile dispozițiile amintite se aplică după caz. Dacă persoana vătămată este un minor care are capacitate de exercițiu restransă, termenul va curge din momentul când acesta a știut cine este făptuitorul, nefiind semnificativă data cunoașterii făptuitorului de către reprezentantul legal. Deopotrivă, dacă minorul nu are capacitate de exercițiu este irelevant faptul că acesta l-a cunoscut pe făptuitor la o anumită dată, singurul moment care contează fiind când reprezentantul legal a deținut informația respectivă.

În legătură cu respectarea termenului de introducere a plângerii prealabile practica judiciară a lămurit numeroase probleme. Astfel, s-a statuat că este irelevant faptul că persoana vătămată minoră și unul din părinții săi erau internați în spital în cadrul termenului de introducere a plângerii, din momentul ce sesizarea putea fi făcută în acest interval și de către celalalt părinte¹⁴.

În literatura de specialitate din trecut s-au susținut opinii contradictorii în legătura cu natura juridică a termenului de introducere a plângerii, considerându-se de unii că aceasta ar fi un termen substanțial¹⁵, iar de alții ca ar avea un caracter strict procedural. Întrucât termenul este înscris în legea de procedură penală și codul nu face derogări sau alte precizări, consider că just s-a specificat în

¹³ N.Volonciu, *Tratat de procedură penală, Parte specială*, vol.II, Editura Paideia, București, 1994, p.115.

¹⁴ Trib. Jud. Suceava, dec.pen. nr.106/1982, R.R.D., nr.9/1982, p.70.

¹⁵ M.Popovici, *Plângerea prealabilă în reglementarea actualului Cod de procedură penală*, în R.R.D. nr.9/1969, p.23.

doctrina că acest termen trebuie calculat după regulile comune înscrise în art. 186 alin 3 și 4 Cod de procedură penală¹⁶. Prevederile acestui articol, la alineatele menționate cuprind următoarele: *„Termenele socotite pe luni sau pe ani expiră, după caz, la sfârșitul zilei corespunzătoare a ultimei luni ori la sfârșitul zilei și lunii corespunzătoare din ultimul an. Dacă această zi cade într-o lună ce nu are zi corespunzătoare, termenul expiră în ultima zi a acelei luni. Când ultima zi a unui termen cade într-o zi nelucrătoare, termenul expiră la sfârșitul primei zile lucrătoare care urmează.”*

Termenul de introducere a plângerii are un caracter procedural, nerespectarea lui atrăgând decăderea din exercițiul dreptului de introducere a plângerii și anularea plângerii prealabile dacă aceasta a fost făcută.

Pentru ipoteza formulării plângerii prealabile prin scrisoare recomandată, procedura atestării respectării termenului de introducere se raportează la momentul eliberării recipisei de către oficiul poștal, și nu la momentul înregistrării plângerii la organului judiciar. În situația când plângerea prealabilă este trimisă prin poștă, scrisoarea nefiind recomandată, data care se calculează este data poștei (ștampila oficiului poștal).

Codul de procedură penală prevede un caz de introducere peste termen a plângerii prealabile și anume în situația schimbării încadrării juridice. Astfel, art. 286 Cod de procedură penală arată că : *„dacă într-o cauză în care s-au făcut acte de cercetare penală se consideră ulterior că fapta urmează a primi o încadrare juridică pentru care este necesară plângerea prealabilă, organul de cercetare penală cheamă partea vătămată și o întreabă dacă înțelege să facă plângere”*.

În cazul în care plângerea prealabilă a fost introdusă în termenul prevăzut de lege la un organ necompetent, ea se consideră valabilă potrivit dispozițiilor art. 285 și art.222 alin.7 (introdus prin Legea nr. 356/2006) Cod de procedura penală, care prevede ca *„plângerea prealabilă greșit îndreptată la organul de urmarire penală sau la instanța de judecată se trimite pe cale administrativă organului competent”*. Dacă infracțiunea pentru care se cere plângere prealabilă rezultă dintr-o schimbare de încadrare juridică termenul va curge din momentul în care organul judiciar cheamă partea vătămată și îi aduce la cunoștința noua încadrare juridică. În cazul în care nu formulează plângere se va dispune încetarea urmăririi penale, dacă formulează plângere se va continua urmărirea penală.

5. Aspecte de practică judiciară

Deși art. 284 C. pr. pen. este cât se poate de clar, precizând că *”în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede că e necesară o plângere prealabilă, aceasta trebuie să fie introdusă în termen de 2 luni din ziua în care persoana vătămată a știut cine este făptuitorul”*, instanțele de judecată au avut opinii diferite. Astfel, unele instanțe au considerat că termenul de 2 luni pentru introducerea plângerii prealabile în cazul infracțiunilor continuate sau continue curge de la momentul consumării sau, după caz, al epuizării infracțiunii. Alte instanțe, dimpotrivă, au hotărât că acest termen curge din ziua în care persoana vătămată a știut cine este făptuitorul, cu motivarea că art. 284 C. pr. pen. nu distinge între infracțiunea continuată, continuă sau simplă, instantanee.

Fiind un act de sesizare, devine deosebit de importantă stabilirea momentului din care începe să curgă termenul de 2 luni în vederea depunerii plângerii prealabile, pentru a se asigura atât persoanei vătămate, cât și făptuitorului, posibilitatea să-și exercite drepturile specifice poziției lor procesuale.

În acest sens, în planul dreptului penal, lipsa plângerii prealabile este considerată o cauză care înlătură răspunderea penală (art. 131 C. pen.), iar în planul dreptului procesual penal, lipsa plângerii prealabile este reglementată ca o cauză care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale (art. 10 lit. f C. pr. pen.).

¹⁶V.Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice*, vol.II, Ed. Academiei,București1975, p.100.

Rezultă, din analiza dispozițiilor legale menționate, că plângerea prealabilă are o natură juridică mixtă – substanțială și procedurală, iar termenul de 2 luni are o esență substanțială și o reglementare de natură procedurală. Ca urmare, în cazul în care persoana vătămată nu cunoaște identitatea făptuitorului în momentul săvârșirii faptei, pentru a nu se ajunge la decăderea acesteia din dreptul de a face plângere, legiuitorul a prevăzut ca termenul curge din momentul aflării identității acestuia.

”Infrațiunea continuă se caracterizează prin prelungirea în chip natural a acțiunii sau inacțiunii, ce constituie elementul material al laturii obiective, după consumare, până la intervenția unei forțe contrare. Epuizarea infrațiunii continue este dată de momentul intervenției unei forțe contrare”⁴. Infrațiunea continuă se identifică după elementul material al laturii obiective, ce presupune o acțiune sau inacțiune ce durează în timp, spre exemplu ”deținerea”, ”reținerea”, ”purtarea”, ”conducerea unui autovehicul”⁵.

Infrațiunea continuată se caracterizează ”prin săvârșirea de către aceeași persoană, la intervale de timp diferite, în realizarea aceleiași hotărâri infracționale, a unor acțiuni sau inacțiuni care prezintă fiecare în parte conținutul aceleiași infrațiuni”⁶.

Astfel, constituie infrațiune continuată furtul unor materiale de construcție de pe un șantier, prin acte repetate de sustragere de către același infractor⁷.

Analizând comparativ cele două tipuri de infrațiuni, rezultă că pentru începerea curgerii termenului pentru formularea plângerii prealabile nu este necesară epuizarea infrațiunii, fiind suficient să fi început comiterea acesteia (în cazul infrațiunii continue) ori să se fi comis prima acțiune (în cazul infrațiunii continuate), cu îndeplinirea evidentă a condiției ca persoana vătămată să fi cunoscut pe autor. Mai mult, dispozițiile art. 284 alin. 1 C. pr. pen. nu conțin niciun fel de distincție referitoare la formele de săvârșire a infrațiunii, ceea ce înseamnă că aceste dispoziții se aplică indiferent dacă infrațiunile constau în fapte consumate sau în fapte epuizate, termenul curgând fără nici un fel de diferențiere din momentul cunoașterii făptuitorului.

Din considerentele expuse, Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite, prin Decizia nr. 10 din 18 februarie 2008, a admis recursul în interesul legii, declarat de Procurorul General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție referitor la interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 284 C. pr. pen., cu privire la data de la care curge termenul de 2 luni pentru introducerea plângerii prealabile în cazul infrațiunilor continuate și continue.

Așa cum a stabilit instanța supremă, soluția care se impune este aceea că termenul de 2 luni prevăzut de art. 284 alin. 1 C. pr. pen. poate să curgă:

- din momentul consumării infrațiunii, dacă acest moment este identic cu cel al cunoașterii făptuitorului;
- din momentul cunoașterii făptuitorului, moment care se poate situa după momentul consumării, până la cel al epuizării;
- din momentul epuizării infrațiunii sau ulterior acestuia, odată cu cunoașterea făptuitorului, caz în care nu trebuie depășit termenul de prescripție a răspunderii penale.

O altă soluție nu poate fi acceptată deoarece s-ar crea, pe cale judiciară, un alt termen, mai lung decât cel prescris de legiuitor, dacă persoana vătămată ar formula plângere prealabilă în termen de 2 luni de la momentul epuizării infrațiunii, iar nu în termen de 2 luni din momentul în care a cunoscut identitatea făptuitorului.

6. Concluzii

În lumina a ceea ce am studiat, plângerea prealabilă se înfațișează ca o instituție care dă expresie juridică unor interese social-politice încălcate prin săvârșirea unei infracțiuni aceasta reglementând declanșarea și desfășurarea procesului penal. Este o instituție care se înscrie ca o excepție de la principiul oficialității și care constă în posibilitatea oferită de lege persoanei vătămate

într-un drept al său prin savârșirea unei infracțiuni de a decide dacă va sesiza sau nu organele competente pentru tragerea la răspundere penală a celui ce a savârșit infracțiunea.

Această excepție a fost admisă de legiuitor pentru ca în urma analizei de fapt și de drept a situației și totodată a gradului redus de pericol social al anumitor infracțiuni persoana vătămată să decidă singură atitudinea acesteia față de modul de sesizare, lăsând totodată la aprecierea persoanei vătămate pe tot parcursul procesului penal posibilitatea de a retrage plângerea penală formulată sau, de a se împăca cu învinuitul/inculpatul în funcție de stadiul procesual în care se află. Prin Legea 2002/2010 legiuitorul a introdus și posibilitatea medierii, în sensul că persoana vătămată poate media cu învinuitul/inculpatul pentru repararea prejudiciului material și cu privire la daunele morale, în condițiile legii prin apelarea la un mediator. Partea vătămată are la îndemână cele două instituții prevăzute de dreptul penal și cel procesual penal, de retragere a plângerii prealabile precum și de împăcare a părților.

Prin această derogare de la principiul oficialității s-a pus la dispoziția persoanei vătămate, în orice stadiu al procesului penal să recurgă la retragerea plângerii prealabile față de făptuitor cât și la împăcarea cu acesta, acțiunea penală încetând, ceea ce nu se poate în alte situații când acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu și când scopul legii penale și anume tragerea la răspundere penală este dus la îndeplinire. Această derogare este posibilă doar la anumite infracțiuni care prezintă un pericol social mai redus ca și a relațiilor cu un caracter mai special, ce sunt între părți. (art 210 C pen.)

Pe lângă această condiție esențială de manifestare a părții vătămate de a face plângere prealabilă împotriva făptuitorului, legea mai prevede și alte cerințe, cum ar fi descrierea faptei, element indispensabil în funcție de care se face încadrarea juridică a faptei, indicarea făptuitorului, arătarea mijloacelor de probă, indicarea adresei martorilor, dacă ei există precizarea dacă partea vătămată se constituie parte civilă în procesul penal și indicarea persoanei responsabile civilmente atunci când este cazul. Pe lângă aceste mențiuni trebuie și semnătura persoanei vătămate, care deși nu este prevăzută în mod expres de art. 283 Cod de procedură penală coroborat cu alte prevederi legale, este necesară.

De asemenea, foarte important este și termenul de introducere a plângerii prealabile, termen de care persoana vătămată trebuie să țină cont, deoarece după acest termen decade din dreptul de a formula plângerea și va fi respinsă ca fiind tardiv formulată. Termenul de introducere a plângerii prealabile este de două luni de la data când se cunoaște făptuitorul conf. art 284 alin(1) sau, în cazul în care persoana vătămată este un minor sau un incapabil termenul începând să curgă de la data când persoana îndreptățită a reclama a știut cine este făptuitorul conf. art 284 alin (2). În cazul infracțiunilor continue și continuate, așa cum instanța supremă a hotărât termenul de două luni începe să curgă, din momentul consumării infracțiunii, dacă acest moment este identic cu cel al cunoașterii făptuitorului ; din momentul cunoașterii făptuitorului, moment care se poate situa după momentul consumării, până la cel al epuizării; din momentul epuizării infracțiunii sau ulterior acestuia, odată cu cunoașterea făptuitorului, caz în care nu trebuie depășit termenul de prescripție a răspunderii penale.

Referințe bibliografice

- Antoniu G., Volonciu N., Zaharia N., *Dictionar de procedura penală*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1988
- Bulai C., *Drept penal, Partea generală, vol.III*, București, 1982.
- Dongoroz V. s.a., *Explicatii teoretice ale Codului de procedura penală*, Editura Academiei, București, 1975
- Dongoroz V., *Drept penal*, București, 1939
- Dongoroz V. s.a. *Explicatii teoretice ale Codului penal roman, Partea generală, vol.II*, Editura Academiei, București, 1970
- Gotu P., *Plângerea prealabilă și punerea în mișcare a acțiunii penale, atunci când partea vatămata este un minor cu capacitate de exercitiu restransa*, Revista Romana de Drept nr. 11/1983

- Giurgiu N., *Cauzele de nulitate in procesul penal*, Editura Stiintifica si Pedagogica, Bucuresti, 1974
- Iliescu N., *Explicatii teoretice ale Codului de procedura penala, Partea speciala, vol.II*, Editura Academiei, 1976
- Lisnic N., *Plangerea prealabila. Conditii de valabilitate*, Revista Romana de Drept Penalnr.4/2004
- Neagu I., *Drept procesual penal, Partea speciala, vol.I*, Editura Oscar Print, Bucuresti, 1994
- Neagu I., *Drept procesual penal. Tratat*, Editura Global Lex, Bucuresti, 2002
- Paraschiv Silvia Carmen, Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Lumina Lex, 2004
- Papu G., *Despre conținutul plângerii prealabile și efectele neregularităților în această privință*, Revista Dreptul nr.5/2001
- Pavaleanu M, I.Iacobuta, M.Covalciuc, *Drept procesual penal*, Editura Pamfilius, Iasi, 2005.
- Popovici M., *Plangerea prealabila in reglementarea actualului Cod de procedura penala*, Revista Romana de Drept nr.9/1969
- Theodoru G., *Drept procesual penal, Partea speciala*, Editura Cugetarea Iasi, 1998.
- Volonciu N., *Tratat de procedura penala, Partea speciala, vol.II*, Editura Paideia, Bucuresti, 1994
- Volonciu N., *Tratat de procedură penală*, Editura Paideia, Bucuresti, 2003.
- Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor.
- Legea nr. 356/2006 pentru modificarea și completarea Codului de procedura penala, precum si pentru modificarea altor legi.
- Codul Penal, editie îngrijită de Tudorel Toader, Editura Hamangiu, Bucuresti,2010.
- Codul de Procedura Penala, editie îngrijită de Tudorel Toader, Editura Hamangiu, Bucuresti,2010.
- Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor
- Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiunile Unite, Decizia nr. 10 din 18 februarie 2008
- Trib.jud. Suceava, decizia penala nr.106/1982 Revista Romana de Drept nr.9/1982
- Trib. Mun. Bucuresti, Sectia II-a penala, decizia nr.689/1985

INTERCEPTĂRILE ȘI ÎNREGISTRĂRILE CA MIJLOACE DE PROBĂ ÎN LEGISLAȚIA ROMANĂ.

Andrei MOTELICĂ*

Abstract

The article focuses on analyzing key elements as well as legal issues concerning wire tapping and video surveillance while also clarifying the special circumstances when such methods can be used thus assuring time efficiency while the prosecution is gathering evidence for it's case. The existence of such methods is crucial in a democratic state so as to insure national security and uphold public order by preventing crimes that present high social threat, though equally as important is controlling said methods against abuse even by the institution whose purpose is to uphold the law.

Cuvinte cheie: interceptările și înregistrările audio sau video, siguranța națională, mijloace de probă.

1. Introducere

1.1. Importanța interceptărilor și înregistrărilor audio sau video-concept. Evoluția din ultimele decenii a tehnologiei a avut un impact imens atât asupra vieții cotidiene, cât și în practicile investigațiilor criminalistice specifice organelor de cercetare penală. Dezvoltarea tehnologiei a diversificat în același timp și modalitățile prin care parchetul, poliția și serviciile speciale pot intercepta comunicațiile electronice (convorbiri telefonice, e-mail, poziționare GPS, etc.) atât de utilizate de către persoane.

Astfel societățile democratice sunt amenințate de un fenomen infracțional din ce în ce mai complex, motiv pentru care statele trebuie să fie capabile de a combate în mod eficient și prompt asemenea amenințări și de a supraveghea elementele subversive ce acționează pe teritoriul lor. Dispoziții legislative în materia interceptărilor și înregistrărilor audio sau video devin necesare într-o societate democratică, în vederea asigurării securității naționale, apărării ordinii publice ori prevenirii săvârșirii de noi infracțiuni¹.

Includerea acestor mijloace de probă, după o perioadă în care a fost manifestată o rețineră față de acestea prin prisma faptului că pot fi truate relativ ușor, reprezintă o modernizare a sistemului probațiunii în cadrul procesului penal. În același timp legiuitorul a instituit măsuri care, pe de o parte să preîntâmpine trucarea lor, iar pe de altă parte, să contribuie la verificarea ulterioară a autenticității lor.

1.2. Scurte precizări de ordin istoric. În Codul de procedură penală de la 1968², înregistrările audio și video nu erau prevăzute ca mijloace de proba în art. 64 din redactarea atunci în vigoare.

Abia în Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României³, art. 13 prevede posibilitatea culegerii informațiilor prin intermediul interceptărilor și înregistrărilor comunicațiilor, cu autorizarea prealabilă a procurorului, cu respectarea Codului de procedură penală.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: motelica.andrei@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin.

¹ N. Jidovu, *Interceptările și înregistrările audio sau video prevăzute în art 91' din Codul de procedura penală în jurisprudența Curții constituționale*, Revista Dreptul, nr. 7/2010, pg. 170.

² Publicat în Buletinul Oficial nr. 145-146 din 12.11.1968.

³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 163 din 7.08.1991.

Însă, în Codul de procedură penală, înregistrările audio sau video sunt prevăzute ca mijloace de probă în art. 64 abia prin modificarea acestuia în virtutea Legii nr. 141/1996⁴. Totodată, tot conform dispozițiilor Legii nr. 141/1996 este prevăzută o procedură precisă de administrare a probelor prin intermediul înregistrărilor audio sau video prin introducerea unei secțiuni noi cu nr. V¹ în cadrul Capitolului II privind mijloacele de probă din Titlul III privind Probele și Mijloacele de Probă.

Secțiunea V privind Interceptările și înregistrările audio sau video suferă ultimele modificări prin Legea nr. 281/2003, Legea nr. 356/2006 și O.U.G. nr. 60/2006.

În comparație cu redactarea art. 91¹, anterioară adoptării Legii nr. 356/2006, pot fi formulate o serie de observații. În primul rând, a fost completată reglementarea în care este menționat obiectul interceptărilor și înregistrărilor. Astfel, anterior Legii nr. 356/2006, interceptările și înregistrările vizau „convorbiri sau comunicări”. De lege lată, sunt avute în vedere „convorbirile sau comunicările efectuate prin telefon sau prin orice mijloc electronic de comunicare”⁵.

1.3. Condițiile cumulative necesare pentru autorizarea interceptărilor. Să se fi început urmărirea penală, cel puțin *in rem*, adică cu privire la faptă. Să existe date sau indicii temeinice privind pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni pentru care urmărirea se face din oficiu. Activitatea este justificată pentru stabilirea situației de fapt, pentru identificarea și localizarea participanților, care nu poate fi făcută prin alte mijloace ori cercetarea ar fi mult întârziată. Infracțiunea să fie una din cele nominalizate la alin. 2 din art. 91¹ C. pr.pen. (facem precizarea, însă, că enumerarea este exemplificativă, legiuitorul înțelegând ca procedura să fie aplicabilă și altor infracțiuni cu un grad ridicat de pericol social)⁶.

2. Procedura efectuării interceptărilor și înregistrărilor

2.1. Competențe. Conform reglementării anterioare adoptării Legii nr. 356/2006 autorizarea efectuării interceptării și înregistrării se dispunea de către președintele instanței căreia îi revenea competența să judece în prima instanță. Ca urmare a adoptării Legii 256/2006 nu mai este obligatoriu ca cel care autorizează interceptările sau înregistrările să fie în mod expres președintele instanței, acesta putând să delege această atribuție unui alt judecător din aceeași instanță. *De lege lata* însă această atribuție revine în special președintelui instanței căreia îi revine competența să judece cauza în prima instanță, iar în ipoteza în care acesta lipsește autorizarea poate fi dată de un alt judecător desemnat. Această reglementare are o importanță în planul aflării adevărului deoarece dacă autorizarea unor interceptări sau înregistrări audio sau video ar fi fost lăsate doar în sarcina unui singur judecător ar fi produs piedici în anchetă sau chiar ar fi permis să se săvârșească noi infracțiuni.

Trebuie subliniat și faptul că prin stipularea că este necesar un mandat de la un judecător desemnat să autorizeze interceptările și înregistrările audio sau video, se asigură că organele de cercetare penală și în special procurorul nu vor încerca să abuzeze de acest instrument tehnic.

Se remarcă și o competență alternativă în rândul instanțelor. Astfel autorizația se poate dispune instanței competente să judece cauza în primă instanță, ori instanței corespunzătoare în grad instanței căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță, în a cărei circumscripție se află sediul parchetului procurorului care efectuează urmărirea penală

⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 289 din 14.11.1996.

⁵ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pg. 489.

⁶ „trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monedă sau alte valori, în cazul infracțiunilor prevăzute de legea 78/2000 pentru prevenirea combaterea și sancționarea faptelor de corupție”.

2.2. Autorizarea interceptării și înregistrării. Autorizarea interceptării și a înregistrării se face prin încheiere motivată: care va cuprinde indiciile concrete și faptele care justifică măsura; motivele pentru care situația de fapt sau identificarea și localizarea participanților nu poate fi făcută prin alte mijloace sau dacă cercetarea ar fi mult întârziată; persoana care este considerată făptuitor; mijlocul de comunicare și nu în ultimul rând perioada pentru care sunt autorizate interceptările.

Un alt aspect important este cel cu privire la durata autorizării interceptărilor, acesta revenind în sarcina procurorului care va înainta instanței un termen estimativ necesar pentru asigurarea eficienței interceptărilor. Președintele instanței ori judecătorul care va emite autorizația trebuie să aprecieze că interceptările sau înregistrările se impun pentru stabilirea situației de fapt. Autorizația se dă pentru durata necesară interceptării dar nu mai mult de 30 de zile cu posibilitatea reînnoirii, înainte sau după expirarea celei anterioare, fiecare prelungire la rândul neputând depăși 30 de zile. Durata totală a înregistrărilor cu privire la aceeași persoană sau fapta nu poate depăși 120 de zile (art 91¹ alin. 3 și 4 C.pr.pen.). Este de observat faptul că prin noile prevederi a fost înlocuită formularea de “4 luni” cu cea de “120 de zile”. Astfel se evită situațiile în care unei persoane îi erau înregistrate convorbirile 4 luni și se ajungea la o interceptare efectivă de timp de 121 de zile sau chiar 122 de zile⁷.

În anumite situații speciale, în caz de urgență în baza art. 91² raportat la art. 91¹ alin. (1), (2) și (8), procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală poate dispune, cu titlu provizoriu, prin ordonanța motivată înscrisă în registrul special prevăzut în art. 228 alin. (1¹) C.pr.pen., interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor, pe o durată de cel mult 48 de ore. În termen de 48 de ore de la expirarea termenului prevăzut în alin. (2) procurorul prezintă ordonanța împreună cu suportul pe care sunt stocate înregistrările sau interceptările alături de un proces-verbal de redare a convorbirilor, judecătorului instanței competente să judece cauza în primă instanță sau de la instanță corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află sediul parchetului. Judecătorul se va pronunța asupra temeiniciei și legalității ordonanței în termen de maxim 24 de ore prin încheiere motivată, citită în camera de consiliu. Dacă judecătorul nu confirmă ordonanța de interceptare și înregistrare provizorie, înregistrările nu dobândesc valențe probatorii, fiind șterse sau distruse după caz.

Se impune a fi precizat faptul că în cazul interceptărilor și înregistrărilor audio sau video mijlocul de probă în procesul penal este constituit de procesul-verbal de redare scriptică a înregistrărilor (așa cum impune art. 91³ C. pr. Pen.) și nu de înregistrarea propriu-zisă sau de suportul magnetic al acesteia⁸.

Prin această operațiune de certificare (de către procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală) convorbirile, comunicările, imaginile interceptate și înregistrate dobândesc valențe probatorii, iar mijlocul recunoscut de lege prin care acestea sunt relevate este constituit de procesul-verbal de redare scriptică a acestora, în conformitate cu dispozițiile art. 91³ C. pr. pen..

În art. 91 indice 5 C. pr. pen. se prevede că înregistrarea convorbirilor pe bandă magnetică și înregistrările de imagini care pot servi ca mijloc de probă pentru aflarea adevărului pot fi supuse expertizei tehnice la cererea procurorului, a părților ori din oficiu, în scopul înlăturării eventualelor contrafaceri, trucări.

Organele judiciare văd în dispozițiile Codului de procedură penală privitoare la înregistrările audio sau video baza legală a punerii sub ascultare de natură să garanteze această activitate împotriva abuzurilor posibile, totodată legea prevăzând și mijloacele de îndreptare a eventualelor excese apărute în urmărirea penală⁹

Este de remarcat faptul că în ipoteza în care se constată că interceptările și implicit înregistrările au fost făcute fără să existe o temeinicie, chiar dacă înregistrările vor fi șterse sau

⁷ I. Neagu, *op. cit.*, pg. 493.

⁸ D. Apostol, T. Bărbăciour, *op. cit.*, pg. 120.

⁹ M. Apetrei, *Înregistrările audio sau video-mijloace de probă în procesul penal*. R.D.P. nr. 3/1998 pg. 95.

distruse (în funcție de suportul pe care au fost stocate), va rămâne interceptarea propriu-zisă nefiind stocată pe un suport. Nu se va putea înlătura caracterul nelegal și netemeinic al interceptării. Astfel cu toate că parțial dreptul la intimitate conferit de Convenția internațională a drepturilor omului va fi reparat prin distrugerea înregistrărilor, acțiunea de interceptare va rămâne ireversibilă știrbind într-o oarecare măsură caracterul de drept al persoanei la intimitate, secretul corespondentei, etc.. Se remarcă de asemenea caracterul cuprinzător al formulării legiuitorului ”înregistrările vor fi șterse sau distruse”. Legiuitorul a considerat necesară delimitarea între operațiunea de “ștergere” și cea de “distrugere” mai ales prin prisma faptului că metodele de stocare a înregistrărilor diferă, fotografiile putând fi definite ca înregistrări statice ele nu pot fi șterse fiind necesară distrugerea lor în condiții speciale. Astfel sunt înregistrări care pot fi șterse de pe suportul de stocare și înregistrări care pot fi doar distruse. De asemenea este necesar ca și procesul-verbal de redare scriptică a înregistrărilor să fie distrus, în caz contrar operațiunea de distrugere sau ștergere a înregistrărilor de pe suportul de stocare dovedind inutilitate prin prisma faptului că ar fi conservate informații în procesul-verbal.

În doctrină s-a afirmat¹⁰ că ar fi o diferență între procurorul care verifică și contrasemnează autenticitatea înregistrărilor și cel care este în drept să solicite autorizarea interceptărilor și înregistrărilor audio sau video, mai exact fiind persoane distincte.

Afirmația este valabilă numai pentru situațiile în care se autorizează înregistrarea privind infracțiuni care atrag competența procurorilor în parchetele inferioare parchetului de pe lângă Curtea de apel, deoarece pentru o infracțiune de competență în primă instanță a curții de apel, atribuțiile de autorizare, verificare și contrasemnare a înregistrărilor ar putea fi conferite unuia și aceluiaș procuror¹¹.

Alte înregistrări¹². Dispozițiile art. 91¹-91³ se aplică în mod corespunzător și în cazul înregistrărilor în mediul ambiental, localizării sau urmăririi prin GPS ori prin alte mijloace electronice de supraveghere.

Textul anterior conținea dispoziții conform cărora procedura interceptărilor și înregistrărilor se aplică și în ceea ce privește “convorbiri efectuate prin alte mijloace de telecomunicație”. *De lege lata*, a fost reglementată posibilitatea înregistrărilor în mediu ambiental, operație care presupune înregistrarea discuțiilor care au loc între două sau mai multe persoane în mod direct, fără a se apela la mijloace tehnice de comunicare.

De asemenea, regimul instituit este valabil și în ceea ce privește operațiunile de localizare sau urmărire prin GPS¹³, ori alte asemenea mijloace de supraveghere.

3. Jurisprudența Curții Constituționale privind excepția de neconstituționalitate a art. 91¹

Prin decizia 962/2009 a fost respinsă excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 91¹ C.pr.pen., în motivarea acesteia se arată că dispozițiile procedurale prevăd suficiente garanții, iar o eventuală nerespectare a lor nu constituie o problemă de neconstituționalitate, ci una de aplicare, ceea ce însă excedează competenței Curții Constituționale.

S-a stabilit¹⁴ că nu poate fi primită nici susținerea potrivit căreia dispozițiile legale criticate contravin prevederilor constituționale ale art. 28 și art. 53 deoarece însăși textele invocate oferă

¹⁰ I. Gorgăneanu, *Înregistrările audio sau video și fotografiile*, R.D.P nr. 1/1997, pg. 55.

¹¹ C. Paraschiv, M. Damaschin, *Înregistrările audio sau video și fotografiile*, R.D.P. nr 3/2001 pg. 54.

¹² Art. 91¹ C.pr.pen. este reprodus astfel cum a fost modificat prin art. 1 pct. 50 din Legea nr. 356/2006.

¹³ G.P.S. (Sistemul de poziționare globală, Global Positioning System) se înțelege un sistem de determinare a unui mobil în orice punct de pe suprafața Pământului, în orice moment, indiferent de starea vremii, prin utilizarea unei constelații de 30 de sateliți artificiali (pentru detalii C.Păunescu, S.Dimitri, V. Mocanu, Curs G.P.S., Editura Universității din București, 2006)

legiuitorului libertatea unei astfel de reglementări, secretul corespondentei nefiind un drept absolut, ci susceptibil de anumite restrângeri, justificate la rândul lor de necesitatea instrucției penale. Astfel, societățile democratice sunt amenințate de un fenomen infracțional din ce în ce mai complex, motiv pentru care statele trebuie să fie capabile de a combate în mod eficace asemenea amenințări și de a supraveghea elementele subversive ce acționează pe teritoriul lor. Așa fiind, asemenea dispoziții legislative devin necesare într-o societate democratică, în vederea asigurării securității naționale, apărării ordinii publice ori prevenirii săvârșirii de infracțiuni.

Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale prin art. 8, consacră dreptul persoanei la respectarea vieții sale private și de familie și a corespondenței sale, nefiind permis amestecul autorităților decât în cazul în care există prevederi legale privind acest fapt și numai în măsură necesității lui.

Distinct de considerentele expuse, Curtea Constituțională a mai reținut că dispozițiile legale menționate nu permit administrarea mijloacelor de probă în afară procesului penal, adică în faza actelor premergătoare, cum eronat se susține de către autorul excepției¹⁵.

Interceptarea și înregistrarea audio sau video așa cum prevede art. 91¹ din C. pr. pen., la cererea procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală. Iată că utilizarea acestor mijloace de probă este plasată în prima fază a procesului penal potrivit art. 221 și art. 228 din C. pr. pen. atât în *personam* cât și în *rem*.

4. Jurisprudența europeană în materia interceptărilor și înregistrărilor

Față de noua dimensiune cunoscută de cooperarea internațională în materie penală de după 1990 și în urma Consiliului European de la Tampere (Finlanda, 15-16 octombrie 1990) s-a impus adoptarea de noi instrumente de asistență judiciară. Convenția UE din 29 mai 2000 și Protocolul Adițional la aceasta din 16 decembrie 2001 care au intrat în vigoare pentru România la data de 1 decembrie 2007 au reglementat între formele moderne europene de asistență judiciară pentru prima dată și interceptările telecomunicațiilor. Anterior convenției din 29 mai 2000 exista practica comisiilor rogatorii pentru obținerea interceptărilor în baza unor dispoziții generale.

În Hotărârea de principiu, cauza *Klass și alții* contra Germaniei din 6 septembrie 1978¹⁶, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat concilierea protecției Drepturilor Omului cu necesitatea de a adopta măsuri împotriva terorismului, admitând că existența unor dispoziții legislative care acordă puteri de supraveghere secretă a telecomunicațiilor este necesară într-o societate democratică, pentru securitatea națională însă aceasta trebuie să conțină garanții împotriva abuzurilor.

O altă cauză în care Curtea a constatat abuzuri a fost în cauză Dumitru Popescu contra României atunci când au fost nereguli grave cum ar fi: lipsa de independență a autorităților competente să autorizeze ingerința; lipsa oricărui control *a priori* al autorizației date de către procuror; lipsa oricărui control *a posteriori* al temeiniciei interceptării din partea unei autorități independente și imparțiale; lipsa de independență a autorității care ar fi putut certifica realitatea și fiabilitatea înregistrărilor¹⁷.

¹⁴ Decizia nr. 962/2009 privind soluționarea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art 91¹ din Codul de procedură penală, excepție ridicată de Ioan Mureșan în Dosarul nr. 4.941/1/2008 al Înaltei Curți de Casație și Justiție - Secția penală și de Ioan Lascau în Dosarul nr. 7/62/2005 (2.122/2005) al Tribunalului Brașov - Secția penală.

¹⁵ N. Jidovu, *op. cit.*, pg. 171.

¹⁶ CEDO, *Cauza Klass și alții contra Germaniei*, hotărâre din 6 septembrie 1978, în M. Voicu, *Protecția Europeană a Drepturilor Omului*, Ed. Lumina Lex 20001 pg. 223-225.

¹⁷ A.C. Moleanu, *Interceptarea telecomunicațiilor în spațiul juridic european*, R.D.P nr. 1/2009.pg 145

5. Concluzii

Într-un stat democratic care este guvernat de principiul respectului față de lege sunt stabilite proceduri clare și modalități de control pentru executarea legală a interceptărilor și înregistrărilor audio sau video, în scopul prevenirii abuzurilor și a folosirii nelegale a informațiilor rezultate. Respectarea acestor proceduri trebuie privită și prin prisma faptului că în cazul nerespectării acestor proceduri se va atrage consecința legală a nerespectării dispozițiilor procedurale în administrarea probelor în cadrul procesului penal. Art. 64 alin. 2 C. pr. pen. introduce o sancțiune specifică administrării nelegale a probatoriului și anume imposibilitatea folosirii mijloacelor de probă obținute în mod nelegal.

În opinia mea aceste interceptări și înregistrări audio sau video reprezintă o urmare normală a dezvoltării tehnologice. În acest sens, autoritățile prin organele judiciare penale, este necesar a se folosi de aceste mijloace moderne de identificare a participanților și a situației de fapt. În mod cert, cei care vor să încalce legea vor folosi noile descoperiri ale evoluției tehnologice iar organele abilitate ale statului trebuie să fie gata să combată aceasta realitate cu toate mijloacele aferente. În acest sens pot să spun că mă raliez afirmației lui Denis Szabo¹⁸, și anume că utilizarea acestor mijloace de probă moderne nu trebuie să fie împiedicată, scopul procesului penal, de tragere la răspundere a persoanelor care săvârșesc infracțiuni, justificând încălcarea legală a dreptului la viață private.

Referințe bibliografice

- Codul de procedură penală
- Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758/29.10.2003), renumerotată și republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767/31.10.2003
- Legea 51/1991, 141/1996, 281/2003, 356/2006
- NEAGU Ion, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, 2010, 709 pp.
- DAMASCHIN Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, 624 pp.
- A.C. Moleanu, *Interceptarea telecomunicațiilor în spațiul juridic european*, R.D.P nr. 1/2009 pg. 133-149
- N. Jidovu, *Interceptările și înregistrările audio sau video prevăzute în art 91' din Codul de procedură penală în jurisprudența Curții constituționale*, Revista Dreptul, nr. 7/2010 pg. 170-175
- D. Apostol, T. Bărbăcioru, *Interceptările și înregistrările audio și video în situații speciale*, R.D.P. nr. 1/2009 pg. 119-124
- M. Apetrei, *Înregistrările audio sau video-mijloace de probă în procesul penal*, în R.D.P., nr. 3/1998 pg. 94-96
- I. Gorgăneanu, *Înregistrările audio sau video și fotografiile*, R.D.P nr. 1/1997, pg. 50-57
- C. Paraschiv, M. Damaschin, *Înregistrările audio sau video și fotografiile*, R.D.P. nr. 3/2001 pg. 49-56
- Gh. Scripcaru, T. Pirozynski, *Utilizarea unor tehnologii noi în procesul judiciar*, în R.D.P. nr. 2/1996

¹⁸ D. Szabo *apud* G.H. Scripcaru, T. Pirozynski, *Utilizarea unor tehnologii noi în procesul judiciar*, R.D.P. nr. 2/1996, pg. 60.

INVESTIGATORUL SUB ACOPERIRE. EGALITATEA DE ARME PRIVIND SIGURANȚA ACESTUIA VERSUS ECHITATEA PROCESULUI PENAL

Christopher HERMANN¹

Abstract

The undercover agents right to protection is a enshrined and guaranteed right. The right to a fair trial is a fundamental right, also enshrined and guaranteed. In criminal proceedings, if the intersection of these two rights exists, there must be a balance that takes the form of equality of weapons in criminal proceedings so that justice can be possible. This paper presents the current imbalance of equity of the criminal trial in relation to the undercover agent institution, indicating some legislative gaps or ambiguities that cause problems in judicial practice. Also, we refer to national law discrepancy vis a vis the European Court of Human Rights legislation. Finally, we try to bring out some opinions from the legal literature speciality regarding undercover agent institution regulations de lege lata, as well as de lege ferenda.

Keywords: *undercover agent, security, fair trial, evidence, secrecy, inequality*

1. Aspecte introductive

Procesul penal se desfășoară cu respectarea anumitor faze procesuale.² Fazele procesului penal sunt clasificate astfel: urmărirea penală, judecata și punerea în executare a hotărârilor penale rămase definitive. Indisolubilă, atunci cand este cazul existenței unor acte premergătoare, este legătura acestora din urmă cu prima fază a procesului penal și anume urmărirea penală, întrucât faza actelor premergătoare este decisivă în ceea ce privește verdictul asupra începerii ori neînceperii urmăririi penale. Așadar, actele premergătoare decid soarta unei fapte ori presupuse fapte, constituind un prim filtru de control privind caracterul infracțional al unor fapte. Aici, se află dacă indiciile și/sau bănuielile care au determinat începerea acestei faze sunt verosimile sau neverosimile, în cazul verosimilității atrăgându-se începerea urmăririi penale, iar în cazul neverosimilității, neînceperea urmăririi penale. În doctrină³, se afirmă că etapa procedurală a actelor premergătoare contribuie la atingerea scopului procesului penal, întrucât unul din scopurile procesului penal îl reprezintă constatarea la timp a faptelor care constituie infracțiuni, iar în etapa actelor premergătoare sunt culese date sau informații privind existența sau inexistența infracțiunilor. Actele premergătoare sunt situate înainte de declanșarea urmăririi penale și efectuarea lor are în vedere începerea urmăririi penale.⁴ În conformitate cu alineatul 1 al articolului 224 din Codul de procedură penală, organul de urmărire penală poate efectua acte premergătoare. De asemenea, lucrătorii operativi din Ministerul de Interne și din celelalte organe de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, anume desemnați în acest

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (sedlexx@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

² “Toate activitățile îndeplinite în desfășurarea unei faze procesuale au ca funcțiune și finalitate proprii asigurarea și înlănțuirea desfășurării fazei procesuale următoare, funcțiune și finalitate proprii, care se integrează deci, în finalitatea comună tuturor fazelor, adică funcțiunea și finalitatea procesului penal.” Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, pag. 322.

³ Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea specială, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p.100.

⁴ Neagu Ion, Damaschin Mircea, *Drept procesual penal. Mapa de seminarii*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 215.

scop, pot efectua acte premergătoare.⁵ Actele premergătoare au totodată un rol profilactic în sensul că activitatea de culegere de date sau informații de către organele de urmărire penală, precum și de către lucrătorii operativi ai Ministerului Administrației și Internelor este cărmuită, printre altele, de sarcina prevenirii săvârșirii infracțiunilor. În alineatul final al articolului 224 din Codul de procedură penală se arată că poate constitui mijloc de probă procesul-verbal prin care se constată efectuarea unor acte premergătoare.⁶

În concret, prin efectuarea actelor premergătoare se urmărește pe de-o parte completarea informațiilor organelor de urmărire penală pentru a le contura și a le da o formă de constatare care să facă posibilă începerea urmăririi penale, iar pe de altă parte, verificarea informațiilor care sunt deja deținute. Tot în cadrul acestei etape procedurale, se verifică existența sau inexistența vreunui din cazurile prevăzute la articolul 10 din Codul de procedură penală, deoarece în funcție de incidența acestora, se dispune începerea sau neînceperea urmăririi penale.⁷

În temeiul celor amintite anterior, se poate lesne observa că etapa procedurală a actelor premergătoare este o etapă semnificativă și pretențioasă pentru că se pornește de la indicii, incomplete în multe cazuri, ori bănuiele. În Codul de procedură penală al Rusiei, persoana asupra căreia se exercită actele premergătoare, are calitatea procesuală de “bănuie”, ceea ce denotă relevanța acestei etape procedurale. Este imperios necesar ca această fază să fie tratată sensibil, într-o stare incognito a organelor de urmărire penală și a lucrătorilor operativi, deoarece, în caz contrar, ar fi imposibilă rezolvarea anumitor cazuri. “Printr-o expresie plastică, instrucția publică era comparată cu o pisică cu clopoței care nu poate prinde șoareci.”⁸ Printr-o construcție analogică, putem desprinde ideea că în faza actelor premergătoare activitățile și operațiunile întreprinse de către organele de urmărire penală și lucrătorii operativi trebuie să fie deghizate, delicate și subtile, respectând regulile pânzei deseori. Astfel, crește probabilitatea apropiării de infractori fără ca organele de urmărire să fie demascate și implicit a îndeplinirii misiunilor cu succes. Fără utilizarea acestor tehnici delicate, infractorii nu ar putea fi ținuti în vizor, ceea ce ar conduce la un rezultat diametral opus celui dezirabil justiției. Instituția sub incidența căreia cad aceste aspecte nu este alta decât instituția investigatorului acoperit.

2. Investigația secretă (ancheta sub acoperire)

2.1. Reglementarea instituției investigatorului acoperit în România. În România, instituția investigatorului acoperit a fost introdusă pentru prima dată prin art. 21 din Legea nr. 143/2000⁹ privind combaterea traficului și consumului ilicit de droguri și prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/4 aprilie 2002 privind Parchetul Național Anticorupție. În timp, această instituție a fost preluată și de alte legi penale speciale precum Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Legea nr. 678/21 noiembrie 2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, Legea nr. 38/21 ianuarie 2003 privind prevenirea și combaterea crimei organizate etc. Prin Legea nr. 281/2003 a fost modificat Codul de procedură penală, introducându-se art. 224¹ - 224⁴ care reglementează instituția investigatorului sub acoperire.

În ciuda enumeratelor modificări, practica organelor de urmărire penală și a instanțelor din subordine este contradictorie și neunitară.¹⁰ Cu acest prilej, avem posibilitatea de a supune atenției o problemă prezentă în practica instanțelor. Au instanțele de judecată dreptul de a cunoaște, în anumite

⁵ Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Paideia, București, s.a., p. 60.

⁶ Neagu Ion, *op. cit.*, p. 100.

⁷ Neagu Ion, Damaschin Mircea, *op. cit.*, p. 215.

⁸ Neagu Ion, *ibidem.*, p. 30.

⁹ Legea nr. 143/2000 a fost publicată în Monitorul Oficial 362 din 3 august 2000.

¹⁰ Herghelegiu Liviu, *Despre posibilitatea instanței de judecată de a cunoaște identitatea reală a investigatorului sub acoperire*, Revista Dreptul nr. 5/2005, p. 253.

situații, identitatea reală a investigatorului sub acoperire? Pentru a răspunde la această întrebare și a vedea consecințele răspunsului asupra siguranței investigatorului sub acoperire și a procesului penal, este necesar a cunoaște detaliat ce reprezintă investigatorul sub acoperire și operațiunea *undercover* în sine, întrucât acestea din urmă se condiționează reciproc.

2.2. Noțiunea de investigator sub acoperire. Conform art.224¹ din Codul de procedură penală, investigatorii sub acoperire sunt lucrători operativi din cadrul poliției judiciare și pot fi folosiți numai pe o perioadă determinată, în condițiile prevăzute în art. 224² și 224³. În legile speciale adoptate anterior Legii nr. 281/2003, nu erau menționați și lucrătorii din organele ce desfășoară activitate pentru strângerea de informații și pentru realizarea siguranței naționale. Lărgirea obiectului de activitate al investigatorului sub acoperire a fost motivul acestei extinderi.¹¹ Investigațiile secrete (operațiunile *undercover*) sunt tehnici de investigație delicate, întrucât în procesul utilizării acestor tehnici sunt încălcate sau periclitare principii precum principiul loialității și echității în cadrul cercetării infracțiunilor. Cauza o reprezintă faptul că tehnicile respective se clădesc, de regulă, pe viclenie și disimulare. O investigație secretă este caracterizată de 3 trăsături esențiale. Acestea sunt următoarele: secretul, viclenia și “infiltrarea”. În acest context, prin secret, ne referim la faptul că agentul *undercover* disimulează, camuflează calitatea sa de polițist sau de persoană care lucrează pentru poliție. Viclenia, presupune faptul că agentul *undercover* folosește diferite scenarii inventate, scopul imediat fiind acela de a castiga încrederea anumitor persoane suspecte sau a altora care au legătură cu acestea, iar scopul mediat, de a constata o infracțiune sau a strânge informații vitale cu privire la o (potențială) infracțiune. În fine, “infiltrarea” presupune realizarea unui contact nemijlocit între agentul *undercover* și potențialul autor. Cu alte cuvinte, presupune << “faptul, pentru un funcționar de poliție denumit infiltrant, de a întreține, sub o identitate falsă, relații durabile cu una sau mai multe persoane referitor la care există indicii serioase din care rezultă că au comis sau că urmează să comită infracțiuni în cadrul unei organizații criminale...”>>¹². În art. 21, alin.(1) din Legea nr. 143/2000 se stipulează că “Procurorul poate autoriza folosirea investigatorilor acoperiți pentru descoperirea faptelor, identificarea autorilor și obținerea mijloacelor de probă, în situațiile în care există indicii temeinice că a fost săvârșită sau că se pregătește comiterea unei infracțiuni dintre cele prevăzute în prezenta lege.” Prin urmare, investigatorul acoperit acționează pentru descoperirea faptelor, identificarea autorilor și obținerea mijloacelor de probă. Astfel, putem desprinde concluzia că legea stabilește doar scopul în care investigatorul acoperit trebuie să acționeze și că nuanțează clar finalitatea, fără însă a stabili *in concreto* activitățile pe care acesta le poate desfășura.¹³

3. Inegalitate de arme în procesul penal

3.1. Identitate secretă. Revenind asupra întrebării amintite în rândurile anterioare și anume dacă instanțele de judecată au dreptul de a cunoaște, în anumite situații, identitatea reală a investigatorului sub acoperire, vom încerca să găsim un răspuns. Potrivit prevederilor art. 224⁴ alin. 2 din Codul de procedură penală, numai procurorul competent să autorizeze folosirea unui investigator sub acoperire are dreptul să-i cunoască adevărata identitate, cu respectarea secretului profesional. *Per a contrario* instanțele de judecată nu au dreptul să cunoască identitatea reală a investigatorului sub acoperire. În acest context, trebuie precizat că identitatea reală a investigatorilor sub acoperire nu poate fi dezvăluită în timpul ori după terminarea acțiunii acestora. Observăm deci, că identitatea reală

¹¹ Hărăștășanu Angela, Predescu Ovidiu, *Investigatorul sub acoperire. Rolul instanțelor de judecată privind activitatea acestuia*, Revista Dreptul nr. 5/2004, p. 14.

¹² Mateuț Gheorghită, *Investigatorii sub acoperire. Utilizarea lor în timpul actelor premergătoare. Comentariu asupra noilor texte procedurale introduse în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003*, Revista Dreptul nr. 1/2005, p. 155-157.

¹³ Lascu Laura-Codruța, „Investigatorul acoperit”, o nouă instituție introdusă prin Legea nr. 143/2000 privind combaterea consumului ilicit de droguri, Revista Dreptul nr. 9/2002, p. 116-117.

a investigatorului rămâne secretă tot timpul. Singura excepție de la această regulă o reprezintă cazul procurorului, care după cum am văzut, are dreptul de a-i cunoaște identitatea reală, însă chiar și acest drept este restricționat, într-o oarecare măsură, prin intermediul obligației corelative de a respecta secretul profesional. Considerăm, alături de alți autori¹⁴ că “persoana interesată nu are dreptul să pretindă ridicarea anonimului agenților infiltrați, care sunt agenți aparținând unui serviciu de poliție care, fiind în misiune, sunt introduși într-un mediu criminal cu intenția de a strânge probe pentru infracțiunile proiectate sau comise.” << Din această cauză, pe de o parte, ofițerul de poliție care depune mărturie în fața judecătorului poate să refuze, în interesul luptei contra criminalității și pentru a asigura protecția informatorului său, să dezvăluie numele acestuia.”>>¹⁵ Singura derogare de la această regulă o constituie, după cum am amintit, prevederile art. 224⁴ alin. 2 din Codul de procedură penală.

În altă ordine de idei, legea stabilește faptul că sursele de informare au caracter confidențial, neputând fi cunoscute în nicio împrejurare. Mai mult decât atât, de același caracter confidențial, care a căpătat forma unui principiu în materie, suntacompaniate și metodele și mijloacele prin care se exercită activitatea de culegere a informațiilor, acestea neputând fi divulgate. Subliniem în acest context că legea îi interzice instanței sau judecătorului dreptul de a consulta dosarul secret. Ca atare, putem lesne observa că utilizarea investigatorilor sub acoperire în cadrul actelor premergătoare nu este supusă unui control jurisdicțional. Acest aspect a trezit suspiciuni, atât în literatura de specialitate, cât și în practică, ridicându-se un semn de întrebare vis-a-vis de unul dintre principiile consacrate și garantate de lege și anume principiului dreptului la un proces echitabil. Asupra acestui punct vom plana în titlul “Concluzii” încercând să aducem argumente și idei care este posibil să aibă aptitudinea de a aduce noi valențe acestei problematice. Înainte de a reveni însă asupra acestor probleme ridicate, se impune să facem câteva precizări în vederea justificării măsurilor de protejare a identității investigatorului sub acoperire și a mijloacelor și metodelor folosite în investigația secretă. Rațiunea pentru care elementul secret constituie un factor esențial al acestei instituții este legitimă, întrucât secretizarea tehnicilor folosite de investigatorii sub acoperire are un scop bine definit: ocrotirea tehnicilor utilizate. Această protejare este indispensabilă funcționării în parametri optimi a investigațiilor acoperite și implicit a realizării finalității procesului penal, respectiv înfăptuirea justiției. Absența acestei măsuri de protecție (secretizare) ar conduce la cunoașterea tehnicilor de anchetă în sfera publică, ceea ce ar permite accesul mediilor criminale la aceste tehnici. Accesul acestora la tehnicile respective le-ar permite studiarea lor de către potențialii infractori, ceea ce ar crea posibilitatea unei facile contracarării a tehnicilor. În asemenea condiții, tehnicile utilizate de investigatorii sub acoperire ar deveni ineficiente sau neîntrebunțabile, iar scopul tehnicilor ar fi atins mult mai greu sau chiar deloc. Prin urmare, scopul misiunii ar fi atins într-un mod anevoios sau nu ar putea fi atins, lucru care ar atrage fie îngreunarea înfăptuirii justiției, fie neînfruptarea justitiei, eșecul acesteia. Un asemenea curs al lucrurilor este desigur indezirabil. Drept urmare, caracterul secret prezintă o deosebită relevanță în prevenirea și combaterea criminalității, iar protejarea lui este pe deplin îndreptățită din acest punct de vedere.. Pe de altă parte, protecția identității reale a investigatorului sub acoperire este foarte importantă, întrucât protecția vizează siguranța agentului și nu numai. Când vorbim de siguranța agentului, trebuie să luăm în considerare pe lângă viața și integritatea acestuia și siguranța membrilor familiei acestuia. În cazul deconspirării agentului sub acoperire, viața acestuia și a familiei sale ar fi puse în pericol. Pentru a preveni existența unui pericol de asemenea anvergură, Ministerul de Interne asigură protecția polițistului care a fost demascat, cu precizarea că demascarea trebuie să excludă culpa polițistului. De asemenea, măsurile specifice de

¹⁴ A se vedea: M.GUERIN, *Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour Europeenne des Droits de l'Homme* in “Revue trimestrielle des droits de l'homme”, nr. 49/2002, p. 50; H.MATROPOULOU, *Le recours aux indicateurs au regard de la Convention europeenne des droits de l'homme*, din *Les enquetes de police*, Bibliotheque des sciences criminelles, tome 32, Universite de Paris I, Pantheon Sorbonne, Paris, 1995, p. 764-765-

¹⁵ Mateuț Gheorghită, *op. cit.*, p. 171.

protecție a martorilor sunt aplicabile, potrivit legii, atât investigatorului sub acoperire, cât și membrilor familiei acestuia. Privind situația dintr-un unghi diametral opus, observăm că nepublicarea tehnicilor utilizate de investigatorii sub acoperire și imposibilitatea desecretizării acestora reprezintă o dezarmare, un handicap pentru magistrați și avocați, deoarece aceștia din urmă nu au acces la informații (în multe cazuri vitale) care fac posibilă o încadrare juridică și o aplicare corectă a legii.¹⁶

3.2. Proces echitabil. Investigatorul sub acoperire este susceptibil de a comite infracțiuni în exercitarea atribuțiilor profitând de identitatea secretă, ceea ce, desigur, ar conduce la atingerea dreptului la un proces echitabil, încălcându-se deci un principiu consacrat și garantat de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului conform căreia “Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărâ în mod public asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în mod 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 absolut necesară de către instanță, atunci când, în împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției. Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită (...)”

Deseori, comiterea de infracțiuni sau participarea la comiterea unor infracțiuni de către agentul *undercover* este indispensabilă pentru siguranța acestuia pe de o parte și pentru misiune în sine, pe de altă parte, întrucât o eventuală demascare a acestuia ar atrage consecințe deosebit de grave asupra întregii operațiuni *undercover*. Acesta este motivul, întemeiat, pentru care investigatorii sub acoperire pot comite infracțiuni sau pot participa la comiterea unor infracțiuni în exercitarea atribuțiilor însărcinate. Altminteri, ar fi pusă în pericol “infiltrarea” investigatorului. Totuși, din cauza lacunelor legislative prezente privind această temă, se întâmplă des ca investigatorii să rupe barierele impuse prin deontologie și, ca atare, să comită, în diferite împrejurări, infracțiuni în timpul misiunii profitând de calitatea pe care o au. În asemenea circumstanțe, investigatorii sub acoperire nu fac altceva decât să atragă propria răspundere penală.

Problema asupra căreia se planează în doctrina din literatura de specialitate și în practica judiciară este delimitarea responsabilității din cadrul atribuțiilor de serviciu de responsabilitatea penală personală. În strânsă legătură cu posibilitatea ca un investigator sub acoperire să comită infracțiuni în detrimentul atribuțiilor sale profesionale se află art. 68 alin. 2 din Codul de procedură penală. Potrivit textului acestui articol, “este oprit a se determina o persoană să săvârșească sau să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe”. Din acest text de lege, rezultă faptul că provocarea la comiterea de infracțiuni de către investigatorul acoperit este de asemenea interzisă. „În anul 1998, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) de la Strasbourg a condamnat Portugalia în cazul "Teixeira de Castro"¹⁷, ca urmare a nerespectării dreptului la un proces echitabil, din cauza folosirii unor agenți provocatori în scopul arestării și condamnării unui traficant de droguri de mare risc. Judecătorii CEDO au acordat infractorului, traficant de droguri, daune de 10.000.000 escudos și 1.800.000 escudos, reprezentând cheltuieli de judecată. Motivația judecătorilor europeni a fost că din probele administrate nu rezultă că acuzatul era predispus la comiterea de infracțiuni, neavând antecedente penale, fapta sa fiind comisă ca urmare a instigării polițiștilor aflați sub acoperire. În motivarea hotărârii se mai arată că “folosirea agenților acoperiți trebuie restricționată, interesul public neputând justifica folosirea probei obținute ca urmare a unei provocări din partea investigatorilor sub acoperire. Cei doi polițiști în cazul citat, aflați sub acoperire,

¹⁶ Mateut Gheorghită, *op. cit.*, p.163.

¹⁷ A se vedea *Teixeira de Castro v. Portugal* – Rep. 1998-IV, fasc. 77, Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

nu s-au limitat la a examina de o manieră pur pasivă activitatea infracțională a reclamantului, mai mult au influențat-o, l-au determinat pe acesta să comită infracțiunea.

Într-un alt caz de notorietate - "Ramanauskas vs. Lituania"¹⁸ - o speță similară, țara baltică a fost condamnată, pentru că a folosit doi investigatori sub acoperire și a stabilit că infractorul nu a beneficiat de un proces echitabil, neexistând niciun indiciu că fără intervenția provocatoare a celor doi investigatori infracțiunea s-ar fi comis.¹⁹ În conformitate cu legislația belgiană, polițistul *undercover* va fi exonerat de răspunderea penală numai în cazurile în care infracțiunile comise în timpul exercitării atribuțiilor au fost imperios necesare în scopul salvării misiunii ori pentru a proteja un funcționar de poliție sau o persoană care conlucrează la operațiunea *undercover* în cauză.²⁰ De remarcat este, de asemenea, în circumstanțele echității procesului penal, incidența lui *in dubio pro reo*, întrucât, atâta timp cât nu există acces la informații sau date cu privire la un caz, vor exista și dubii cu privire la acel caz. De regulă, activitatea investigatorului sub acoperire se rezumă la etapa actelor premergătoare. Totuși, subliniem faptul că potrivit dispozițiilor art. 21 din Legea nr. 143/2000 procurorul poate autoriza folosirea investigatorilor acoperiți pentru descoperirea faptelor, identificarea autorilor și obținerea mijloacelor de probă. Principiile Curții Europene a Drepturilor Omului în materia probelor interzic posibilitatea ca o astfel de probă să constituie singurul temei pe care se bazează o condamnare. Această interdicție este pe deplin justificată, întrucât o probă de genul acesta nu ar permite apărării să beneficieze de principiul contradictorialității și de principiul publicității procesului penal, iar această restricție face imposibilă exercitarea dreptului la un proces echitabil.²¹

Privind probele rezultate din investigația secretă, cu titlu de exemplu, amintesc un caz²² al Înaltei Curți de Casație și Justiție în care inculpatul, respectiv condamnatul a cerut schimbarea încadrării juridice a faptei invocând, printre altele, și lipsa temeiniciei acuzațiilor aduse în baza investigației secrete. În motivarea recursului, inculpatul a învederat că nu au fost audiați martorii colaboratori cu identitate protejată, astfel că nu a beneficiat de un proces echitabil.

Concluzii

Consider că investigația secretă, raportată la echitatea procesului penal, poate fi comparată cu șah-ul. În șah, ambii concurenți dispun de capacitate intelectuală, de cunoștințe și bineînțeles, factor influent în această comparație, de piesele specifice șah-ului. În problematica pe care tocmai am dezbătut-o, ambele "tabere" (acuzare/apărare) dispun de capacitate intelectuală și de cunoștințe, însă după acest punct se opresc asemănările cu elementele șah-ului, întrucât în cazul procesului penal, o "tabără" (prepușii Ministerului Public) deține toate piesele, pe când cealaltă "tabără" (magistrați, avocați), nu deține nicio piesă și nici nu are acces la piese ca urmare a caracterului secret al instituției investigației secrete. Acest dezacord major creează un dezechilibru de o asemenea anvergură, încât egalitatea de arme consacrată și garantată teoretic este înlocuită pragmatic de inegalitatea de arme. În virtutea art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, precizăm că interdicția de a deține sau avea acces la "piese" reprezintă o ofensă la adresa principiului dreptului la un proces echitabil.

Dezirabil, ar fi ca legiuitorul, doctrinarii și practicienii să vină cu propuneri ingenioase *de lege ferenda* în sprijinul înfăptuirii justiției în mod echitabil, astfel încât investigația acoperită să nu mai ridice în viitor probleme care în prezent generează ambiguitate. Opinez că una dintre lacunele care își lasă amprenta pe funcționalitatea acestei instituții se regăsește în temelia acestei instituții. Mai exact,

¹⁸ A se vedea *Ramanauskas vs. Lituania*- nr. 74420/01, 5 Februarie 2008, Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

¹⁹ A se vedea Gazeta de Bistrița, anul 2008, articol scris de Zaharia Coțoc.

²⁰ Mateuț Gheorghită, *ibidem*, p. 172-174.

²¹ Hărăștășanu Angela, Predescu Ovidiu, op. cit., p. 16.

²² Î.C.C.J., s.p. dec, nr. 174/2009, www.scj.ro

una dintre lacune o reprezintă absența unui text de lege care să precizeze limpede ce activități pot efectua investigatorii sub acoperire în cadrul misiunilor însărcinate. Astfel, am putea cunoaște întinderea drepturilor și obligațiilor corelative ale agenților *undercover* și, pe cale de consecință, am putea delimita răspunderea aferentă misiunii de răspunderea personală, această delimitare având influențe pozitive asupra echității procesului penal.

De lege lata, cred că este important să folosim instrumentele de care dispunem până la momentul unor eventuale îmbunătățiri legislative, până la concretizarea și materializarea *de lege ferenda* deci, încercând să le aplicăm de așa natură încât să nu lezăm flagrant dreptul la un proces echitabil. Codul de procedură penală include câteva articole care pot veni nemijlocit în apărarea dreptului la un proces echitabil. În acest sens, amintesc de exemplu art. 86²-86⁴ Cod pr.pen. în conformitate cu care audierea se poate desfășura prin intermediul unei rețele TV, imaginea și vocea celui audiat fiind distorsionate. Prin distorsionare, identitatea reală a celui audiat va rămâne necunoscută pe de o parte, iar pe de altă parte, vor exista garanții pentru un proces echitabil.

Referințe bibliografice

I. Legislație

- Constituția României
- Convenția Europeană a Drepturilor Omului
- Legea nr. 143/2000 privind combaterea traficului și consumului ilicit de droguri publicată în Monitorul Oficial 362 din 3 august 2000
- Codul de Procedură Penală român
- Codul penal român
- Codul de Procedură Penală rus

II. Doctrină națională

Tratate, cursuri universitare

- Dongoroz Vintilă, Kahane Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea specială, vol. II*, Editura Academiei, București, 1976, 434 pp.
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea specială, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010, 709 pp.
- Neagu Ion, Damaschin Mircea, *Drept procesual penal. Mapă de seminarii*, Editura Universul Juridic, București, 2010, 472 pp.
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Paideia, București, s.a., 521 pp.
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, 624 pp.
- Hotca Mihai, Dobrinioiu Maxim *Infrațiuni prevazute în legi speciale*, Editura C.H. Beck, București, 2008, 801 pp.
- Dimă Traian, *Drept penal, partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2007, 757 pp.

Articole, studii de specialitate

- Lascu Laura-Codruța, „Investigatorul acoperit”, o nouă instituție introdusă prin Legea nr. 143/2000 privind combaterea consumului ilicit de droguri, *Revista Dreptul* nr. 9/2002, p. 109-118
- Mateuț Gheorghită, *Investigatorii sub acoperire. Utilizarea lor în timpul actelor premergătoare. Comentariu asupra noilor texte procedurale introduse în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003*, *Revista Dreptul* nr. 1/2005, p. 154-178
- Herghelegiu Liviu, *Despre posibilitatea instanței de judecată de a cunoaște identitatea reală a investigatorului sub acoperire*, *Revista Dreptul* nr. 5/2005, p. 253-256
- Hărăștășanu Angela, Predescu Ovidiu, *Investigatorul sub acoperire. Rolul instanțelor de judecată privind activitatea acestuia*, *Revista Dreptul* nr. 5/2004, p. 14-21
- Lascu Laura Codruța, *Investigatorul acoperit*, *Revista de Drept Penal* nr. 3/2002, p. 69-74

III. Doctrină internațională

- M.Guerin, *Le temoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour Europeenne des Droits de l'Homme* in “Revue trimestrielle des droits de l’homme”, nr. 49/2002
- H.Matropoulou, *Le recours aux indicateurs au regard de la Convention europeenne des droits de l’homme*, din *Les enquetes de police*, Bibliotheque des sciences criminelles, tome 32, Universite de Paris I, Pantheon Sorbonne, Paris, 1995

IV. Practică judiciară națională

- Înalta Curte de Casație și Justiție a României, Secția Penală, *Decizia nr. 174/2009, Dosar nr. 39761/3/2005*

V. Practică judiciară internațională

- Cazul *Ramanauskas vs. Lituania*- nr. 74420/01, 5 Februarie 2008, Curtea Europeană a Drepturilor Omului
- Cazul *Teixeira de Castro v. Portugal* – Rep. 1998-IV, fasc. 77, Curtea Europeană a Drepturilor Omului

VI. Site-uri de Internet și baze de date consultate

- site-ul C.E.D.O. <http://www.echr.coe.int/echr>
- site-ul Consiliului Europei <http://www.coe.int>
- site-ul Î.C.C.J. <http://www.scj.ro>
- Baza de date LexisNexis <http://www.lexisnexis.com>

STRĂMUTAREA CAUZELOR PENALE

Luminița CIOPEI*

Abstract

The topic I have chosen for my presentation refers to the relocation of criminal cases. I have always been interested in finding out if there are any ways for a person to prevent from being a victim of an unfair trial. According to my recent researches, any person has the right to a relocation of criminal cases if she considers necessary. In my paper, I will define the meaning of relocation and the circumstances in which it may interfere. Moreover, I will talk about its legal incrimination, procedure and effects. In addition to this, I will also explain the relocation of criminal cases by giving some judicial practice.

Key words: relocation, procedure, The High Court of Cassation And Justice, Romanian Criminal Procedure Code.

1. Introducere. Noțiunea și temeiul strămutării.

Judecarea unei cauze penale trebuie să se facă în anumite condiții expres prevăzute de lege. Există însă unele împrejurări care pot pune în pericol normala desfășurare a unui proces penal. Pentru a evita astfel de situații, legiuitorul a prevăzut posibilitatea transferării unei cauze de la o instanță la alta, acest lucru fiind posibil prin intermediul unei instituții procesual penale, pe care a denumit-o „strămutare”.

Potrivit unei opinii¹, strămutarea reprezintă remediul procesual prin care o anumită cauză este luată din competența unei instanțe și dată spre rezolvare unei alte instanțe de același grad, în scopul înlăturării situațiilor care pun în pericol normala desfășurare a procesului penal din cauza unor stări de fapt neconvenabile, existente la locul unde urmează să fie judecată respectiva cauză.

Această măsură este luată în vederea eliminării oricărei suspiciuni cu privire la obiectivitatea și imparțialitatea tuturor judecătorilor unei instanțe. Altfel spus, suspiciunea² are caracter colectiv și nu se raportează la fiecare judecător luat singular sau ca sumă a indivizilor. Mai mult, ea privește condițiile în care instanța penală, în întregul ei, judecă o cauză și este determinată de un climat neprielnic sau de o ambianță defavorabilă.

Strămutarea³ presupune o derogare, deviație de la competența teritorială normală, aceasta înlocuindu-se cu una judiciară delegată (*forum delegationis*).

Astfel, în conformitate cu prevederile art. 55 alin.1⁴ Cod procedură penală, se va dispune strămutarea judecării unei cauze de la instanța competentă la o altă instanță egală în grad în următoarele cazuri:

- 1) imparțialitatea judecătorilor ar putea fi știrbită datorită împrejurărilor cauzei, dușmăniilor locale sau calității părților;
- 2) există pericolul de tulburare a ordinii publice;
- 3) una dintre părți are o rudă sau un afin până la gradul patru inclusiv printre judecători sau procurori, asistenții judiciari sau grefierii instanței.

În literatura juridică⁴ se arată că, față de inculpat sau oricare parte, s-ar putea manifesta o ostilitate înfățișată sub forma respingerii unor cereri sau excepții îndreptățite ale acestora, încercări de

*Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București. (e-mail: l.ciopei@yahoo.com)
Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist.univ.drđ. Alina Bărbulescu.

¹ M. Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, 624 pp.

² N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București, s.a., 521 pp.

³ N. Volonciu, *op.cit.*, p. 521.

⁴ *Idem op.cit.*, p. 522.

intimidare a lor sau a martorilor, tolerarea unor neîndepliniri de procedură, amânări nejustificate ale cauzei, consemnarea denaturată a unor declarații, atitudini suspicioase de binevoitoare față de pretențiile părților adverse, care fac să apară în cazul unor participanți la proces, sentimentul neîncrederii, al descurajării și chiar al inferiorității. Numai prin înlăturarea unor astfel de situații „dăunătoare”, se poate trece la soluționarea unui proces echitabil și la o corectă înlăturare a justiției.

Din analiza celor enunțate până acum, rezultă că temeiul strămutării îl constituie lipsa condițiilor normale de desfășurare a procesului.

2. Procedura strămutării

Când vine vorba de strămutarea unei cauze penale, trebuie avute în considerare o serie de aspecte legale. Așadar, în conformitate cu prevederile art. 56, alin.(1) și (2) C. proc. Pen, cererea trebuie să îndeplinească următoarele condiții⁵: să cuprindă datele necesare pentru identificarea petiționarului (nume, prenume, domiciliu, calitate, etc); să se refere la cauza a cărei strămutare se cere; să indice instanța la care se judecă cauza; să se adreseze Înaltei Curți de Casație și Justiție; să fie motivată (să se arate împrejurările de fapt ce sunt de natură să afecteze desfășurarea normală a procesului); să se facă mențiunea dacă sunt arestați în cauză; să se arate înscrisul pe care se sprijină; să fie făcută în scris, în afară de cazul în care partea interesată se află în stare de deținere ori nu poate să scrie, când ar putea fi făcută și oral; să fie introdusă într-un anumit termen.

Cererea. În primul rând, cererea de strămutare⁶, reprezintă actul de sesizare a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Aceasta se înregistrează pe rolul secției penale, sub un număr distinct de cel al dosarului care privește cauza ce urmează a fi strămutată. Dacă cererea se depune chiar la dosarul cauzei ce se dorește a fi strămutată, s-a decis că ea nu mai poate fi calificată drept cerere de strămutare (Tribunalul Suprem, s.pen, dec. nr. 2447 din 1979, în „Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1976-1980, Ed. Științifică și Enciclopedică, Buc.,1982, p.371).

În momentul când cineva dorește strămutarea unei cauze, trebuie să precizeze motivele și situația de fapt pe care se întemeiază cererea sa. Legea prevede că poate fi strămutată orice cauză penală, singura condiție ce trebuie îndeplinită este ca aceasta să nu se afle în faza de urmărire penală. În plus, motivele⁷ trebuie sprijinite pe probe, pentru ca atunci când cererea este formulată de una din părți, înscrisurile pe care se sprijină cererea să se alăture la aceasta, dacă sunt deținute de partea care cere strămutarea. De asemenea, în cerere trebuie să se menționeze dacă în cauză există persoane arestate, acest lucru fiind important pentru orientarea instanței supreme cu privire la fixarea termenului de judecată a cererii de strămutare datorită urgenței cu care trebuie să se judece cauzele cu inculpați arestați (art. 293 C. pr. pen) și pentru a respecta principiul garantării dreptului la apărare.

Introducerea cererii se poate face potrivit legii, de către partea interesată, de procuror sau de ministrul justiției. Ea poate fi formulată de către una sau mai multe părți ori persoane, fie separat, fie împreună. Cererea mai poate fi formulată de procurorul de ședință, de procurorul ierarhic superior acestuia și inclusiv de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.⁸

Instanța competentă pentru soluționarea cererilor de strămutare este Înalta Curte de Casație și Justiție. Aceasta, are îndatorirea de a culege informații, date, pentru a verifica temeinicia cererii, înainte de a proceda la admiterea sau respingerea acesteia.

Potrivit art. 57, alin. (1), președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție solicită, pentru lămurirea instanței, informații de la președintele instanței ierarhic superioare celei la care se află

⁵ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I*, Editura CH Beck, București, 2007, 800 pp.

⁶ C. Dănilă, M. Senteș, *Strămutarea cauzelor penale-aspecte teoretice și practice*, Revista Dreptul nr. 9/2003, p. 178-196.

⁷ C. Dănilă, M. Senteș, *op.cit.*, p.181.

⁸ C. Dănilă, M. Senteș, *op.cit.*, p.180.

cauza a cărei strămutare se cere, comunicându-i totodată termenul fixat pentru judecarea cererii de strămutare.

În situația în care, chiar Înalta Curte este instanța ierarhic superioară, informațiile se cer Ministerului Justiției. (este posibil atunci când cauza penală se judecă de către Curtea de Apel sau Curtea Militară de Apel).

Codul de procedură penală evidențiază situația introducerii unei noi cereri de strămutare cu privire la aceeași cauză, împrejurare în care culegerea de informații este facultativă.

Înștiințarea părților. O altă formalitate ce trebuie îndeplinită o reprezintă înștiințarea părților. În conformitate cu art. 58 C. pr. Pen., președintele instanței ierarhic superioare celei la care se află cauza ia măsuri pentru încunoștiințarea părților cu privire la introducerea cererii de strămutare, la termenul fixat pentru soluționarea acesteia, cu precizarea că părțile pot trimite memorii și se pot prezenta la termenul fixat pentru soluținarea cererii. În informațiile trimise Înaltei Curți de Casație și Justiție, trebuie să se menționeze expres despre efectuarea încunoștiințărilor, atașându-se și dovezile de comunicare a acestora.

Examinarea cererii. În ceea ce privește examinarea cererii, Înalta Curte de Casație și Justiție, secția penală, examinează cererea de strămutare în completul obișnuit de trei judecători, prezența procurorului nefiind obligatorie.⁹

Cererea de strămutare se judecă în ședință publică. Dacă se înfățișează părțile, se ascultă și concluziile acestora, iar dacă în cauză sunt și inculpați arestați, președintele dispune desemnarea unui apărător din oficiu (art. 58, alin. 3)¹⁰. Legea limitează intervenția părților doar la punerea concluziilor, ele neputând cere administrarea unor probe noi, cum ar fi martori, expertize, etc.

Soluționarea cererii. În legătură cu soluționarea cererii se strămutare, s-au introdus unele modificări prin intrarea în vigoare a Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor. În conformitate cu prevederile art. 60 alin 1¹¹, Înalta Curte de Casație și Justiție soluționează cererea de strămutare prin sentință motivată, care poate fi de admitere sau de respingere. În cazul în care găsește întemeiată cererea, Înalta Curte de Casație și Justiție dispune strămutarea judecării cauzei la una dintre instanțele din circumscripția aceleiași curți de apel sau din circumscripția unei curți de apel învecinate acesteia¹². De asemenea, Înalta Curte hotărăște, potrivit art. 60, alin. 3 C. pr. pen, în ce măsură se mențin actele îndeplinite în fața instanței de la care s-a strămutat cauza. Atât instanța de la care a fost strămutată cauza, cât și cea la care s-a strămutat cauza, vor fi înștiințate, de îndată, despre admiterea cererii de strămutare. Cu privire la cheltuielile judiciare în cazul admiterii cererii, s-a decis că acestea vor rămâne în sarcina statului.

Ca urmare a admiterii actului de sesizare, pot fi desființate toate actele procesuale și procedurale îndeplinite în fața instanței de la care s-a strămutat cauza. Astfel, s-a arătat în practica judiciară¹³, că poate fi desființată chiar decizia de casare cu reținere spre rejudecare în cazul în care aceasta a fost pronunțată de instanța de recurs de la cauza care a fost strămutată. Din prevederile art. 60, alin. 4, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, reiese că hotărârea pronunțată este desființată prin efectul admiterii cererii de strămutare, dacă instanța de la care a fost strămutată cauza a procedat între timp la judecarea ei.

⁹ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p 71.

¹⁰ I. Neagu, *op. cit.*, p. 430.

¹¹ Art. 60 este reprodus astfel cum a fost modificat prin art. XVIII pct. 13 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor. Anterior Legii nr. 202/2010, numită și Mica Reformă în Justiție, art. 60 alin. 1 avea următorul conținut: „Înalta Curte de Casație și Justiție dispune prin încheiere motivată, admiterea sau respingerea cererii.”

¹² Anterior adoptării Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor art. 60, alin 2 prevedea că „În cazul în care găsește cererea întemeiată, dispune strămutarea judecării cauzei, hotărând totodată în ce măsură actele îndeplinite în fața instanței de la care s-a strămutat cauza se mențin.”

¹³ I. Neagu, *op. cit.*, p.432.

Dacă prin hotărârea de strămutare se dispune menținerea actelor efectuate până la formularea cererii, instanța care primește cauza spre rezolvare nu trebuie să se limiteze la a pronunța o hotărâre bazată pe actele de cercetare judecătorească efectuate, ci trebuie să continue cercetarea judecătorească pentru a da eficiență strămutării.¹⁴

Înștiințarea instanței inițial sesizată cu judecarea cauzei se face de către Înalta Curte de Casație și Justiție, printr-o *adresă* însoțită de o copie a închierii pronunțate de Î.C.C.J, care trebuie să poarte ștampila Înaltei Curți de Casație și Justiție și să fie certificată de către magistratul asistent.¹⁵ Datorită faptului că, în practică această comunicare se face cu întârziere, petentul prezintă un certificat original semnat de către magistratul asistent-șef și ștampilat care-i servește la dovedirea cererii sale de admitere.

Dosarul strămutat va fi înregistrat sub un alt număr, urmând ca ulterior punerii pe rol, procesul să se reia sau să continue cu faza în care se găsea înainte de strămutare. Instanța desemnată, nu va putea să-și decline competența, ea fiind obligată să judece cauza.

După cum am menționat mai sus, există și posibilitatea respingerii cererii de strămutare, în cazul în care Înalta Curte o găsește neîntemeiată. În această situație, cheltuielile judiciare vor fi suportate de către petent, iar dacă sunt mai mulți petenți, fiecare va fi obligat la plata acestora. (art.192, alin.2, C. pr. pen). Strămutarea cauzei poate fi cerută din nou, dacă se aduc la cunoștința Înaltei Curți împrejurări necunoscute la soluționarea cererii anterioare ori care s-au ivit ulterior.¹⁶

Legea nr. 356/2006 prevede situația în care procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, poate cere Înaltei Curți de Casație și Justiție să desemneze o instanță egală în grad cu cea căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță, care să fie sesizată în cazul în care se va emite rechizitoriul. În principiu această cerere este supusă aceluiași condiții de motivare ca și cea de strămutare, principala deosebire fiind aceea că prima nu este făcută în cursul judecății, ci în faza de urmărire penală și numai de către procuror. Î.C.C.J soluționează cererea în termen de 15 zile, în camera de consiliu, cerere care poate fi tot de admitere sau de respingere.

Sentința Înaltei Curți de Casație și Justiție este definitivă și nu poate fi supusă niciunei căi de atac.

3. Efectele strămutării

Prin introducerea ei la organul competent, cererea de strămutare poate produce următoarele efecte:

- sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție și soluționarea ei;
- suspendarea facultativă sau obligatorie a judecării cauzei a cărei strămutare se cere;

În lumina actualei reglementări legale, suspendarea judecării cauzei poate fi dispusă numai de către completul de judecată însărcinat cu judecarea cererii de strămutare, din oficiu sau la cererea părților.¹⁷ În ipoteza în care nu se dispune suspendarea judecății, nu există niciun impediment pentru continuarea judecării, făcându-se abstracție de faptul înregistrării unei cereri de strămutare.

Așadar, simpla depunere a cererii de către părți nu produce suspendarea judecării cauzei, pentru a nu anihila cursul justiției prin cereri șicanatoare, introduse cu rea-credință. În situația formulării cererii de către ministrul justiției sau de procurorul general, judecarea cauzei se suspendă de drept. Se precizează că această dispoziție a fost declarată neconstituțională, prin decizia Curții Constituționale, nr. 82/2001. La fel și dispoziția privitoare la efectul de suspendare generat de cererea introdusă de procurorul general al Parchetului de pe lângă Î.C.C.J a fost declarată neconstituțională, pentru considerente de egalitate a tratamentului juridic, ce corespunde principiului „egalității de

¹⁴ Idem., *op. cit.*, p. 433.

¹⁵ C. Dănilă, M. Senteș, *op.cit.*, p.188.

¹⁶ Gh. Mateuț, *op. cit.*, p.70.

¹⁷ I. Neagu, *op. cit.*, p 429.

arme”, consacrat de art.6 par. 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Având în vedere că nu este un caz de suspendare a procesului penal, se va acorda un termen de judecată ulterior soluționării cererii; în acest interval de timp nu se va mai lua nici o măsură și nu va mai efectua nici un act, chiar dacă ar influența starea de arest a inculpatului. În momentul respingerii cererii de strămutare, încetează efectul suspendării.¹⁸

4. Practică judiciară

Pentru a înțelege mai bine înțelesul strămutării, am ales din practica judiciară un exemplu de speță, evocat adesea în diverse lucrări de specialitate.

1. Inculpatul H.I. a fost trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute în art. 42 din Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale.

În cursul desfășurării procesului în fața Judecătoriei Focșani, s-a admis de către Î.C.C.J. cererea inculpatului de strămutare, cauza fiind trimisă spre judecare Judecătoriei Zărnești.¹⁹

Prin sentința penală nr. 298/2003, Judecătoria Zărnești, instanță a cărei competență specială a fost dată de Înalta Curte de Casație de Justiție, în urma admiterii cererii de strămutare, a dispus, în baza art. 333 C. pen., restituirea dosarului privind pe inculpatul H.I. la Parchetul de pe lângă Judecătoria Focșani, organ care a efectuat actele de urmărire penală, în vederea refacerii urmăririi penale.²⁰

Această hotărâre a fost atacată de inculpat și de partea responsabilă civilmente, pe de o parte, și de procuror, pe de altă parte.

Inculpatul s-a plâns de faptul că restituirea s-a făcut la parchetul de pe lângă judecătoria de unde fusese strămutată cauza, în loc să se restituie la Parchetul de pe lângă Judecătoria Zărnești.

Tribunalul Brașov a respins recursul inculpatului cu motivarea că strămutarea –incident procedural- se referă numai la faza judecătorească; ca atare, judecătoria a procedat în mod corect restituind cauza Parchetului de pe lângă Judecătoria Focșani, organ de urmărire penală sesizat cu plângerile penale prealabile formulate de partea vătămată. Acest parchet urmează ca, după refacerea urmăririi penale, în cazul în care se va impune sesizarea instanței cu rechizitoriul, să trimită cauza instanței în a cărei competență specială a fost dată în urma strămutării.

2. Autorii Diamant Betinio și Luncea Vasile consideră decizia incorectă deoarece, în viziunea lor, era normal ca urmărirea penală să fie refăcută de Parchetul de pe lângă Judecătoria Zărnești din moment ce se dispusese strămutarea, întrucât munca organelor de urmărire de la Focșani s-a dovedit ineficientă.

În ceea ce mă privește, consider că Judecătoria Zărnești a procedat corect restituind cauza Parchetului de pe lângă Judecătoria Focșani, întrucât, așa cum am enunțat în prezenta lucrare, strămutarea cauzelor penale se referă numai la fazele judecătorești, nu și la urmărirea penală. Mai mult, unul dintre motivele strămutării are în vedere suspiciunea colectivă a judecătorilor, nu a organelor de urmărire penală.

Cercetând în jurisprudență, am mai găsit o speță interesantă cu privire la strămutarea cauzelor penale.

Astfel, prin încheierea penală nr. 565 din 15 iulie 2004 Tribunalul Cluj a menținut starea de arest a inculpaților I.A., P.V.M., G.C., G.M., G.B., și M.S., trimiși în judecată prin rechizitoriul

¹⁸ C. Dănilă, M. Senteș, *op.cit.*, p.181

¹⁹ B. Diamant, V. Luncean, *Strămutare. Restituire*, Revista de Drept Penal nr. 4/2004, p. 145-146.

²⁰ B. Diamant, E. Blându, II. C. Turianu, *Strămutarea judecării cauzei penale. Restituirea dosarului, de către instanța la care a fost strămutată cauza, pentru completarea urmăririi penale. Organul de urmărire penală căruia trebuie să i se restituie dosarul*, notă la T. Brașov, dec. pen. nr. 271/R/2004, Revista Dreptul nr. 2/2005, p. 213-217.

Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Cluj din 18 martie 2004, pentru săvârșirea infracțiunilor de trafic de droguri prevăzută de art. 2 alin.(2) din Legea nr. 143/2000.

Dosarul a fost înregistrat la Tribunalul Cluj la data de 19 martie 2004, sub nr. 2918 fixându-se termen de judecată la 23 martie 2004, când s-a verificat regularitatea și legalitatea măsurii arestului preventiv, menținându-se starea de arest a tuturor inculpaților.

În timpul cercetării judecătorești, s-a formulat de către inculpatul G.M. o cerere de strămutare a cauzei, admisă de Înalta Curte de Casație și Justiție prin încheierea nr. 3702 din 1 iulie 2004, strămutându-se judecarea dosarului nr. 2918/2004 de la Tribunalul Cluj la Tribunalul Suceava, menținându-se actele îndeplinite de către Tribunalul Cluj.

Cu toate că la data de 1 iulie 2004, instanța supremă a strămutat judecarea cauzei de la Tribunalul Cluj la Tribunalul Suceava, Tribunalul Cluj la 15 iulie 2004 a menținut starea de arest a celor 6 inculpați.

Împotriva acestei încheieri au declarat recurs toti inculpații arestați.

Recursul a fost înaintat Curții de Apel Cluj, în fața căreia reprezentantul Parchetului a invocat excepția de necompetență, solicitând trimiterea de îndată a întregului dosar Curții de Apel Suceava – pentru judecarea recursurilor inculpaților – după care, dosarul 2918/2004 al Tribunalului Cluj să fie remis Tribunalului Suceava, pentru continuarea judecății pe fond.

Cu privire la excepția formulată, apărătorii inculpaților la unison, au apreciat că instanța competentă în speță, pentru soluționarea recursurilor inculpaților este Curtea de Apel Cluj, cu motivarea că instanța supremă a strămutat doar judecarea pe fond a cauzei la Tribunalul Suceava, și nicidecum faza procesuală a recursului promovat împotriva menținerii stării de arest a inculpaților, dispusă de Tribunalul Cluj.

Cu privire la excepția invocată, Curtea de Apel Cluj a reținut următoarele:

Strămutarea judecării cauzelor penale este reglementată în art. 55-61 cod proc.pen. și constituie un caz de prorogare judiciară a competenței teritoriale.

Disponând strămutarea judecării cauzei, Înalta Curte de Casație și Justiție nu a strămutat numai judecarea unei anumite faze procesuale a desfășurării procesului, ci întreaga judecată, care implica soluționarea ei atât în fond, cât și în căile ordinare sau extraordinare de atac. De aici, rezultă următoarele consecințe:

După strămutarea pricinii de la Tribunalul Cluj la Tribunalul Suceava, competența soluționării recursului a fost și ea schimbată, aparținând Curții de Apel Suceava. Situația este la fel când Curtea de Apel este prima instanță sau instanța de apel. Aceasta, pentru că s-a strămutat nu „judecarea în prima instanță” sau „judecarea apelului”, ori „judecarea recursului”, ci „judecarea cauzei”.

Se impune aceasta soluție, întrucât, fiind hotărâtă strămutarea judecării unui litigiu și fixată instanța competentă să-l judece, este firesc ca această competență să fie menținută până la pronunțarea unei hotărâri definitive în acel cadru care s-a considerat că asigură climatul propice pentru o judecată obiectivă, ori trimitând cauza Curții de Apel Suceava – instanța de control judiciar – competentă să judece calea de atac a recursului promovat de inculpați, aceasta din urmă rămâne în continuare competentă să judece o eventuală cale de atac ce s-ar declara împotriva hotărârilor instanței de trimitere, respectiv Tribunalul Suceava; altfel, s-ar ajunge ca o eventuală cale de atac (prezentele recursuri) să fie judecate din nou de Curtea de Apel Cluj, instanța ierarhic superioară Tribunalului Cluj, în fața căreia s-a considerat – prin admiterea cererii de strămutare – că nu se poate asigura o judecată în cele mai bune condiții și s-ar produce o întrerupere a cursului firesc al justiției.

Mai mult, din moment ce a fost admisă cererea de strămutare, înseamnă că aceasta a avut în vedere cauza în întregul ei, întregul proces penal din care face parte și recursul la menținerea stării de arest preventiv, neputându-se concepe o strămutare parțială, după cum nu se poate considera că judecătorii sunt obiectivi pentru jumătate din dosar și subiectivi pentru cealaltă jumătate.

Pentru considerentele ce preced, în baza art. 60 Cod proc.pen., s-a trimis cauza privind recursurile declarate de către cei 6 inculpați arestați împotriva încheierii penale nr. 565 din 15 iulie 2004 a Tribunalului Cluj – Curții de Apel Suceava – spre competența soluționare.

În opinia mea, recursul formulat de inculpați se va judeca de către Curtea de Apel Suceava, întrucât Înalta Curte de Casație și Justiție a admis strămutarea cauzei de la Tribunalul Cluj la Tribunalul Suceava. Strămutarea cauzei are în vedere întreaga judecată, prin urmare, competența teritorială aparține instanței investite cu judecarea cauzei, în speță Tribunalul Suceava.

Concluzii

În mod evident, *strămutarea* reprezintă instituția de drept procesual penal, prin intermediul căreia sunt înlăturate suspiciunile cu privire la imparțialitatea și obiectivitatea instanțelor judecătorești, asigurându-se astfel desfășurarea unui proces echitabil și o corectă înfăptuire a justiției. Instituția strămutării prezintă o importanță deosebită în soluționarea justă a cauzelor penale, acest lucru rezultând chiar din prevederile legale. Codul de procedură penală enumeră principalele cazuri de strămutare astfel: imparțialitatea judecătorilor ar putea fi știrbită datorită împrejurărilor cauzei, dușmăniilor locale sau calității părților; există pericolul de tulburare a ordinii publice; una dintre părți are o rudă sau un afin până la gradul patru inclusiv printre judecători sau procurori, asistenții judiciari sau grefierii instanței. Strămutarea este accesibilă oricărei părți a procesului penal, lucru prevăzut de legiuitor din dorința de a asigura o anumită disciplină în judecarea cauzelor penale și egalitate între cetățeni.

Referințe bibliografice

- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, 624 pp;t
- Dănilă Cristi V., Senteș Mirela, *Strămutarea cauzelor penale-aspecte teoretice și practice*, Revista Dreptul nr. 9/2003, p. 178-196;
- Diamant Betinio, Luncean Vasile, *Strămutare. Restituire*, Revista de Drept Penal nr. 4/2004, p. 145-146;
- Diamant Betinio, Blându Elena, II. Turianu Corneliu, *Strămutarea judecării cauzei penale. Restituirea dosarului, de către instanța la care a fost strămutată cauza, pentru completarea urmăririi penale. Organul de urmărire penală căruia trebuie să i se restituie dosarul*, notă la T. Brașov, dec. pen. nr. 271/R/2004, Revista Dreptul nr. 2/2005, p. 213-217.
- Mateuț Gheorghită, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I*, Editura CH Beck, București, 2007, 800 pp;
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea generală, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010, 709 pp;
- Neculcea Marius, Ușvat Lavinia, *Drept procesual penal*, Editura Concordia, Arad, 2006, p.188-190.
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București, s.a., 521 pp;
- Legea nr. 356/2006;
- Codul de procedură penală;
- Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor;
- www.jurisprudența.com;

MĂSURILE PREVENTIVE SUB IMPERIUL ACTUALEI LEGISLAȚII. ASPECTE DE NOUTATE ADUSE DE NOUL COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

Elena Alexandra GHEORGHE*

Abstract

The present paper highlights the usefulness of the current application of preventive measures over time, as well as the need for some changes among these. These changes came along with the New Code of Criminal Procedure. Due to the various European Court of Human Rights' adjudgement Romania had suffered, the modernization of the criminal procedure system was asserted so that it would answer to a justice adapted to social expectations and to higher standards of quality. In this way, the preventive detention and the preventive arrest can still be found in the New Code, along with the judicial control or with the judicial control on bail. Furthermore, the New Code brings new aspects, such as the house arrest. We will do a short analysis of each preventive measure, including restrictions on leaving the city or country, the obligations the accused must fulfill, as well as the consequences of failing to meet these obligations. We will underline the differences between present and future regulations.

Cuvinte cheie: rețierea, arestarea preventivă, obligarea de a nu părăsi localitatea sau țara, liberarea provizorie, arestul la domiciliu

1. Introducere

” Dreptul este o materie în mișcare, o globulă incandescentă, dar solidă, care se lasă mișcată de ea însăși, de mecanismul economic social, ce lasă în urmă preocupările artistice de genul ”formă fără fond” și acumulează materie, construind - uneori rostogolindu-se tăvălug normativ ce sufocă orice încercare de sensibilitate și acuratețe -, pentru care doar radicalismul unei săbii ascuțite, rareori unduioasă, mai poate consitui un incident în înaintare. Dreptul, deci și dreptul procesual, este antrenat de sistem, dar are totuși posibilitatea sa-l dinamizeze prin făuritorii și șlefuitorii săi.”¹

Extinderea criminalității în societatea modernă și necesitatea luării unor măsuri eficiente pentru asigurarea siguranței cetățenilor implică găsirea unui echilibru între posibilitățile de reacție ale societății împotriva criminalității și protecția drepturilor individuale.²

De-a lungul timpului, întregul sistem de drept a suferit numeroase modificări, completări în scopul eficientizării actului de justiție. Dispozițiile actualului Cod de procedură penală, și-au dovedit utilitatea într-un timp trecut, în care fenomenul infracțional nu era atât de dezvoltat cum este în momentul de față. În Codul din 1936 erau prevăzute ca măsuri ce puteau preveni obstrucționarea scopului procesului penal: reținerea și arestarea preventivă. În mod excepțional se putea interzice deplasarea într-o anumită localitate. Codul de procedură penală din 1968 a introdus alături de acestea o măsură restrictivă de libertate: obligarea de a nu părăsi localitatea. Liberarea provizorie sub control judiciar și liberarea provizorie pe cauțiune au fost introduse prin Legea nr. 32/1990, având același scop ca celelalte măsuri.

Ulterior, prin Legea nr. 281/2003 a fost modificat art. 136 C. pr. pen. și introdusă o nouă măsură preventivă, în vederea extinderii limitelor teritoriale ale restricțiilor de libertate. Este vorba de

*Masterand, Master „Științe penale”, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (amg_alexandra@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

¹ Dumitru Gheorghe, *Drept Procesual Penal. Partea Generală*, Editura Tiraj Grup, 2003.

² Alexandru Țuculeanu, *Reținerea, arestarea preventivă, obligarea de a nu părăsi localitatea*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p.7.

obligarea de a nu părăsi țara, măsură ce are un conținut aproape identic cu cel al obligării de a nu părăsi localitatea.

În prezent, sistemul de drept trece printr-o perioadă de tranziție, astfel că au fost concepute noi coduri, mai moderne și dinamice, care să corespundă așteptărilor sociale. Situația premisă constă în supraîncărcarea parchetelor și instanțelor, durata excesivă a procedurilor, tergiversarea nejustificată a cauzelor și nefinalizarea dosarelor din motive procedurale precum și condamnările repetate la care a fost supusă România, de către C.E.D.O.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului, este una dintre cele mai importante reglementări internaționale ce se referă la ocrotirea libertăților persoanei. Aceasta a devenit o componentă a dreptului intern din momentul în care a fost ratificată de România, prin Legea nr. 30/1994. În măsura în care există neconcordanțe între reglementările interne și cele internaționale, prioritate vor avea cele din urmă, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile³. În practică au fost date soluții contradictorii în cauze având un obiect similar și de asemenea, au fost încălcate drepturi și libertăți fundamentale ale omului. Curtea impune sistemului de drept național să aibă o jurisprudență unitară, care să fie în acord cu aceea a Curții. Pentru a respecta cele mai exigente standarde internaționale în materie procesual penală, s-a elaborat un nou cod de procedură penală ce se concentrează pe facilitarea unui proces de decizie rapid și eficient, asigurându-se respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale subiecților de drept. Acesta are drept scop crearea unui cadru legislativ modern care să corespundă unei justiții moderne, adaptate așteptărilor sociale.

Una din noile măsuri preventive instituite de noul Cod de procedură penală vizează arestul la domiciliu, dispusă în vederea lărgirii posibilităților de individualizare a măsurilor preventive. Pe lângă aceasta, în art. 202 alin. (4) regăsim reglementat ca măsuri preventive controlul judiciar și controlul judiciar pe cauțiune.

Conform Noului Cod de procedură penală⁴, în art. 202 alin. (4) sunt enumerate ca măsuri preventive: a) reținerea; b) controlul judiciar; c) controlul judiciar pe cauțiune; d) arestul la domiciliu; e) arestarea preventivă.

În doctrină s-au iscat controverse cu privire la includerea liberării provizorii (sub control judiciar și pe cauțiune) în categoria măsurilor preventive. Astfel, noul cod a venit cu o soluție la problema ce se ridică în legătură cu natura juridică a acestei instituții și a reglementat-o *expressis verbis* în rândul măsurilor preventive.

2. Noțiune. Sediul materiei.

Pornind de la prevederile art. 136 C. proc. pen., măsurile preventive au fost definite ca fiind acele mijloace de constrângere prevăzute de lege pe care le pot lua organele judiciare pentru a se asigura buna desfășurare a procesului penal ori pentru a împiedica sustragerea învinuitului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei.⁵

Măsurile preventive sunt instituții de drept procesual penal cu caracter de constrângere ce pot fi dispuse de organele judiciare împotriva învinuitului sau inculpatului pentru buna desfășurare a procesului penal și asigurarea realizării obiectului acțiunilor exercitate în procesul penal⁶.

Libertatea individuală, ca drept fundamental, nu poate fi separată de protecția ei. Dreptul la libertate înseamnă și dreptul la siguranță, adică reglementarea strictă a cazurilor în care caracterul inviolabil al libertății poate fi infrânt.⁷ Așadar, luarea unei măsuri privative de libertate sau de restrângere a libertății reprezintă o excepție de la exercițiul drepturilor omului și a libertăților sale

³ Art. 20 alin (2) din Constituția României.

⁴ Adoptat prin Legea nr. 135/2010, publicată în Monitorul Oficial nr. 486/ 15 iulie 2010.

⁵ Grigore Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, 2008, p.446.

⁶ Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, 2008, p. 532.

⁷ Andrei Zărafu, *Arestarea preventivă*, Editura C.H. Beck, București, 2010, p. 6.

fundamentale. Conform art. 23 din Constituție, percheziționarea, reținerea sau arestarea unei persoane sunt permise numai în cazurile și cu procedura prevăzută de lege. În art. 5 alin (2) C. proc. pen. se arată că nicio persoană nu poate fi reținută, arestată sau privată de libertate în alt mod și nici nu poate fi supusă vreunei forme de restrângere a libertății decât în cazurile și condițiile prevăzute de lege. Pe lângă reglementările interne, garantarea libertății persoanei este consacrată ca principiu fundamental și în convențiile internaționale la care România a aderat. Astfel, în art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului se prevede expres că ” orice persoană are dreptul la libertate și siguranță” și sunt enumerate cazurile în care se poate dispune privarea de libertate. Și în art. 9 parag. 1-5 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice⁸ sunt cuprinse reglementări privind libertatea persoanei.

3. Considerații generale privind măsurile preventive

Pentru a putea fi luată o măsură preventivă împotriva învinutului sau inculpatului, se impun a fi îndeplinite anumite **condiții**: să existe probe sau indicii temeinice că învinutul sau inculpatul a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală (art. 143 alin (1) C. proc. pen); legea să prevadă pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață sau închisoarea (art. 136 alin. (1) C. proc. pen.)⁹; învinutul sau inculpatul să fie ascultat în prezența apărătorului; să existe unul din cazurile prevăzute în art. 148 alin. (1) lit. a-f C. proc. pen.¹⁰ : a) inculpatul a fugit ori s-a ascuns, în scopul de a se sustrage de la urmărire sau de la judecată, ori există date că va încerca să fugă sau să se sustragă în orice mod de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei; a¹) inculpatul a încălcat cu rea credință măsura obligării de a nu părăsi localitatea sau țara ori obligațiile care îi revin pe durata acestor măsuri; b) există date că inculpatul încearcă să zădărnicească în mod direct sau indirect aflarea adevărului prin influențarea unei părți, martor sau expert, ori prin distrugerea, alterarea sau sustragerea mijloacelor materiale de probă; c) există date că inculpatul pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni; d) inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune; e) există date că inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau că încearcă o înțelegere frauduloasă cu aceasta; f) inculpatul a săvârșit o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de 4 ani și există probe că lăsarea în libertate prezintă un pericol concret pentru ordinea publică. Forma actuală a art. 148 se adaptează condițiilor art. 5 parag. 1 din C.E.D.O. în vederea eliminării aprecierilor arbitrare atunci când se dispune asupra unei măsuri preventive.

Aceste condiții sunt comune pentru luarea măsurii reținerii și arestării preventive, cu anumite diferențe: reținerea poate fi luată în oricare din cazurile prevăzute în art. 148 C. proc. pen. indiferent de limitele pedepsei închisorii prevăzute de lege pentru fapta săvârșită, spre deosebire de măsura arestării preventive care în cazurile prevăzute de art. 148 alin. (1) lit. a-e, se cere ca pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită să fie detențiunea pe viață sau închisoarea mai mare de 4 ani.

În ceea ce privește măsura obligării de a nu părăsi localitatea sau țara, pentru a fi dispusă nu se cere existența vreunui caz prevăzut de art. 148 C. pr. pen. ci este de ajuns întrunirea primelor trei condiții.

În considerarea necesității asigurării unui cadru normativ suplă și coerent care să se corespundă cerințelor Curții Europene, viitoarea reglementare a măsurilor preventive vine cu o abordare nouă, europeană în legătură cu scopul și condițiile generale ale acestei instituții de drept

⁸ Ratificat prin Decretul nr. 212/1974, publicat în M. Of. nr. 146/1974.

⁹ Această condiție este îndeplinită și atunci când este prevăzută alternativ pedeapsa închisorii cu cea a amenzii, cu excepția arestării preventive.

¹⁰ Art. 148 este reprodus astfel cum a fost modificat prin art. I pct. 75 din Legea nr. 356/2006.

procesual penal.¹¹ Astfel, potrivit art. 202 din noul Cod de procedură penală măsurile preventive vor putea fi dispuse dacă există probe sau indicii temeinice din care rezultă suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune și dacă sunt necesare în scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii suspectului ori a inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ori al prevenirii săvârșirii unei alte infracțiuni.

Spre deosebire de actuala reglementare care presupune ca pentru încetarea de drept a unei măsuri preventive este necesară constatarea existenței cauzei de împiedicare de către organul judiciar competent prin pronunțarea unei soluții prin care este înlăturată răspunderea penală, noul Cod de procedură penală vine cu un element de noutate.¹² Astfel, în art. 202 alin. (2) se instituie un impediment legal absolut, în legătură cu activitatea de inițiere și dinamizare a unei măsuri preventive. În acest sens, dacă există o cauză care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale, nu poate fi dispusă, confirmată, prelungită sau menținută nicio măsură preventivă.

Pe lângă condițiile generale enumerate mai sus, art. 136 C. proc. pen. prevede în alineatul final anumite criterii complementare în alegerea măsurii preventive ce urmează a fi luată de organul judiciar. Acesta trebuie să țină seama de scopul măsurii, de gradul de pericol social al infracțiunii, de sănătatea, vârsta, antecedente și alte situații privind persoana față de care se ia măsura. În literatura de specialitate¹³ se arată că scopul măsurii este stabilit în raport cu o anumită persoană și cu împrejurările concrete ale cauzei. Luarea unei măsuri preventive reprezintă o facultate¹⁴ (cu excepția infracțiunilor flagrante, caz în care reținerea este obligatorie); săvârșirea unei infracțiuni, oricât de gravă ar fi, nu duce în mod automat la dispunerea unei măsuri preventive dacă nu există niciun pericol pentru buna desfășurare a procesului penal cu învinuitul sau inculpatul în stare de libertate. De îndată ce s-a ivit unul sau mai multe cazuri prevăzute de lege, organul judiciar are obligația să aleagă măsura preventivă cea mai potrivită și suficientă pentru atingerea scopului ei, dar în același timp aceasta să aducă o restrângere a libertății cât mai mică.¹⁵

Viitorul Cod de procedură penală reglementează *expressis verbis* principiul proporționalității și a necesității în ceea ce privește luarea unei măsuri preventive. Astfel, orice măsură preventivă trebuie să fie proporțională cu gravitatea acuzației aduse persoanei față de care este luată și necesară pentru realizarea scopului urmărit prin dispunerea acesteia. [art. 202 alin. (3)]

4. Măsurile de prevenție privite în special

4.1. Reținerea

Reținerea este singura măsură privativă de libertate care poate fi dispusă atât de organul de cercetare penală cât și de procuror, pe o durată de cel mult 24 de ore.¹⁶ Obiectul acesteia este dat de persoana învinuitului sau inculpatului iar valoarea vizată prin măsura reținerii constă în suprimarea libertății fizice.

În doctrină¹⁷ s-a făcut distincția între reținere și alte noțiuni similare: prinderea sau capturarea infractorilor în sensul art. 465 alin. (3) C. proc. pen.; reținerea persoanei de către poliție fie pentru verificare identității, fie pentru executarea unui mandat de aducere în sensul art. 184 C. proc. pen.; interdicția de a se îndepărta din sala de judecată până la terminarea cercetării judecătorești.

¹¹ Anastasiu Crișu, Bogdan Micu, Andrei Zarafiu, *Instituții de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, 2010, p.191.

¹² *Ibidem*, p. 192.

¹³ Ion Neagu, *op. cit.*, p. 539.

¹⁴ Anastasiu Crișu, Andrei Zarafiu, Aurel Ciobanu, *Drept procesual penal. Curs selectiv pentru licență*, Editura Hamangiu, 2008, p.34.

¹⁵ Gheorghe Radu, *Măsurile preventive în procesul penal român*, Editura Hamangiu, 2007, p.41.

¹⁶ Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.152.

¹⁷ Ion Neagu, *op. cit.*, p. 560.

Reținerea este dispusă printr-o ordonanță motivată, numai după ascultarea învinuitului sau inculpatului, în prezența apărătorului, dacă sunt îndeplinite condițiile generale enumerate în secțiunea anterioară. Timpul cât persoana a fost privată de libertate ca urmare a măsurii administrative a conducerii la sediul poliției,¹⁸ se va deduce din durata măsurii reținerii. Dacă reținerea se dispune de către organul de urmărire penală după audierea învinuitului citat în prealabil, termenul de 24 de ore se calculează de la ora emiterii ordonanței.

Prelungirea măsurii reținerii nu este posibilă decât într-un singur caz: atunci când este vorba de minori între 14 și 16 ani.¹⁹

Este supusă controlului judiciar prin intermediul plângerii reglementate de art. 140¹ C. proc. pen.

Între actuala reglementare și noile dispoziții legale cu privire la măsura reținerii, nu există diferențe majore. Procurorul poate dispune reținerea dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute în art. 202 din noul C. proc.pen.²⁰, indiferent de pedeapsa prevăzută de lege. În prezent, reținerea poate fi dispusă numai dacă există unul din cazurile prevăzute de art. 148 C.pr.pen., iar numai în caz de infracțiune flagrantă, indiferent de limitele pedepsei prevăzute de lege. Organul care a dispus măsura reținerii are obligația de a aduce la cunoștința suspectului sau inculpatului reținut, în scris, că are dreptul de a fi asistat de un avocat, ales sau numit din oficiu și dreptul de a nu face nicio declarație, atrăgându-i-se atenția că tot ceea ce declară poate fi folosit și împotriva sa. [art. 209 alin. (6)]. Avocatul ales are obligația de a se prezenta la sediul organului judiciar în termen de cel mult 2 ore de la încunoștințare. În caz de neprezentare a acestuia, organul de cercetare penală sau procurorul va numi un avocat din oficiu. [art.209 alin. (8)] . Pe perioada reținerii suspectului sau inculpatului a cărui identitate nu poate fi stabilită, organul de cercetare penală sau procurorul care a dispus măsura, are dreptul de a proceda la fotografierea și luarea amprentelor acestuia. Împotriva ordonanței prin care s-a dispus luarea măsurii reținerii se poate face plângere. [art. 209 alin. (14), (15)].

4.2 Obligația de a nu părăsi localitatea sau țara

În spiritul reglementărilor internaționale cu privire la drepturile omului – Convenția Europeană cât și Constituția României, recunosc și garantează cetățenilor dreptul la libera circulație în țară și în străinătate. Actuala legislație prevede ca mijloace de constrângere dispuse cu scopul de a asigura desfășurarea în bune condiții a activității procesuale – măsura obligării de a nu părăsi localitatea sau țara. Această măsură reprezintă o excepție de la dreptul la libera circulație garantat de art. 25 din Constituție. O putem defini ca fiind acea măsură preventivă ce constă în îndatorirea impusă învinuitului sau inculpatului, de către organul judiciar, de a nu părăsi localitatea în care locuiește, sau țara, decât cu încuviințarea acestuia.

Luarea acestei măsuri poate fi justificată de prevenirea unei posibile sustrageri a învinuitului sau inculpatului de la urmărire sau judecată, mai ales atunci când starea sănătății, vârsta înaintată a acestuia sau alte asemenea împrejurări nu permit luarea măsurii arestării.²¹

Această măsură poate fi luată numai după ascultarea învinuitului sau inculpatului, în prezența apărătorului. Se dispune dacă sunt îndeplinite condițiile generale pentru luarea oricărei măsuri preventive: probe sau indicii temeinice că învinuitul sau inculpatul a săvârșit fapta ce constituie obiectul procesului penal, pedeapsa prevăzută de lege pentru aceasta să fie închisoarea sau detenția

¹⁸ Art. 31 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române.

¹⁹ Atunci când există date că minorul care răspunde penal a comis o infracțiune pedepsită de lege cu pedeapsa detențiunii pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare, acesta poate fi reținut 10 ore iar procurorul poate prelungi măsura pentru încă 10 ore.

²⁰ Dacă există probe sau indicii temeinice din care rezultă suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune și dacă este necesară în scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii suspectului ori inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată, ori în scopul prevenirii săvârșirii de noi infracțiuni.

²¹ Gr. Theodoru, L. Moldovan, *Drept procesual penal*, Editura didactică și pedagogică, București, 1979, p. 160;

pe viață. Condiția este îndeplinită chiar și atunci când este prevăzută pedeapsa închisorii alternativ cu amenda.

În cursul urmăririi penale se dispune de procuror prin ordonanță ori de judecător prin încheiere, pe o perioadă de 30 de zile, dar poate fi prelungită printr-o ordonanță motivată, de către procuror.²² Fiecare prelungire nu poate depăși 30 de zile. Durata maximă a măsurii este de 1 an, însă atunci când legea prevede pentru fapta săvârșită pedeapsa închisorii de 10 ani sau mai mare, ori detenția pe viață, durata măsurii poate ajunge până la 2 ani. Împotriva ordonanței procurorului se poate face plângere la instanța de judecată, în condițiile art. 140².

În cursul judecății, competența a dispune măsura este instanța de judecată. Se ia pe o durată nedeterminată, astfel că aceasta durează până la soluționarea cauzei în fond. Încheierea poate fi atacată cu recurs.

Odată dispusă măsura, se impun învinuitului sau inculpatului și respectarea anumitor obligații: să se prezinte la organul de urmărire penală, sau după caz la instanța de judecată ori de câte ori este chemat; să se prezinte la organul de poliție desemnat cu supravegherea de organul judiciar care a dispus măsura, conform programului de supraveghere întocmit de organul de poliție sau ori de câte ori este chemat; să nu își schimbe locuința fără încuviințarea organului judiciar care a dispus măsura; să nu dețină, să nu folosească și să nu poarte nicio categorie de arme. Pe lângă acestea, legea mai prevede și alte obligații care pot fi dispuse de către organul judiciar: învinuitul sau inculpatul să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere; să nu se deplaseze la anumite spectacole sportive ori culturale sau în orice alte locuri stabilite; să nu se apropie de persoana vătămată, membrii familiei acesteia, persoana împreună cu care a săvârșit fapta, martori, experți, ori alte persoane, stabilite de organul judiciar, și să nu comunice cu acestea direct sau indirect; să nu conducă niciun vehicul sau anumite vehicule stabilite; să nu se afle în locuința persoanei vătămate; să nu exercite profesia, meseria sau să nu desfășoare activitatea în exercitarea căreia a săvârșit fapta. În cazul în care învinuitul sau inculpatul nu respectă din rea credință obligațiile impuse, se poate lua față de acesta măsura arestării preventive.

Măsura obligării de a nu părăsi localitatea precum și obligarea de a nu părăsi țara, nu vor mai exista în viitorul sistem procesual român. Conținutul acestora va fi absorbit de măsura controlului judiciar. Astfel, atât restrângerea libertății de circulație cât și obligațiile pe care trebuie să le respecte învinuitul sau inculpatul vor alcătui o parte importantă a controlului judiciar, dar nu vor mai face obiectul unei alte măsuri distincte.

4.3 Arestarea preventivă

Luând în considerare reglementarea actualului Cod de procedura penală cât și viitorului Cod de procedura penală, putem defini arestarea preventivă ca fiind cea mai gravă, dintre măsurile preventive.

Arestarea preventivă este acea măsură preventivă privativă de libertate, prin care organul judiciar competent dispune deținerea învinuitului sau inculpatului pe durata și în condițiile prevăzute de lege, în locuri special destinate acestui scop, în interesul urmăririi penale sau al judecății.²³

Principalele probleme ale sistemului judiciar penal actual, care se referă la măsura arestării preventive, durata procedurilor, competența, probațiunea, au constituit obiectul mai multor cauze la Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Dintre acestea enumerăm cauza Mihuță²⁴ împotriva României, Varga²⁵, Calmanovici²⁶, Tiron²⁷, în care se invocă încălcarea art.5 par. 3 din Convenție,

²² Î.C.C.J., s.p., dec. nr. 11/2008.

²³ I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 155.

²⁴ Hotărârea din 14/09/2009 (13275/03), publicată în M. Of. , Partea I nr. 47 din 21/01/2010, în *Hotărâri C.E.D.O. împotriva României în materie penală*, Editura Moroșan; p.30.

²⁵ Hot. din 1/04/2008 (73957/01), *op.cit.*, p.160.

²⁶ Hot. Din 1/07/2008,(42250/02) publicată în M. Of. nr. 283 din 30/04/2009, *op. cit.*, p. 178;

²⁷ Hot. Din 7/04/2009 (17689/03); *op. cit.* , p. 256.

referitoare la durata arestării preventive și lipsa de justificare a menținerii acesteia, omisiunea autorităților de a-l aduce de îndată pe reclamant în fața unui magistrat împuternicit prin lege cu exercitarea atribuțiilor judiciare.

În cele ce urmează, vom analiza arestarea preventivă astfel cum este reglementată în noul Cod de procedura penală, și vom scoate în relief diferențele dintre actuala legislație.

Orice măsură preventivă trebuie să fie dispusă ținându-se cont de principiul proporționalității cu gravitatea acuzației aduse unei persoane și de principiul necesității unei asemenea măsuri pentru realizarea scopului acesteia. Trebuie remarcat caracterul excepțional și subsidiar pe care îl dobândește măsura arestării preventive, în noua reglementare procesual penală, în raport cu celelalte măsuri. Aceasta poate fi dispusă numai dacă luarea unei alte măsuri preventive nu este suficientă pentru realizarea scopului urmărit și dacă există probe sau indicii temeinice din care rezultă suspiciunea rezolabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune.

În ceea ce privește cazurile în care poate fi luată măsura, în art. 223 din noul Cod de procedura penală găsim reformulate cazurile prevăzute de art. 148 din actuala legislație. Astfel, se poate dispune măsura când există pericolul sustragerii de la urmărirea penală, judecată, pericol de influențare a anchetei penale ori de săvârșire a unei noi infracțiuni. Un element de noutate îl întâlnim în alin. (2), unde sunt enumerate cu strictețe infracțiunile grave pentru care se poate dispune măsura, atunci când există suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune cu intenție. De asemenea se poate dispune și când legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani ori mai mare. Spre deosebire de actuala reglementare, se stabilesc criteriile legale pe baza cărora să fie apreciat pericolul concret pentru ordinea publică – gravitatea faptei, modul și circumstanțele de comitere a acesteia, anturajul și mediul din care provine inculpatul, antecedentele penale precum și alte împrejurări privitoare la persoana acestuia. Pericolul concret trebuie să existe la momentul în care se dispune asupra privării de libertate.

Organul judiciar care poate dispune măsura este judecătorul de drepturi și libertăți²⁸, în cursul urmăririi penale; judecătorul de cameră preliminară²⁹, în procedura de cameră preliminară; iar în cursul judecății, de către instanța de judecată. Împotriva încheierilor prin care judecătorul de drepturi și libertăți dispune asupra măsurilor preventive, inculpatul și procurorul pot face contestație la judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța ierarhic superioară, în termen de 48 de ore de la pronunțare, sau după caz de la comunicare. Inculpatul se citează, iar contestația se soluționează, de regulă, în prezența inculpatului. Participarea procurorului și acordarea asistenței juridice de către un avocat, este obligatorie (art. 204 noul Cod de procedura penală] Controlul judiciar al legalității măsurii dispuse de judecătorul de cameră preliminară, se realizează tot printr-o contestație³⁰).

Cu privire la calea de atac împotriva încheierilor prin care instanța hotărăște asupra măsurilor preventive, în cursul judecății, se poate face tot contestație, iar nu recurs astfel cum se procedea în sistemul procesual actual. Astfel, în situația în care măsura arestării este dispusă de instanța care judecă dosarul în recurs, încheierea nu mai poate fi atacată separat cu recurs datorită jocului gradelor de jurisdicție.³¹

²⁸ Conform art. 53 din noul Cod de procedura penală, judecătorul de drepturi și libertăți este judecătorul care, în cadrul instanței, potrivit competenței acesteia, soluționează în cursul urmăririi penale, cererile, propunerile, plângerile, contestațiile sau orice alte sesizări privind măsurile preventive; măsurile asiguratorii; măsurile de siguranță cu caracter provizoriu; actele procurorului în cazurile expres prevăzute de lege; încuviințarea perchezițiilor, a folosirii tehnicilor speciale de supraveghere sau cercetare ori a altor procedee probatorii potrivit legii; administrarea anticipată a probelor și alte situații expres prevăzute de lege;

²⁹ Potrivit art. 54 din același cod, judecătorul de cameră preliminară este judecătorul care, în cadrul instanței, potrivit competenței acesteia: verifică legalitatea trimerii în judecată dispuse de procuror, legalitatea administrării probelor și efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală; soluționează plângerile împotriva soluțiilor de neurmărire sau de netrimere în judecată, precum și alte situații expres prevăzute de lege.

³⁰ Vezi art. 205 din noul Cod de procedura penală.

³¹ Andrei Zărafu, *op. cit.*, p.370.

Un alt element de noutate se referă la durata arestării preventive. Conform art.149 C.pr. pen. durata măsurii arestării inculpatului în cursul urmăririi penale, nu poate depăși 30 zile. Ea poate fi însă prelungită, în condițiile prevăzute de lege, iar limita până la care poate ajunge este de 180 de zile. În privința arestării în cursul judecății nu sunt prevăzute asemenea limite. Viitorul cod instituie un termen maxim al arestării preventive și pentru faza de judecată, respectiv 5 ani. Sub acest aspect, sursă de inspirație a fost sistemul de drept italian.

În scopul desfășurării cu celeritate a procesului penal, nu mai este obligatorie prezența inculpatului atunci când se dispune asupra prelungirii, revocării sau încetării de drept a măsurii preventive. Judecătorul sau instanța de judecată fixează data de soluționare a cererii și dispune citarea inculpatului. Dacă acesta nu se prezintă, deși a fost legal citat, cererea se va soluționa în lipsa acestuia, dar numai în prezența avocatului. Participarea procurorului este obligatorie.

În mod excepțional, se poate dispune privarea de libertate și asupra minorilor, numai dacă efectele unei astfel de măsuri asupra personalității și dezvoltării lor nu ar fi disproporționate față de scopul legitim urmărit prin luarea măsurii.

4.4 Liberarea provizorie

În literatura de specialitate s-au iscat o serie de controverse cu privire la natura juridică a acestei instituții. Conform unei opinii³², liberarea provizorie nu poate fi inclusă în rândul măsurilor preventive, deoarece acestea sunt enumerate exhaustiv în art. 136 C. proc. pen. iar liberarea provizorie nu se regăsește în această enumerare. Contrar acestei opinii, s-a susținut³³ că liberarea provizorie este o măsură preventivă stâns legată de starea de libertate a persoanei în procesul penal. S-a invocat argumentul că legiuitorul a reglementat această instituție în capitolul ” Măsurile preventive”. În plus, se arată³⁴ că deși nu a definit liberarea provizorie sub control judiciar și pe cauțiune ca fiind măsuri preventive, scopul acestora poate fi îndeplinit și prin intermediul lor.

Liberarea provizorie este acea măsură preventivă neprivativă de libertate care înlocuiește arestarea preventivă a învinutului sau inculpatului, având drept scop asigurarea desfășurării normale a procesului penal și evitarea sustragerii învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, judecată, sau executarea pedepsei.

În noul Cod de procedura penală liberarea provizorie sub control judiciar și pe cauțiune sunt prevăzute ca măsuri preventive distincte – controlul judiciar și controlul judiciar pe cauțiune, așa încât acestea pot fi dispuse independent de măsura arestării preventive. În ceea ce privește instituția cauțiunii, noutatea este reprezentată de faptul că, spre deosebire de reglementarea actuală, aceasta garantează nu doar participarea inculpatului la procesul penal, ci și plata despăgubirilor acordate pentru repararea pagubelor cauzate prin infracțiune și a amenzii. Plata sumelor anterior menționate din cauțiune are caracter prioritar față de confiscarea acesteia, chiar și în situația înlocuirii măsurii controlului judiciar pe cauțiune cu măsura arestului la domiciliu sau a arestării preventive (art. 217 alin. 7).

În prezent, liberarea provizorie se poate dispune în cazul infracțiunilor săvârșite din culpă, precum și în cazul infracțiunilor intenționate pentru care legea prevede pedeapsa închisorii ce nu depășește 18 ani. Se acordă la cererea învinutului sau inculpatului, în tot cursul procesului penal. Cererea este supusă admiterii în principiu. Competența exclusivă de a dispune asupra măsurii, atât în cursul urmăririi penale cât și în cursul judecății, aparține instanței de judecată. Pe timpul liberării provizorii, învinutul sau inculpatul este obligat să respecte următoarele obligații: a) să nu depășească limita teritorială fixată decât în condițiile stabilite de instanță³⁵; b) să se prezinte la organul de urmărire penală, sau la instanța de judecată ori de câte ori este chemat; c) să se prezinte la organul de

³² N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paiedia, București, 1993, p.428;

³³ Gr. Theodoru, *Drept procesual penal.Parte Generală*, Editura Cugetarea, Iași, 1996, p. 359;

³⁴ I. Neagu, *op. cit.*, p.536;

³⁵ În noul cod, această obligație va reprezenta o facultate a organului judiciar;

poliție desemnat cu supravegherea de instanță, conform programului de supraveghere întocmit de organul de poliție sau ori de câte ori este chemat; d) să nu își schimbe locuința fără încuviințarea instanței care a dispus măsura³⁶; e) să nu dețină, să nu folosească și să nu poarte nicio categorie de arme.³⁷ Organul judiciar care a dispus măsura, poate impune învinuitului sau inculpatului să respecte una sau mai multe dintre următoarele obligații: a) să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere; b) să nu se deplaseze la anumite spectacole sportive ori culturale sau în orice alte locuri stabilite; c) să nu se apropie de persoana vătămată, membrii familiei acesteia, persoana împreună cu care a săvârșit fapta, martori, experți ori alte persoane stabilite de instanță și să nu comunice cu acestea direct sau indirect; d) să nu conducă niciun vehicul sau anumite vehicule stabilite; e) să nu se afle în locuința persoanei vătămate; f) să nu exercite profesia, meseria sau să nu desfășoare activitatea în exercitarea căreia a săvârșit fapta.³⁸

Prin încheierea instanței de judecată, se pune în vedere învinuitului sau inculpatului, că în cazul încălcării cu rea credință a obligațiilor stabilite, se va lua față de acesta măsura arestării preventive. În noul cod, posibilitatea înlocuirii controlului judiciar cu măsura arestării preventive, va fi lăsată la aprecierea organului judiciar care a dispus-o.

Cauțiunea constă într-o sumă de bani, de cel puțin 1000 de lei, al cărui quantum este fixat de instanță. În noul cod se determină și criteriul pe baza căruia se stabilește valoarea cauțiunii: în raport cu gravitatea acuzației aduse inculpatului, situația materială și obligațiile legale ale acestuia. Potrivit art. 160⁵ alin. (4), cauțiunea se restituie când se revocă liberarea provizorie în temeiul descoperirii de fapte și împrejurări ce nu au fost cunoscute la data admiterii cererii și care justifică arestarea învinuitului sau inculpatului; când se constată de instanță, prin încheiere, că nu mai există temeiurile care au justificat măsura arestării preventive; când se dispune în cursul urmăririi penale scoaterea de sub urmărire, încetarea procesului penal, iar în cursul judecății achitarea inculpatului, sau încetarea procesului penal; când se pronunță pedeapsa amenzii sau închisorii cu suspendarea condiționată a executării pedepsei, cu suspendarea sub supraveghere sau la locul de muncă; se dispune condamnarea la pedeapsa închisorii; când cererea a fost respinsă ca neîntemeiată sau că a fost făcută de o altă persoană și nu a fost înșușită de învinuit sau inculpat. Cauțiunea nu se restituie atunci când se pronunță pedeapsa închisorii, dacă liberarea provizorie s-a revocat pe motivul că nu au fost îndeplinite cu rea credință de învinuit sau de inculpat obligațiile asumate, a încercat să zădărnicească aflarea adevărului, ori a săvârșit din nou, cu intenție, o infracțiune pentru care este urmărit sau judecat. În acest caz, în momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare, cauțiunea se face venit la bugetul de stat.

4.5 Arestul la domiciliu

Arestul la domiciliu reprezintă un element de noutate absolut în sistemul de drept procesual penal român, având ca sursă de inspirație modelul italian. Este măsura procesuală intermediară între măsura arestării preventive și măsura controlului judiciar ce constă în obligația inculpatului de a nu părăsi imobilul unde locuiește în mod statornic, pe o perioadă determinată, 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.

Organul judiciar competent a dispune această măsură, este în cursul urmăririi penale, judecătorul de drepturi și libertăți, în procedura de cameră preliminară, de judecătorul de cameră preliminară, iar în cursul judecății, de instanța de judecată. Pentru a putea fi dispusă, trebuie să fie

³⁶ Art. 215 alin. (1) lit. b. Prevede obligația inculpatului de a informa de îndată, orice schimbare a locuinței, organului judiciar care a dispus măsura.

³⁷ Conform art. 215 alin. (2) această obligație va putea fi dispusă de organul judiciar

³⁸ Pe lângă aceste obligații care se pot impune inculpatului, noul cod mai prevede în plus obligația de a comunica periodic informații relevante despre mijloacele sale de existență; să se supună unor măsuri de control, îngrijire sau tratament medical, în special în scopul dezintoxicării; să nu emită cecuri.

îndeplinite condițiile prevăzute la art. 223, iar luarea măsurii să fie necesară și suficientă pentru realizarea unuia dintre scopurile prevăzute la art. 202. alin. (1). Aprecierea condițiilor se face luându-se în considerare gradul de pericol al infracțiunii, scopul măsurii, sănătatea, vârsta, situația familială și alte împrejurări referitoare la persoana față de care se ia măsura. În principiu, măsura poate fi aplicată oricărei persoane împotriva căreia s-a pus în mișcare acțiunea penală, cu excepția aceleia față de care există suspiciunea că a săvârșit o infracțiune asupra unui membru de familie, ori care a fost anterior condamnată definitiv pentru infracțiunea de evadare.

Cu privire la luarea măsurii, art. 219 prevede că judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află locul unde s-a constatat săvârșirea infracțiunii ori sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, poate dispune, la propunerea motivată a procurorului, arestul la domiciliu al inculpatului. Judecătorul, în termen de 24 de ore de la primirea dosarului, fixează termen de soluționare în camera de consiliu. Inculpatul este citat, dar neprezentarea acestuia nu împiedică soluționarea propunerii înaintate de procuror. Dacă se prezintă, inculpatul va fi citat. Este obligatorie participarea procurorului și asistența juridică a inculpatului.

Judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată în fața căreia se află cauza, poate dispune printr-o încheiere asupra măsurii arestului la domiciliu, la cererea motivată a procurorului sau din oficiu.

Pe parcursul executării acestei măsuri preventive, inculpatul trebuie să respecte anumite obligații a căror încălcare cu rea credință, poate atrage înlocuirea cu măsura arestării preventive. Potrivit art. 221 inculpatul are următoarele obligații : a) să se prezinte ori de câte ori este chemat în fața organului de urmărire penală, a judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau instanței de judecată; b) să nu comunice cu persoana vătămată sau membrii de familie ai acesteia, cu alți participanți la comiterea infracțiunii, cu martorii ori experții, precum și cu orice alte persoane care nu locuiesc în mod obișnuit împreună cu el sau nu se află în îngrijirea sa. Se poate dispune ca pe durata arestului la domiciliu, inculpatul să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere. Inculpatul poate părăsi imobilul în care locuiește pentru a se prezenta în fața organelor judiciare atunci când este chemat. Dacă, pentru realizarea unor drepturi ori interese legitime ale inculpatului, este necesară părăsirea domiciliului, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, prin încheiere, poate încuviința acest lucru la cererea scrisă și motivată a inculpatului. Art. 221 alin. (6) prevede expres cazurile în care inculpatului i se poate permite părăsirea domiciliului : pentru prezentarea la locul de muncă, la cursuri de învățământ sau de pregătire profesională ori la alte activități similare sau pentru procurarea mijloacelor esențiale de existență, precum și în alte situații temeinic justificate, pentru o anumită perioadă de timp. În mod excepțional, inculpatul poate părăsi imobilul fără permisiunea organului care a dispus măsura, în cazuri urgente și pentru motive întemeiate. Instituția, organul sau autoritatea desemnate de organul judiciar care a dispus arestul la domiciliu, verifică periodic respectarea măsurii și a obligațiilor de către inculpat. Pentru supravegherea respectării măsurii și a obligațiilor, organul de poliție poate pătrunde în imobilul unde se execută măsura, fără permisiunea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc cu acesta.

În cursul urmăririi penale, arestul la domiciliu poate fi luat pe o perioadă de cel mult 30 de zile, iar în caz de necesitate, dacă se mențin temeiurile care au determinat luarea măsurii sau au apărut temeiuri noi, poate fi prelungit. Fiecare prelungire nu poate depăși 30 de zile, iar durata maximă este de 180 de zile. Durata privării de libertate dispusă prin măsura arestului la domiciliu nu se ia în considerare pentru calculul duratei maxime a măsurii arestării preventive a inculpatului în cursul urmăririi penale.

Măsura arestării la domiciliu prezintă numeroase avantaje atât pentru stat, cât și pentru inculpat. Deși această măsură îl privează de libertatea pe inculpat, acesta se manifestă nestingherit în cadrul imobilului unde locuiește, fără alte restricții așa cum se întâmplă în cazul penitenciarelor.

Inculpatul se poate bucura în continuare de viața privată, de familie, se poate informa asupra apărării sale, poate lua contact cu avocatul său în mod liber. Statul este avantajat din punct de vedere pecuniar. El nu va mai cheltui resurse financiare pentru cazare, pază și transportul inculpaților de la locul de deținere la sediul instanței.

Concluzii

Datorită modului în care este reglementată instituția măsurilor preventive în noul Cod de procedura penală, și a soluțiilor favorabile și prompte pe care acesta le oferă în tratarea diferitelor probleme, este imperios necesară intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, astfel încât legislația procesual penală să se ridice la exigențele celor mai înalte standarde europene, iar România să diminueze numărul condamnărilor la Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Astfel cum a fost gândită procedura luării și a controlului legal a unei măsuri preventive, oferă garantarea respectării principiilor fundamentale ale drepturilor omului și soluționarea cererilor în timp util, fără a aglomera sau împieta asupra procedurii judecătorești.

Referințe bibliografice

1. Anastasiu Crișu, Bogdan Micu, Andrei Zarafiu, *Instituții de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, 2010;
2. Anastasiu Crișu, Andrei Zarafiu, Aurel Ciobanu, *Drept procesual penal. Curs selectiv pentru licență*, Editura Hamangiu, 2008;
3. Dumitru Gheorghe, *Drept Procesual Penal. Partea Generală*, Editura Tiraj Grup, 2003;
4. Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, 2008;
5. Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2010;
6. Gheorghe Radu, *Măsurile preventive în procesul penal român*, Editura Hamangiu, 2007;
7. Gr. Theodoru, *Drept procesual penal. Partea Generală*, Editura Cugetarea, Iași, 1996.
8. Grigore Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penală*, Editura Hamangiu, 2008;
9. Gr. Theodoru, L. Moldovan, *Drept procesual penal*, Editura didactică și pedagogică, București, 1979;
10. Alexandru Țuculeanu, *Reținerea, arestarea preventivă, obligarea de a nu părăsi localitatea*, Editura Lumina Lex, București, 2003;
11. Andrei Zarafiu, *Arestarea Preventivă*, Editura C.H. Beck, București, 2010;
12. N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paiedia, București, 1993;
13. Hotărâri C.E.D.O. împotriva României în materie penală, Edit. Moroșan;

ELEMENTE DE DREPT COMPARAT PRIVIND DECLARAȚIILE MARTORILOR

Andreea LIVĂDARIU*

Abstract

The paper will present in a multidisciplinary perspective the issue of witness testimony as evidence in criminal trial. The article has two big parts: one in which we will find the statutory rules relating to witness testimony as fundamental criminal evidence and the other referred to theories in judicial psychology, concerning witness statements. So, in the first part of the paper will be considered: the rights and obligations of the persons who give testimony; the "ordinary" witnesses (meaning the competent and compellable witnesses); the particular classes of witnesses (children, spouse or other member of the accused's family, persons compelled to keep the professional secret, injured or civil party); the procedure of listening the person who gives the testimony; probative value of the witnesses' speech or answers. We believe that the originality of the issues presented in this section consists of the comparison between Romanian Criminal Procedure and the English system of Criminal Justice. In the second part of the paper we will try to demonstrate that perception, memorization and testifying process which are the pillars of the testimony, are deeply influenced by the perceptual ability, understanding capacity, culture addiction, age, and psychological type. It is not our interest to doubt of the undeniable usefulness of testimony as criminal evidence, but to analyze the challenges of testimony in Comparative Criminal Law and confront them with the results in judicial psychological research.

Cuvinte cheie: proces penal, martor, drepturi și obligații, interogatoriu, confruntare, aflarea adevărului, percepție, recepție, memorare, mărturie

1. Introducere

Pilonii de rezistență ai dreptului procesual penal sunt definiți mai întâi de toate printr-o serie de principii pe care se construiește întregul eșafodaj al procesului penal, principiul aflării adevărului ridicând adevărul la rangul de scop fundamental al organelor judiciare. Deoarece dreptul procesual penal reprezintă „instrumentul” prin care dreptul substanțial este pus în aplicare și dat fiind faptul că raporturile juridice de drept procesual penal se nasc peste și în afara acordului de voință al părților, unul dintre subiecți fiind statul¹, în Codul de Procedură Penală, aflarea adevărului este primul principiu enunțat, statuând scopul procesului penal: „în desfășurarea procesului penal trebuie să se asigure aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei, precum și cu privire la persoana făptuitorului” (art. 3 C.pr.pen.).

Aflarea adevărului în procesul penal presupune ca matricea drepturilor și obligațiilor pe care le au toți participanții în procesul penal, coroborată cu instrumentele de care aceștia se pot folosi, să faciliteze obținerea unui rezultat cât mai apropiat de realitatea obiectivă a faptei și a celui care a săvârșit-o. În consecință, organele judiciare au obligația principală de a soluționa cauzele astfel încât soluțiile lor să fie cât mai fidele realității și implicit adevărului, instrumentul principal pentru atingerea acestui scop, fiind sistemul de probațiune.

În privința evoluției sistemului de probe, în doctrină s-a vorbit despre trei faze, și anume faza religioasă, faza sistemului de probe legale și faza sistemului probei morale sau a intimei convicțiuni². În mod firesc, evoluția societății în ansamblul ei și-a pus amprenta în primul rând asupra științelor juridice, ajungându-se la șlefuirea sistemului normativ prin care juridicul se manifestă în viața

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: andreea.livadariu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Bogdan MICU

¹ Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 41.

² Ion Ionescu-Dolj, *Curs de procedură penală română*, Editura Socec, București, 1937, pp. 206-207.

fiecărui individ. Acest lucru este poate cel mai evident (și necesar) în dreptul procesual penal prin prisma instituțiilor procesuale cu caracter coercitiv, care în lipsa unei stricte reglementări legale, ar putea aduce atingere drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei.³

Principiul *nullum iudicium sine lege* este cu totul străin fazei religioase, în care administrarea probelor se bazează pe ajutorul divinității care intervine direct în fiecare caz „judecat”. Ordaliile, constând în proba cu apă fiartă (brațul era introdus până la cot în apă fiartă și, dacă nu producea urme, persoana era nevinovată), proba cu fier roșu sau proba apei reci sunt, în această etapă, mecanismele prin care divinitatea este chemată să ofere dovada de netăgăduit a culpabilității.⁴ Un pas important pentru evoluția sistemului de probațiune îl reprezintă faza sistemului de probe legale, când legea prevede mijloacele de probațiune și fixează gradul de forță probantă precum și condițiile în care se pot aplica acestea; în această fază, locul cel mai important este atribuit probei cu martori, punându-se accentul pe o ierarhizare a probelor în funcție de numărul de persoane care depun mărturie: proba completă (în care există cel puțin doi martori), jumătate de probă (depoziția unui singur martor), proba ușoară și proba imperfectă.⁵ Faza sistemului probei morale sau a întimei convicțiuni este caracteristică sistemului modern, când judecătorul ia locul divinității și evaluează forța probantă a fiecărei dovezi, sistemul român de drept adoptând acest principiu în Codul de Procedură Penală Carol al II-lea.⁶

Lucrarea de față își propune să ofere o perspectivă comparativă a probei cu martori, așa cum este ea valorificată astăzi în sistemul român de drept și în sistemul anglo-saxon. Structura lucrării reflectă abordarea a două teme principale, și anume: partea întâi va prezenta **elementele de drept comparat** în vigoare în cadrul sistemelor de drept mai sus menționate, atenția fiind acordată drepturilor și obligațiilor martorilor, persoanelor care nu pot fi ascultate sau care nu pot fi obligate să-și ofere depozițiile ca martori și procedurii de ascultare a martorilor. În cazul dreptului procesual penal român, reglementarea materiei care ne interesează se află în Codul de Procedură Penală, pe când în cazul sistemului de drept anglo-saxon, declarațiile martorilor – cu drepturile și obligațiile acestora, procedura, regulile generale și speciale de aplicare în funcție de persoanele care oferă depoziția – sunt dispartate într-o serie de acte, dintre care amintim *Oaths Act 1978, Criminal Justice Act 1865, Criminal Justice Act 1988*.

Partea a doua a lucrării va prezenta din **perspectiva psihologiei judiciare**, măsura în care depoziția martorului respectă veridicitatea faptelor petrecute. Această secțiune din lucrare este pertinentă deoarece în condițiile în care perceperea, memorizarea și exprimarea informațiilor care vor alcătui proba în procesul penal sunt influențate de factori precum capacitatea perceptivă, inteligența, gradul de cultură, etatea, tipul psihologic ale celui care oferă depoziția, se pune întrebarea legitimă cu privire la măsura discrepanței dintre realitatea unui eveniment și mărturisirea sa de către persoana care l-a observat.

Fără însă a pune la îndoială utilitatea incontestabilă a probei testimoniale în procesul penal, articolul de față își propune să pună elementele de drept comparat analizate în prima parte, față în față cu rezultatele cercetărilor din domeniul psihologiei judiciare în ceea ce privește punctele tari și punctele slabe ale declarațiilor martorilor.

2. Declarațiile martorilor în sistemele de drept român și englez

2.1. Drepturile și obligațiile martorilor. Potrivit Codului de Procedură Penală, martorul este definit drept „persoana care are cunoștință despre vreo faptă sau despre vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal” (art. 78 C.pr.pen.). Trebuie însă avut în vedere că

³ Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 22.

⁴ Ion Ionescu-Dolj, *Op. Cit.*, p. 40.

⁵ *Ibidem*, pp. 206-207.

⁶ *Ibidem*, pp. 207-208.

scopul de a afla adevărul, așadar de a obține o imagine cât mai fidelă a realității cu ajutorul declarațiilor martorului, nu trebuie să interfereze cu drepturile pe care acesta le are, drepturi reglementate în mod firesc, tot de Codul de Procedură Penală.

În consecință, persoanele care au calitatea de martor au dreptul de a nu fi supuse violențelor și amenințărilor în vederea obținerii declarațiilor, au dreptul de a primi decontarea cheltuielilor de transport, locuință sau de altă natură, cheltuieli efectuate prin chemarea lor și, în caz contrar, pot folosi căile ordinare de atac în ipoteza în care drepturile patrimoniale le-au fost încălcate prin hotărârea instanței de judecată.⁷

La fel ca în dreptul procesual penal român, în dreptul anglo-saxon persoana care se află în afara granițelor Marii Britanii, poate cu permisiunea curții, să depună mărturia prin video-conferință. De asemenea, ca regulă generală, orice persoană este obligată și poate dobândi calitatea de martor atunci când este nevoie, în caz de refuz aceasta fiind posibilă de pedeapsa cu închisoarea.⁸

Tot ca un drept al martorului, în cazul în care se constată că prin declararea identității sale reale este pusă în pericol viața sau integritatea corporală, acestuia i se poate atribui o altă identitate sub care urmează să ajungă în fața organului judiciar, procedura fiind reglementată pe larg în Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor.⁹

În ceea ce privește obligațiile martorilor, potrivit Codului de Procedură Penală, acestora le revine obligația de a se înfățișa la locul, ziua și ora arătate în citație, de a declara tot ce știu cu privire la aspectele cauzei, în lipsa respectării acestor obligații, persoanele care au calitatea de martori fiind pasibili de amendă judiciară (art. 83 C.pr.pen.).

2.2. Persoane care nu pot fi ascultate ca martori. Persoane care nu sunt obligate să aibă calitate de martor. Categoria persoanelor care nu pot fi ascultate ca martori cuprinde persoanele care în cauze penale concrete și în legătură cu anumite fapte, nu își pot oferi depozițiile în calitate de martori. Dreptul procesual penal cunoaște două astfel de categorii, și anume persoanele obligate să păstreze secretul profesional și persoanele constituite parte civilă sau parte vătămată în procesul penal.

Prima categorie se referă la acele persoane care prin prisma îndeplinirii îndatoririlor de serviciu, au cunoștință despre secrete care dacă sunt divulgate, sunt susceptibile de a produce prejudicii materiale sau morale unor persoane sau unor principii de etică, de exemplu: medicii, avocații, notarii și alte persoane care, dacă în exercițiul profesiei au luat cunoștință de anumite secrete ce nu trebuie divulgate, încălcarea acestei obligații reprezintă infracțiune (de exemplu, divulgarea secretului economic, conform art. 298 din Codul Penal). Această obligație este imperativă, sub rezerva că persoana față de care există obligația de păstrare a secretului profesional poate încuviința divulgarea informațiilor.¹⁰

Rațiunea pentru care partea vătămată sau partea civilă nu poate cumula calitatea procesuală cu cea de martor, rezidă în regula că nimeni nu poate fi martor pentru propria cauză; totuși, dacă partea vătămată, înainte de constituire ca parte în procesul penal a dat depoziție în calitate de martor, declarația sa va fi valorificată ca mijloc de probă prin îmbinarea cu alte informații existente în dosar.¹¹

Legat de lucrătorii de poliție care au întocmit procesul verbal de constatare a infracțiunii flagrante, în practica judiciară s-a optat pentru posibilitatea ca aceștia să fie audiați de către instanță ca martori, deoarece potrivit articolului 78 din Codul de Procedură Penală, persoana care are

⁷ Ion Neagu, *Op. Cit.*, pp. 470-471

⁸ Stephen Seabrooke, John Sprack, *Criminal Evidence And Procedure: The Essential Framework*, Editura Blackstone Press Limited, Londra, 1999, p. 18.

⁹ Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 477.

¹⁰ Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 472.

¹¹ *Ibidem*, p. 472-473.

cunoștință despre vreo faptă sau împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului, poate dobândi calitatea de martor; date fiind atribuțiile sale profesionale, lucrătorul de poliție care a întocmit un act în cursul procesului penal cunoaște fapte și împrejurări ale cauzei, ce ar putea duce la aflarea adevărului.¹²

În economia Codului de Procedură Penală aflat în vigoare pe timpul monarhiei, datorită caracteristicilor formei de guvernare de la acea vreme, a fost adăugată celor două categorii analizate mai sus, cea a persoanelor „excluse (*testes inhabiles*)”¹³. Ca interdicție de ordin constituțional, Regele, Regina, Principele Moștenitor și ceilalți Principi și Principese ale României nu puteau fi chemați în procesul penal în calitate de martori, precum nu puteau fi admiși ca martori (sub pedeapsă de nulitate) preotul, avocatul, notarul public, farmacistul, moașa, colaboratorii lor și personalul ajutător al acestora.¹⁴

De asemenea, în sistemul sovietic, nu erau admise ca martori persoanele care din cauza defectelor fizice sau psihice, nu erau în stare să perceapă just fenomenele care au importanță în cauză și nu le era permis să facă depoziții cu privire la ele.¹⁵ Sub aspectul defectelor fizice, părerea este nuanțată astăzi, persoanele mute având posibilitatea de a scrie declarația, iar cele lipsite de auz de a se exprima prin intermediul unui interpret.

În categoria persoanelor care nu sunt obligate să adopte calitatea de martori intră persoanele care pot fi ascultate numai dacă își dau acordul. Motivația acestei reglementări rezidă în ocrotirea sentimentelor de afecțiune pe care soțul sau rudele apropiate le au față de inculpat ori învinuit.¹⁶ Articolul 149 din Cod Penal definește rudele apropiate ca fiind ascendenții și descendenții, frații și surorile, persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; în cazul în care ele consimt să fie martori, însă fac declarații mincinoase, pot fi trase la răspundere pentru infracțiunea de mărturie mincinoasă. În ceea ce privește soția ori soțul persoanei acuzate, în dreptul anglo-saxon există o largă gamă de reguli care diferă când vine vorba de evaluarea competenței și a obligativității de a da mărturie; spre exemplu, soții divorțați se consideră ca și când nu au fost niciodată căsătoriți, astfel că soțul ori soția au competență deplină pentru a îndeplini calitatea de martor.¹⁷

Astfel, acestei categorii de persoane i se aplică reguli speciale din cauza gradului crescut de subiectivitate în acordarea mărturiei. Alături de soțul și soția persoanei acuzate, dreptul procesual englez mai cunoaște și alte categorii speciale de martori, precum copiii și persoanele vulnerabile. În ceea ce privește prima categorie, minorii sub vârsta de 14 ani pot fi audiați de la distanță prin video-conferință, aceasta pentru a preîntâmpina cazurile în care minorul ar fi pus în situații jenante ori stresante; de asemenea, curtea poate decide măsuri speciale care să împiedice întâlnirea dintre acuzat și martorul minor, în cazul în care consideră benefică procedura pentru minor.¹⁸ În categoria martorilor vulnerabili intră persoanele cu probleme psihice, cele reduse din punct de vedere intelectual, persoanele cu deficiențe fizice și cele care au o frică nejustificată și incontrollabilă față de calitatea de martor în cursul procesului penal. În cazul lor, se aplică măsurile speciale privind mărturia la distanță, evitarea contactului cu acuzatul și interzicerea confruntării.¹⁹

În sistemul de common-law, persoana acuzată poate juca rolul de martor în propriul proces, legislația engleză acordându-i întâietate în raport cu celelalte categorii de martori. Astfel, dacă în cursul procesului unul dintre martori este însuși inculpatul, acesta va fi ascultat înaintea celorlalți în

¹² *Ibidem*, p. 469.

¹³ Ion Ionescu-Dolj, *Op. Cit.*, p. 221.

¹⁴ *Ibidem*, p. 222.

¹⁵ M. A. Celțov, *Procesul penal sovietic*, Editura de stat pentru literatură economică și juridică, București, 1954, p. 153.

¹⁶ Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 473.

¹⁷ Stephen Seabrooke, John Sprack, *Op. Cit.*, p. 46.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 38-40.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 41-42.

cazul în care curtea nu hotărăște altfel; dacă există mai mulți inculpați în proces, ei vor fi ascultați în ordinea în care apar în rechizitoriu.²⁰

2.3. Procedura de ascultare a martorilor. Procedee speciale de obținere a declarațiilor martorilor. În sistemul român de drept, procedura propriu-zisă de ascultare a martorilor succede unei proceduri prealabile, care constă în identificarea martorului și depunerea jurământului de către acesta. În vederea identificării, martorul este întrebat despre nume, prenume, etate, adresa, ocupație, despre calitatea sa față de vreuna din părți și dacă a suferit vreoa pagubă de pe urma infracțiunii (art. 84 C.pr.pen.). Scopul acestor întrebări este, pe de o parte de identificare și de stabilire a raporturilor martorului cu învinuitul sau inculpatul, în vederea respectării dispozițiilor potrivit cărora rudele apropiate nu sunt obligate să depună ca martori, iar pe de altă parte, pentru o apreciere cât mai adecvată a mărturiei, în ipoteza unor relații de dușmănie sau de prietenie.²¹

Spre deosebire de dreptul român, în dreptul penal anglo-saxon s-a statuat regula interogatoriului, pe motiv că martorul nu ar trebui să-și alcătuiască o mărturie liberă. Procedura se numește „examinarea martorului”²², este caracterizată printr-o succesiune de întrebări și răspunsuri și are trei etape: examinarea principală (în care martorul este interogat de către avocatul părții care l-a solicitat), confruntarea (are sens diferit de cel al confruntării ca procedură specială în cursul procesului penal român; constă în dreptul părții adverse sau a avocatului acesteia de a pune întrebări martorului și are semnificația unui drept la replică față de informațiile dezvăluite în proces până în momentul respectiv) și reexaminarea (este o încheiere simetrică a interogatoriului, în care partea care a solicitat martorul are dreptul de a-i adresa acestuia întrebări din nou, cu scopul clarificării noilor informații apărute în timpul confruntării).

În dreptul procesual penal român, jurământul diferă după cum persoana care va depune ca martor este de religie creștină, de altă religie ori fără confesiune sau persoana respectivă, din motive de conștiință ori confesiune, nu depune jurământul; minorii de până în vârsta de 14 ani sunt exceptați de la depunerea jurământului, atrăgându-li-se atenția să spună adevărul.²³ În sistemul anglo-saxon se aplică aceleași reguli cu privire la jurământ: acesta poate fi depus cu mâna pe Biblie în cazul persoanelor care împărtășesc o religie sau se poate rezuma la rostirea unei afirmații solemne²⁴ de către persoanele care din diferite motive nu vor să depună jurământul.

Mai departe, procedura propriu-zisă se desfășoară potrivit articolului 86 din Codul de Procedură Penală, cu precizarea că dacă există mai mulți martori, ei vor fi ascultați separat, atât în prima, cât și în a doua fază a procesului penal; ca regulă, martorul este lăsat să declare tot ce știe în cauză, dar spre deosebire de dreptul englez, nu este acceptată începerea ascultării cu citirea sau reamintirea declarațiilor date anterior, precum este interzisă și citirea de către martor a unei declarații scrise în prealabil²⁵. Dreptul procesual român permite martorului să se ajute de însemnări atunci când este vorba de amănunte greu de reținut, lucru admis și în doctrina franceză, care permite martorului să-și consulte însemnările doar dacă este absolut necesar pentru memoria sa și pentru o depoziție exactă și completă.²⁶ Spre deosebire de dreptul procesual penal român, în dreptul anglo-saxon, martorului îi este permis să citească însemnările numai atunci când se află în situația de a cita din spusele unei alte persoane; cu alte cuvinte legea britanică permite martorului în momentul în care face depoziția să confrunte spusele sale cu cele ale altei persoane (pe care le deține însemnate), cu

²⁰ *Ibidem*, p. 49.

²¹ Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 474.

²² Stephen Seabrooke, John Sprack, *Op. Cit.*, p. 22.

²³ Ion Neagu, pp. 474-475.

²⁴ Stephen Seabrooke, John Sprack, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁵ Ion Neagu, *Op. Cit.* p. 475.

²⁶ Jérémie Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Editura Hector Bossange, Paris, 1830, vol. I, p. 214.

condiția să dea citatele exacte și cu obligația de a prezenta câte un exemplar din însemnările sale autorităților judiciare.²⁷

Legea penală română prevede dreptul minorului care nu a împlinit vârsta de 14 ani, de a fi ascultat în prezența unuia din părinți ori a persoanei căreia îi este încredințat spre creștere sau educare; totodată, când martorul nu se poate prezenta spre a fi ascultat, organul de urmărire penală sau instanța de judecată are obligația de a-l asculta în locul unde se află (art. 86 C.pr.pen.).

În literatura de specialitate, se consideră pe de o parte că o mărturie liberă are garanția unei mai mari fidelități, atunci când martorul nu are nimic de ascuns sau pe cineva de protejat, iar pe de altă parte se creează șansa unei studieri și cunoașteri mai bune a martorului care este lăsat să expună potrivit personalității sale și în funcție de ordinea ideilor.²⁸ Cu toate acestea, **interogatoriul** este necesar atât pentru ca mărturia să fie completă, cât și pentru descoperirea unui martor de rea credință.²⁹ Martorului i se pot pune întrebări ajutătoare ori de control abia după ce a făcut declarațiile în mod liber, „formularea și ordinea lor, făcându-se în funcție de datele desprinse din relatarea liberă a martorului și din coroborarea acestora cu alte informații deținute de organul judiciar”³⁰; totodată, interogatoriul are rolul de a elimina echivocul și de a-l stimula pe martor să vorbească, dar nu în ultimul rând, de a-i dirija atenția asupra informațiilor care, deși memorate, nu au fost evocate și ar putea prezenta importanță pentru evaluarea organului judiciar.³¹

Aprecierea obiectivă a declarației martorului este necesară și ea se face în funcție de numeroase elemente, cum ar fi starea fizică, psihică și morală, raporturile martorului cu părțile, sursa mărturiei, modul în care a avut loc perceperea faptelor, toate acestea oferind o imagine de ansamblu organului judiciar care trebuie să coroboreze întreaga gamă de informații de care dispune.³² În aceste condiții, în luarea mărturiei **anormalilor și bolnavilor mintal** (este vorba despre acele persoane care prezintă debilitate mintală, cum ar fi idioții, imbecilii, moronii) trebuie avute în vedere condițiile psihiatrice ale persoanelor respective, dat fiind stadiul de oprire a dezvoltării cerebrale din cauza căreia, la maturitate, aceste persoane sunt incapabile să se adapteze mediului și condițiilor de viață normale.³³ În acest context, cu titlu de recomandare, este preferabilă ascultarea și nu interogatoriul anormalilor, bolnavilor mintal ori persoanelor care suferă de diferite psihopatii, întrucât gradul de sugestibilitate al acestei categorii de persoane este vizibil mai mare.³⁴

În privința acestei categorii de persoane, trebuie să observăm că dreptul procesual penal, criminalistica, psihologia judiciară și psihiatria „își dau mâna” pentru a reuși „purificarea” mărturiei dată de bolnavul mintal. În acest context, tacticile criminalistice se bazează pe semiologia³⁵ bolilor psihice pentru a separa influențele patologiei psihicului de informațiile care ar putea constitui probe cheie în procesul penal. Spre exemplu, pe baza studiilor de psihiatrie, este nevoie a se ține cont de faptul că o persoană bolnavă psihic poate percepe informațiile mult mai intens decât dacă s-ar afla într-o stare normală – este cazul stadiilor incipiente ale afecțiunilor psihice sau ale asteniei nervoase – sau poate suferi de o insuficientă capacitate de percepție, în cazul deficitului intelectual permanent, al celui congenital (oligofrenia) sau al celui dobândit (demența).³⁶

²⁷ Stephen Seabrooke, John SPRACK, *Op. Cit.*, p. 19.

²⁸ Emilian Stancu, *Criminalistică*, Editura Proarcadia, București, 1993, vol. II., p. 58.

²⁹ Jérémie Bentham, *Op. Cit.*, pp. 139-140.

³⁰ Emilian Stancu, *Op. Cit.*, p. 60.

³¹ Aurel Ciopraga, *Evaluarea probei testimoniale în procesul penal*, Editura Junimea, Iași, 1979, p. 150.

³² Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 476.

³³ Alexandru Roșca, *Psihologia martorului*, Editura Institutului de Psihologie al Universității din Cluj, Cluj, 1934, p. 91.

³⁴ Emilian Stancu, *Op. Cit.*, p. 68.

³⁵ Disciplină care se ocupă cu identificarea și interpretarea simptomelor și a semnelor care permit încadrarea acestora într-o anumită boală.

³⁶ Gh. Dănescu, E. Tomorug, *Probleme judiciare în psihiatrie*, Editura Medicală, București, 1973.

În ceea ce privește procedeele speciale de obținere a declarațiilor martorilor, **confruntarea** deține calitatea de instrument probatoriu complementar și e folosită de organul judiciar când există contradicții între declarațiile persoanelor ascultate în aceeași cauză. Procedura confruntării prezintă atât avantaje, cât și dezavantaje: în primul caz, aceasta poate fi un mijloc tactic de verificare a declarațiilor, de stimulare a memoriei celor confrunțați și de verificare a bunei sau relei credințe, prin observarea reacțiilor spontane; ca dezavantaje, există posibilitatea persoanelor în cauză să profite de contradicția declarațiilor, pentru a sesiza punctele slabe ale probatoriului sau pentru a se pune de acord asupra declarațiilor.³⁷ Ca excepție, organul judiciar poate încuviința persoanelor confruntate să-și pună reciproc întrebări, însă nu direct, ci prin mijlocirea sa.

3. Elemente de psihologie judiciară privind declarațiile martorilor

3.1. Mărturia. În doctrină, s-a spus că încrederea în mărturie ca mijloc esențial de probă trebuie să fie un dat anterior demonstrării gradului de veridicitate a depoziției martorului.³⁸ Cu alte cuvinte, organul judiciar care urmează să se folosească de acest mijloc de probă, trebuie să pornească cu sentimentul că nu există vreun fundament pentru a pune la îndoială atingerea scopului final – aflarea adevărului. În consecință, contestarea probei cu martori trebuie să aibă la bază motive determinate și clare în cazul în care s-ar pune la îndoială fidelitatea mărturiei; aceste motive ar putea ține de martor (cauze fizice, psihice, psihiatrice, intelectuale care fac mărturia falsă ori incompletă), de incompatibilitatea declarațiilor martorilor sau de improbabilitatea faptelor descrise.³⁹

În egală măsură, proba cu martori deține un loc privilegiat în materia dreptului penal, deși studiile din domeniul psihologiei au ajuns la concluzia că mărturiile exacte sunt o excepție, deoarece există riscul unor declarații deformate ori falsificate, al unor erori privind realitatea întâmplărilor atunci când persoanele sunt interogate (din cauza sugestibilității) sau al unor depoziții eronate în cazul copiilor, a căror voință este ușor de influențat.⁴⁰

Așadar, folosirea declarațiilor martorilor ca mijloc de probă în procesul penal presupune asumarea unui risc: mărturia este, mai întâi de toate, o trecere a unei realități obiective prin filtrul subiectivității martorului și a organului judiciar, aflat în postura de a aprecia valoarea probantă a declarațiilor martorului.⁴¹

Între cauze ale relativității mărturiei care îl privesc în mod direct pe cel care face depoziția, au fost invocate imperfecțiuni ale organelor de simț (care influențează nu numai percepția, ci și procesul de memorare sau redare a celor percepute) și procese psihice distorsionate (selectivitate a informațiilor, predispoziție spre emotivitate, sensibilitate care determină impactul evenimentelor observate), iar în cazul participanților oficiali la procesul penal, s-a vorbit despre formarea unor opinii specifice organelor judiciare care își doresc să vadă în declarația martorului o fotografie fidelă a faptelor, lucru care limitează disponibilitatea spre informații noi.⁴²

În consecință, complexitatea administrării probei cu martori impune, atât o bogată cultură juridică a subiectului oficial chemat să stabilească adevărul, cât și stăpânirea unor reguli tactice criminalistice de ascultare, prin care proba testimonială să se apropie cât mai bine de succesiunea veridică a faptelor.

3.2. Percepția, memorizarea, exprimarea. Percepția reprezintă baza oricărui proces de mărturie și ar putea fi definită cel mai simplu drept capacitatea unei persoane de a înțelege ceea ce

³⁷ Ion Neagu, *Op. Cit.*, p. 481.

³⁸ Jérémie Bentham, *Op. Cit.*, p. 37.

³⁹ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁴⁰ Ion Ionescu-Dolj, *Op. Cit.*, pp. 214-215.

⁴¹ Emilian Stancu, *Op. Cit.*, p. 45.

⁴² *Idem*.

vede. Prin urmare, dacă un eveniment va fi observat de mai multe persoane, fiecare dintre acestea va da o notă personală percepției, fapt explicat prin atitudinea selectivă a fiecărui organism în parte față de stimulii externi: dacă acești stimuli reușesc să atragă atenția individului, informațiile sunt percepute intens și cresc șansele de a fi păstrate în memorie.⁴³

În egală măsură, nu tot ceea ce interesează justiția interesează și pe martor⁴⁴, mai ales dacă avem în vedere că datele percepute sunt modificate de trăirile și dispozițiile interne ale fiecărei persoane în parte. Procesele emotive pot influența actul perceptiv prin următorul mecanism: dacă emoția nu depășește un anumit grad, ea poate să stimuleze atenția și să favorizeze procesul de percepere și memorizare, însă dacă emoția depășește acest grad, percepția poate deveni falsificată și exacerbată.⁴⁵

Strâns legate de mecanismul percepției se află și recepția. În literatura de specialitate criminalistică, se vorbește despre **factorii de bruiaj**⁴⁶ obiectivi și subiectivi, dintre care factorii obiectivi sunt acuitatea auditivă, durata percepției și vizibilitatea, iar cei subiectivi sunt personalitatea, nivelul de instruire a individului, vârsta și inteligența, temperamentul, stările afective, stările de oboseală și atenția. Totodată, recepția depinde de trei categorii de factori, mai exact factori de timp, de viteză și de spațiu.

Memorizarea este un proces dinamic de prelucrare și sistematizare a informațiilor percepute prin intermediul unor „algoritmi” care țin de personalitate în ansamblu, dar și de durata de stocare în memorie, tipul de memorie (vizuală, auditivă, afectivă) și gradul de uitare, în particular.⁴⁷

Literatura de specialitate a considerat drept **factor principal** care influențează memoria, capacitatea fiecărei persoane în parte de a „stoca” imaginile pentru o perioadă cât mai lungă, iar ca **factori secundari**, timpul (cu trecerea timpului, amintirile devin neprecise, pierd din bogăția detaliilor, în urma sedimentării informațiilor păstrându-se imaginile cu cele mai mari repercusiuni asupra psihicului).⁴⁸ În cazul unei scurgeri mai mari de timp de la perceperea evenimentelor și până la exprimarea celor observate, există riscul ca păstrarea informațiilor mai mult timp în memorie să fie completată și asociată cu imagini și idei, printr-un joc natural al asocierii evenimentelor între ele. Alături de factorul timp, au mai fost invocate depozițiile succesive și șocurile emotive (în sensul că este posibil ca faptele de dinainte de șoc să nu se memoreze).⁴⁹

Exprimarea constă în comunicarea unei situații percepute și memorate, nefiind nici ea ferită de influența unor factori precum greutatea de exprimare exactă a imaginii din cauza gradului de cultură (este cazul inculților ori al semidoctilor) ori exagerarea voluntară a martorului.

3.3. Cauze psihologice de falsificare a mărturiei. După cum am mai spus, percepția, memorarea și reproducerea diferă de la o persoană la alta chiar dacă nu există deficiențe ale organelor de simț, prin prisma faptului că fiecare individ este unic și capacitatea sa senzorială variază în funcție de o multitudine de factori. În consecință, depoziția fiecărui martor în parte trebuie apreciată nu în abstract, ci raportată la personalitatea celui care depune mărturia, ținându-se cont de vârstă, sex, calități profesionale, experiență anterioară, etc.⁵⁰

Având în vedere cele trei coordonate ale mărturiei – percepția, memorarea și exprimarea – se pune problema unei priviri de ansamblu asupra cauzelor de falsificare a mărturiei, provocarea venind nu din partea persoanelor care falsifică depoziția în mod conștient, ci din partea acelorora care o falsifică în mod inconștient pe baza reprezentărilor din memorie care sunt acumulate o dată cu

⁴³ Alexandru Roșca, *Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Emilian Stancu, *Op. Cit.*, p. 49.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁴⁸ Alexandru Roșca, *Op. Cit.*, pp. 14-15.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Aurel Ciopraga, *Op. Cit.*, p. 183.

experiența. Literatura de specialitate a ridicat problema a trei grupe de factori: intelectul, gradul de cultură și gradul de sugestibilitate.

Facultățile intelectuale se referă la percepție, memorie, judecată, imaginație, reprezentare și, în final, la exprimarea celor văzute, acestea putând fi influențate pe de o parte de starea facultăților intelectuale (este vorba despre martori care au simțurile „needucate” și sunt incapabili să aprecieze bine distanțele în spațiu și duratele în timp), iar pe de altă parte de dispoziția morală (capacitatea de înțelegere și voința).⁵¹

În ceea ce privește **gradul de cultură**, omul incult dispune de o înțelegere corespunzătoare cunoștințelor sale, așadar are o subiectivitate proprie. Pentru ca informațiile exprimate să fie cât mai apropiate de adevăr, se recomandă ca martorul incult să fie lăsat a povesti liber, pentru a reda cât mai exact ceea ce știe; în cazul martorului cult, acesta are capacitatea de a discipia între stările de conștiință, am putea spune chiar că dispune de capacitate psihanalitică, astfel că reușește să dea răspunsuri precise și concise întrebărilor care ar putea prezenta interes pentru organele judiciare.⁵²

Între circumstanțele care oferă forță probantă declarației martorilor s-ar putea lua în considerare statutul social al persoanei în cauză (cel care dă depoziția are un nivel superior de educație, prezumă responsabilitate survenită din statut), numărul mai mare de martori și coroborarea mărturiei cu alte categorii de probe.⁵³ Circumstanțele care diminuează forța probantă a unui mărturii sunt atât calitățile morale și intelectuale susceptibile de a pune la îndoială credibilitatea mărturiei, cât și forma depoziției, care în cazul în care ar ridica neclarități, acestea ar putea fi spulberate prin interogatoriu și confruntare ca procedee speciale de luare a declarațiilor.

Gradul de sugestibilitate este a treia categorie de cauze care poate falsifica mărturia, știut fiind (după cum am precizat anterior într-o secțiune specială) că în categoria martorilor sugestibili intră copiii și persoanele bolnave psihic, față de care există recomandarea de evitare a interogatoriului.⁵⁴

Concluzii

Pentru a ne afla în fața unei mărturii cât mai apropiate de adevăr, trebuie întrunite două condiții, și anume depoziția să fie exactă și completă sau, altfel spus, să nu conțină nimic în afară de adevăr și să conțină adevărul în întregimea lui.⁵⁵ Cu toate acestea, cerința ca mărturia să fie exactă și completă nu trebuie înțeleasă în mod absolut, deoarece există fapte adevărate care nu au nicio importanță pentru cauză sau există omisiuni care nu au relevanță în speță.⁵⁶

Putem spune că în acest moment intervine măiestria organelor judiciare, care prin deținerea unor tactici criminalistice actualizate, a unei culturi cât mai complexe și a cunoștințelor de psihologie a martorului, trebuie să joace rolul demiurgului care își urmărește „actorii” performând pe „scenă”. Instrumentul principal al organelor judiciare este sistemul normativ, al cărui grad de perfectibilitate este direct proporțional cu evoluția societății. După cum am mai arătat, sistemul probatoriu a evoluat în timp, de la stadiul în care divinitatea era invocată să se „manifeste” direct în acordarea sentinței, până la sistemul actual, în care aflarea adevărului în procesul penal nu poate încălca drepturile fundamentale ale omului.

Principala concluzie a studiului de față se îndreaptă în direcția stadiului cercetărilor din domeniul psihologiei judiciare, dat fiind că această disciplină este subsecventă multor instituții ale

⁵¹ Constantin Rădulescu-Motru, *Psihologia martorului*, Editura Socec, București, 1906, p. 224 și p. Jérémie Bentham, *Op. Cit.*, p. 45.

⁵² Constantin Rădulescu-Motru, *Op. Cit.*, pp. 227-230.

⁵³ Jérémie Bentham, *Op. Cit.*, p. 85-86.

⁵⁴ Constantin Rădulescu-Motru, *Op. Cit.*, p. 231.

⁵⁵ Constantin Rădulescu-Motru, *Op. Cit.*, p. 107.

⁵⁶ Jérémie Bentham, *Op. Cit.*, p. 113.

dreptului procesual penal. Elemente de psihologie au putut fi găsite atât în literatura străină (Jérémie BENTHAM *Traité des preuves judiciaires*), cât și în literatura română, principalul studiu fiind cel al lui Alexandru Roșca. Este de remarcat faptul că studiul prof. Roșca a fost elaborat înaintea celui de Al Doilea Război Mondial și publicat în anul 1937. La o revistă a literaturii pe acest domeniu, nu au putut fi găsite studii recente și de sine stătătoare de psihologie a martorului.

În mod evident, criminalistica a reușit formarea unor concluzii utile privind psihologia martorului, dat fiind că cele două domenii interferează în vederea elaborării tacticilor criminalistice, însă suntem de părere că acestea sunt insuficiente. În consecință, se impun cercetări aprofundate ale proceselor cognitive survenite în momentul dobândirii de către o persoană a calității de martor și întrunirea acestora într-o lucrare care să reflecte problemele actuale și concomitente cu ritmul alert al dezvoltării societății.

Referințe bibliografice

- Jérémie Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Editura Hector Bossange, Paris, 1830, vol. I.
- M. A. Celțov, *Procesul penal sovietic*, Editura de stat pentru literatură economică și juridică, București, 1954
- Aurel Ciopraga, *Evaluarea probei testimoniale în procesul penal*, Editura Junimea, Iași, 1979
- Gheorghe Dănescu, E. Tomorug, *Probleme judiciare în psihiatrie*, Editura Medicală, București, 1973
- Ion Ionescu-Dolj, *Curs de procedură penală română*, Editura Socec, București, 1937
- Ion Neagu, *Traiat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2010.
- Constantin Rădulescu-Motru, *Psihologia martorului*, Editura Socec, București, 1906.
- Alexandru Roșca, *Psihologia martorului*, Editura Institutului de Psihologie al Universității din Cluj, Cluj, 1934.
- Stephen Seabrooke, John Sprack, *Criminal Evidence And Procedure: The Essential Framework*, Editura Blackstone Press Limited, Londra, 1999.
- Emilian Stancu, *Criminalistică*, Editura Proarcadia, București, 1993, vol. II.
- Codul de Procedură Penală.

EXPERTIZA MEDICO-LEGALĂ PSIHIATRICĂ, MIJLOC DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL

Cristina Elena MICLEA*

*Motto: “ Nu vă considerați niciodată obligați să ajugeți la concluzii mai ferme decât cele furnizate de cercetările tehnice... Dacă există cea mai ușoară îndoială, exprimați-o!”
(Edmond Locard – Les faux en écriture et leur expertises, Paris, 1959, p.29)*

Abstract

The expertise as a proof way in the penal trial has had an old tradition, ever since Antiquity. The oldest data concerning the medical expertise, met at all the peoples in the world, consisted in finding and asking doctors and accoucheuses as specialists, during the development of the penal trial. In the Roman law, “The Digest of Justinian” considered the doctors as being more important than the witnesses. Still at Romans, the psychiatric forensic expertise was acknowledged, and “The 12 tables Law”, which provided the obligation of setting the irresponsibility degree of the person examined by a scientist, is cogent to this effect. The role of the psychiatric forensic expertise is to supply medical elements, able to present the psychopathological personality of a person, who committed a crime. Article 48 in The Penal Code enacts that “it is not considered a crime a deed provided by the penal law if the perpetrator, when committed that deed, either because of the mental alienation or because of any other cause, they do not realize their actions or they are not able handle them”. It is derived from this article the necessity of the psychiatric expertise as a proof in the penal trial. This study has as a purpose the complex research of the infanticide under the legal-penal aspect and also to emphasize the immense importance of the psychiatric forensic expertise in the objective and just evaluation of the deed, consisting in taking the life of the new born by its mother. The infanticide crime, incriminated by article 177 Penal Code, assumes “the killing of the new born, committed right after the birth, by the mother, who is in a disorder state, caused by the birth itself”. The “sine qua non” condition is the demonstration of the causality bond, which has to be there, between the victim’s birth and the mother’s psychic disorder state.

Cuvinte cheie: expertiza, expert, proba, tulburare psihica, discernamant, pruncucidere

1. Introducere. Probele-concept. Clasificare. Cerințe.

Noțiunea de “probă” își are rădăcinile în cuvântul latinesc “*probo, -are*” care înseamnă a dovedi, a confirma. În Drept, termenul de “*probă*” desemnează toate modalitățile prin care o persoană le poate întrebuița pentru a dovedi un drept al său, dar și faptele care derivă dintr-un drept al său. Probele au o importanță decisivă în dreptul penal, pentru că prin ele se poate demonstra nevinovăția unei persoane învinuite, în aceeași măsură în care, tot prin intermediul acestora, se poate demonstra vinovăția unei persoane și deci, tragerea acesteia la răspundere penală și nu în ultimul rând, stabilirea gradului de vinovăție, încadrarea faptei și atribuirea pedepsei.

Art. 63 din Codul de procedură penală definește **proba** ca fiind “*orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a săvârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei*”.

În cadrul procesului penal, activitatea operațională a organelor de cercetare este concentrată și orientată spre finalitatea aflării adevărului. Adevărul este o certitudine a existenței faptului pe care îl

* Student anul III I.D., Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mircea Damaschin.

socotim că s-ar fi produs. Faustin Helie definește **certitudinea** astfel: “*certitudinea este situația unei inteligențe, care afirmă că un fapt există sau nu există, că o propunere este adevărată sau neadeverată*”.

Jeremy Bentham, jurist, filosof și reformator social englez, definea **probele** ca fiind “*mijloacele de care ne servim în descoperirea adevărului*” și că “*aceste mijloace pot fi bune sau rele, complete sau incomplete*”.

Jean Domat, jurist de origine franceză, spunea că “*proba este ceea ce încredințează spiritul de un adevăr*”.

R. Garraud afirma că “*proba reprezintă suma motivelor care duc la certitudine*”.

Procesul penal are ca fundament principiul aflării adevărului, iar din această perspectivă și urmărind acest scop, organele judiciare care participă activ în desfășurarea procesului penal, au nevoie de dovezi pentru a stabili dacă o persoană se face vinovată de săvârșirea unei infracțiuni sau nu. Astfel, **art. 62** din Codul de procedură penală prevede că “*organele de urmărire penală și instanța de judecată sunt obligate să lămurească cauza, sub toate aspectele, pe bază de probe*”.

În “Tratatul de procedură penală”, Partea generală, prof. univ. dr. N. Volonciu semnala că în privința probelor, în procesul penal se poate reține cel puțin o dublă funcționalitate. Din punct de vedere gnoseologic, proba constituie un instrument de cunoaștere prin intermediul căruia organul află adevărul. Fiecare împrejurare nouă reprezintă un instrument prin care se realizează procesul de cunoaștere, de apropiere treptată de adevăr, până la dezvăluirea sa concretă. Proba are și funcția de instrument de dovedire. Această funcție se manifestă pregnant în condițiile contradictorialității procesului, când părțile folosesc sau propun administrarea probelor în scopul dovedirii susținerilor și argumentărilor făcute. Proba este folosită în acest caz în scopul de a da un suport material, faptic, cererilor și concluziilor părților sau combaterii susținerilor adverse.

Ca împrejurări de fapt, probele se situează în afara procesului penal. Întrucât ele privesc obiectul procesului, prin administrarea lor în cadrul acestuia, ele dobândesc caracter procesual. (Dongoroz I.) A nu se confunda noțiunea de probă cu cea de probațiune. Probele sunt aduse la cunoștința organului de cercetare prin intermediul mijloacelor de probă. Mijloacele de probă sunt căile legale prin care se constată existența probelor. Se face deci distincție între o împrejurare de fapt, pe baza căreia se constată vinovăția sau nevinovăția unei persoane și mijlocul prin care această împrejurare a fost relevată.

Proba în procesul penal are o importanță deosebită și din prisma *teoriei liberei aprecieri*. Potrivit acestei teorii, probele nu au valoare mai dinainte stabilită, aprecierea fiecăreia realizându-se de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată în urma examinării tuturor probelor administrate, în scopul aflării adevărului. În sistemul științific al probelor, judecătorii au libertatea de a aprecia probele în funcție de intima lor convingere – *l'intime conviction*, raportându-le la celelalte probe administrate în cauza respectivă¹. Judecătorul apreciază în toată libertatea valoarea probelor administrate și condamnă sau achită pe inculpat numai după conștiința sa și numai după ce își formează convingerea că cel în cauză este sau nu vinovat. În Codul de procedură penală francez, art. 353, 427 și 536 învederează că organul judiciar nu trebuie să justifice forța probantă pe care o atribuie probelor reținute. Dispoziții similare se regăsesc și în Codul de procedură penală belgian. Neexistând o valoare prestabilită între declarațiile inculpatului date în faza de urmărire penală și în cursul judecății, în cazul constatării unor nepotriviri sau contradicții între acestea, instanța este liberă să aprecieze în urma coroborării cu toate probele și să rețină numai pe acea care reprezintă adevărul².

În art. 63 alin.2 C.pr.pen. se reflectă bazele legale principale ale concepției referitoare la libera apreciere a probelor. Din dispozițiile legale rezultă că intima convingere a organului judiciar nu este o probă. Pentru a fi suficientă și relevantă pe plan juridic această convingere trebuie să fie efectul

¹ M. Damaschin, Drept procesual penal, Editura Wolters Kluwer, 2010, p.180

² Trib. Jud. Neamt, dec. pen. nr. 197/1983, R.R.D. nr. 12/1983, p. 104.

unor probe³. Intima convingere nu este o chestiune pur subiectivă, ci un sentiment de certitudine fermă despre existența sau inexistența unei fapte. Convingerea se întemeiază pe raționament logic, putând fi susținută și demonstrată cu argumente. Formarea convingerii este rezultatul unui proces psihic prin care probele administrate se reflectă complet și exact în conștiința organelor judiciare și le produc un sentiment de certitudine în legătură cu fapta dovedită⁴. Chiar dacă intima convingere nu constituie o probă ci rezultatul acesteia, este un sistem în care subiectivul nu poate fi exclus, dar în același timp se înscrie în cadrul logic al rezonabilului.

Clasificarea probelor se face în funcție de următoarele criterii:

a. După funcția procesuală pentru care sunt invocate, probele se împart în probe în sprijinul învinuirii – în acuzare – și probe în sprijinul apărării – în aparare.

b. După izvoarele sau sursele din care provin, probele se clasifică în imediate și mediate.

c. După legătura lor cu obiectul probațiunii, probele pot fi directe și indirecte.

Cerințele probelor. În sensul respectării principiului aflării adevărului în cadrul procesului penal, probele administrate trebuie să aibă capacitatea de a furniza informații relevante, care să permită stabilirea riguroasă a celor întâmplate, putându-se astfel determina circumstanțele săvârșirii faptei și forma de vinovăție. Astfel, în activitatea judiciară trebuie determinată corelația dintre obiectul probei și obiectul probațiunii pentru a se putea stabili dacă faptele și împrejurările invocate sunt de natură a ajuta la rezolvarea cauzei. Această corelație presupune verificarea admisibilității, pertinentei, concludenței și utilității probelor⁵. Pentru a fi administrate într-o cauză penală, probele trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

- Să fie admise de lege (admisibile);
- Să aibă legătura cu soluționarea procesului (pertinente);
- Să aibă un rol hotărâtor în soluționarea cauzei (concludente);
- Să fie necesară administrarea lor (utile).

2. Expertiza-concept

În ceea ce privește utilizarea expertizelor în țara noastră, sunt edificatoare documente ca: Legiuirea Caragea, care institua expertiza referitoare la evaluarea bunurilor, Codul lui Ipsilanti ce conținea prevederi referitoare la “hotărnicii” și Codul Calimach. Prima expertiză oficială datează din anul 1832, în speță fiind vorba despre o expertiză medico-legală care privea un caz de moarte suspectă. Istoria psihiatriei medico-legale începe cu “Pravilele” lui Matei Basarab și Vasile Lupu, care, prin prevederile lor umaniste, deschideau câmpul de înțelegere științifică a bolnavului mintal și de protecție umană medico-socială a acestuia. “Pravilele” prevedeau: “dacă vraciul a spus că cineva este bolnav mintal, apoi el să nu fie pedepsit, pentru că pedeapsa de a fi nebun îi este de ajuns.” Răufăcătorii alienați (care nu erau deci considerați criminali) trebuiau examinați de vraci din punctul de vedere al stării lor mintale, “pentru a nu fi pedepsiți, dar nici pentru a fi puși în libertate, ci supravegheați în mod continuu”⁶.

În domeniul expertizei psihiatrice legale, M. Kernbach a solicitat obligativitatea de a examina toate elementele ce influențează imputabilitatea, cercetarea dosarului penal fiind un drept al expertului și a cerut formarea experților printr-un curs de antropologie criminală precum și specializarea juriștilor în științele auxiliare.

³ R. Legros, *L'element moral dans les infractions*, Paris, 1952

⁴ Gh. Teodoru, T. Plaesu, *Drept procesual penal*, vol. II, Univ. Al. I. Cuza Iasi, 1987

⁵ M. Damaschin, op.cit., p.188

⁶ Ghe. Scripcaru, P. Boisteanu, V. Astarastoe, V. Chirita, C. Scripcaru, *Psihiatrie medico-legala*, Ed. Polirom, Buc., 2002, p.17

Legea nr. 498/1946 prin care s-a constituit primul corp de experți grafici, este primul act normativ care a deschis drumul către expertiza criminalistică. Această lege a fost abrogată prin Decretul nr. 472/1957. Ulterior, expertiza criminalistică a primit o reglementare unitară în 1969 prin Legea nr. 43. Termenul de medicină legală a fost recunoscut prin Decretul 466/1966 care reglementa și expertizele medico-legale.

În cursul urmăririi penale, dar și în faza de judecată a procesului penal, organele judiciare sunt puse în situația de a solicita cunoștințele temeinice ale unor specialiști din anumite domenii. Există situații, expres prevăzute de lege, în care descoperirea adevărului impune recurgerea la concursul specialiștilor. Activitățile desfășurate de către specialiști sunt denumite în actele normative „*expertize*” și din considerentul că ele se desfășoară în cadrul unui proces, sunt reglementate de legiuitor ca „*expertize judiciare*”.

Etimologic, cuvântul „*expertiză*” își are originea în latinescul „*experior*” – a încerca, a dovedi și în cuvântul „*expertus*” – cel care are experiență, cel care a probat.

Legea procesual penală indică motivația generală dispunerii unei expertize în art. 201 C.pr.pen.-“când pentru lămurirea unor împrejurări de fapt instanța socotește de cuviință să cunoască părerea unor specialiști” și art. 116 C.pr.pen. – “când pentru lămurirea unor fapte sau împrejurări ale cauzei, în vederea aflării adevărului sunt necesare cunoștințele unui expert”. Din momentul în care un expert a fost numit de către organul judiciar, acesta are obligația de a-și aduce contribuția la aflarea adevărului conform Decretului nr. 79/1971.

3. Expertiza medico-legală psihiatrică

Expertiza medico-legală psihiatrică reprezintă o activitate specifică instituției medicinei legale, ce constă în investigarea stării psihice a unei persoane, oferind justiției o probă științifică în stabilirea responsabilității; rolul acesteia este de a ne furniza elemente medicale în măsură să prezinte personalitatea psihopatologică a persoanei care a săvârșit o infracțiune.

Art.117 C.pr.pen. stabilește că, în cazul infracțiunii de omor deosebit de grav, este obligatorie efectuarea unei expertize medico-legale psihiatrice; legiuitorul impune aceeași expertiză și pentru cazurile în care “*organul de urmărire penală sau instanța de judecată are îndoială asupra stării psihice a învinuitului sau inculpatului*”. Necesitatea expertizei psihiatrice este indicată și de textul art. 48 din Codul penal, care este de fapt, cadrul juridic potrivit căruia “*nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală dacă făptuitorul, în momentul săvârșirii faptei, fie din cauza alienației mintale, fie din alte cauze, nu poate să-și dea seama de acțiunile sale, ori nu poate fi stăpân pe ele*”. Prevederile Codului penal consideră iresponsabilitatea ca o stare în care se comite o faptă antisocială, din cauza unor tulburări psihice care au influențat persoana respectivă, în sensul că, din cauza acestor tulburări nu și-a putut da seama de acțiunile sau inacțiunile sale. În dovedirea iresponsabilității penale, expertul stabilește dacă subiectul a fost apt de a-și da seama de sensul faptei sale, dacă a putut fi stăpân pe ea, premise în baza cărora, juristul va stabili responsabilitatea sau iresponsabilitatea.

În efectuarea expertizei medico-legale psihiatrice trebuie avute în vedere, pe lângă stabilirea discernământului, și o serie de alte criterii medicale mai complexe, cum ar fi: raportul între conștiință și tulburările psihice ale făptuitorului, precum și dacă tulburările psihice au legatură de cauzalitate sau nu cu actul antisocial.

Obiectivele de bază ale expertizei medico-legale psihiatrice sunt:

- *excluderea simulării;*
- *demonstrarea existenței/inexistenței unor tulburări psihice;*
- *diagnosticul acestora;*
- *în ce măsură aceste tulburări au alterat funcțiile psihice de bază, de așa manieră încât persoana expertizată sa nu-și fi dat seama de acțiunile sau inacțiunile sale, ori de a fi stăpâna pe ele.*

Unii autori au numit **discernământ**⁷ “funcția psihică ce se manifestă în capacitatea subiectului de a concepe planul unei acțiuni, scopul ei, ordinea etapelor desfășurării ei și rezultatul (consecințele) care a decurs din săvârșirea ei. Este capacitatea subiectului de a organiza motivat activitatea sa. În el se exprimă libertatea de voință a subiectului de a săvârși acte conform cu necesitatea social-istorică, norme pe care subiectul și le-a însușit și le respectă ca o comandă socială interiorizată, ca o datorie morală a cetățeanului față de conviețuirea socială”.

Tulburările psihice sunt în realitate mult mai complexe și nu le putem reduce la o noțiune. Într-o serie de îmbolnaviri pot apărea situații în care, persoana expertizată a acționat cu discernământ, a pregătit sau a șters urmele faptei sale, ori a înțeles restrâns sensul acțiunii sale, deși aceste tulburări au produs grave perturbări în personalitatea și conștiința acesteia.

În practică, este de notorietate o scară de evaluare a discernământului:

- discernământ păstrat;
- discernământ păstrat parțial;
- discernământ diminuat;
- discernământ abolit.

Există autori⁸ care au explicat gradul de discernământ în momentul săvârșirii faptei:

a) discernământul păstrat în momentul săvârșirii faptei echivalează cu responsabilitatea sau conservarea capacității psihice;

b) discernământul scăzut echivalează cu menținerea responsabilității, dar cu diminuarea capacității psihice de apreciere a faptei și a consecințelor sale, de exprimare liberă a voinței sau a consimțământului, creșterea gradului de dependență ș.a.

c) discernământul absent sau abolit echivalează cu starea de iresponsabilitate.

S-au întâlnit cazuri în care, în încercarea de a evita tragerea la răspundere penală a faptelor lor, unii făptuitori au simulat lipsa de discernământ, prevalându-se de art. 48 C.Pen. Înțelegem prin simulație, intenția unui individ sănătos de a apărea în fața psihiatrului expert ca un om bolnav, prin reproducerea simptomelor specifice unor anumite afecțiuni psihice inexistente. Această simulație poate îmbrăca mai multe forme:

- simulație propriu-zisă – individul sănătos simulează tulburări psihice cu scopul de a fi considerat fără discernământ și deci, lipsit de responsabilitate față de faptele sale;

- suprasimulația – un individ ce suferă de o boală psihică exagerează manifestările tipologice ale bolii, încercând să pară mai bolnav decât este.

- disimularea – este preocuparea bolnavului psihic de a-și ascunde boala (ex: paranoicul încearcă să pară cât mai normal pentru a se crede despre el că este în *temă delirantă*).

Este de reținut că în lipsa factorului intelectual și volitiv nu există vinovăție și deci, nici răspundere penală. Pentru ca persoana să fie considerată iresponsabilă, trebuie ca starea de incapacitate psihică să fi existat în momentul săvârșirii faptei: dacă starea de incapacitate psihică a survenit momentului săvârșirii faptei, persoana va fi trimisă în judecată, dar procesul va fi suspendat până la momentul însănătoșirii acesteia. În situația în care incapacitatea psihică a intervenit după condamnarea definitivă, se dispune amânarea executării pedepsei până la însănătoșire.

În urma acestei analize succinte cu privire la înțelesul termenilor de discernământ, iresponsabilitate, tulburări psihice, apare întrebarea firească: “*bolnavii psihici au discernământ sau nu?*”. La această întrebare a răspuns Prof. dr. Aurel Romilă de la Universitatea de Medicină și Farmacie “Carol Davilla” din București, în Tratatul de Psihiatrie:

“*Bolnavii psihici au discernământ, dar discernământul lor poate fi scăzut până la abolire. Între aceste două cuvinte stă toată arta și știința psihiatrilor în a demonstra de ce este scăzut sau de*

⁷ I.Qudi, M.Terbancea, A. Sârbu, L. Cocora, Expertiza medico-legală, articol publicat în supliment al buletinului intern, nr. 1-2/1985, p. 96

⁸ V. Dragomirescu, O. Hanganu, D. Prelipceanu, Expertiza medico-legală psihiatrică, Ed. Med. Buc., 1990, p. 72 și urm.

ce este abolit discernământul în momentul unei infracțiuni: dacă toți bolnavii ar fi demenți, expertiza ar fi aproape inutilă pentru că justiția singură și-ar da seama că nu are cu cine sta de vorbă”.

În general expertiza este facultativă, ceea ce înseamnă că în funcție de specificul fiecărui caz se poate impune o asemenea măsură probatorie. Legiuitorul român a prevăzut în art.117 C.pr.pen. derogări de la regula amintită anterior.

Astfel, expertiza este obligatorie în următoarele situații:

a) în cazul infracțiunii de omor deosebit de grav⁹ – art.176 C.pen.: săvârșit prin cruzimi; asupra a două sau mai multor persoane; de către o persoană care a mai săvârșit un omor; pentru a săvârși sau ascunde săvârșirea unei tâlhării sau piraterii; asupra unei femei gravide; asupra unui magistrat, polițist, jandarm ori militar, în timpul sau în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau publice ale acestora;

b) când organul de urmarire penală sau instanța de judecată are îndoieli asupra stării psihice a învinutului/inculpatului¹⁰ (când persoana respectivă are o conduită anormală în timpul cercetării, sugerând existența unei patologii psihice; când sunt indicii/dovezi că individul a suferit de unele boli ce pot avea repercusiuni asupra sistemului nervos și a psihicului, dacă în dosar există acte medicale din care rezultă antecedentele medicale psihiatrice ale inculpatului¹¹; când infracțiunea este lipsită de un mobil evident, plauzibil; când pe perioada reținerii/deținerii, inculpatul/deținutul are un comportament anormal; când infracțiunea a fost săvârșită cu deosebită cruzime);

c) în cazul infractorilor minori cu vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani.

d) examinarea mamei în cazul pruncuciderii.¹²

e) în vederea instituirii măsurilor de siguranță cu caracter medical prevăzute de art.113 C.pen. și a internării medicale obligatorii prevăzută de art. 114 C.pen.

f) deși nu este menționată expres în Codul penal, reiese din dispozițiile menționate anterior că expertiza medico-legală psihiatrică se dispune și în vederea ridicării măsurilor de siguranță cu caracter medical, dispuse într-o expertiză psihiatrică anterioară.

4. Necesitatea și utilitatea dispunerii expertizelor psihiatrice

Unul dintre principiile care stau la baza cercetării criminalistice este și acela potrivit căruia orice activitate ilicită se consumă în timp și spațiu și lasă urme. Aceste urme nu au valoare pentru cauză atât timp cât nu au fost analizate, interpretate și valorificate pentru obținerea unui maxim de date menite să contribuie la clarificarea diferitelor împrejurări referitoare la condițiile în care a fost săvârșită infracțiunea, făptuitori etc., în scopul aflării adevărului. Pentru valorificarea urmelor și mijloacelor materiale de probă sunt necesare cunoștințe de specialitate și mijloace tehnice adecvate, astfel că, organele judiciare recurg la concursul experților pentru lămurirea unei stări de fapt care prezintă importanță pentru cauză, respectiv pentru aflarea adevărului.

⁹ În practica judiciară s-a stabilit că expertiza medico-legală este obligatorie și în cazul în care fapta imputată inculpatului constituie tentativă la infracțiunea de omor deosebit de grav (Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 117/1981, în C.D., p.347)

¹⁰ În cazul în care comportarea inculpatului în cursul ședinței de judecată este de natură să creeze îndoieli asupra stării sale psihice, instanța trebuie să dispună efectuarea unei expertize psihiatrice, chiar dacă acesta, întrebat de instanță, susține că nu este iresponsabil și nu cere efectuarea expertizei. (C.S.J., secția penală, decizia nr. 3311/2000, în Buletinul Jurisprudenței, Culegere de decizii pe anul 1999, Ed. Argessis, p. 352-354; în mod contrar instanța este îndreptățită să respingă cererea procurorului de efectuarea unei expertize psihiatrice, atâta vreme cât, în raport cu modul de comportare a acestuia, cu ocazia cercetării judecătorești, nu rezultă elemente de natură a crea vreo îndoială asupra stării sale psihice) – Trib. Buc., secția a II-a penală, decizia nr. 89/1993, în D.R. nr. 12/1994, p.79

¹¹ C. S. J., secția penală, decizia nr. 2781/1999, în Buletinul Jurisprudenței, Culegere de decizii pe anul 1999, Ed. Argessis, p. 310

¹² Trib. Suprem, decizia nr. 2/1976, Rev. Rom. De Drept nr. 5/1976, p. 44

În literatura de specialitate, s-a subliniat faptul că prin intermediul expertizei judiciare se poate trece de la posibilitatea cunoașterii la cunoașterea propriu-zisă, controlabilă cu ajutorul mijloacelor puse la dispoziție de știința (Ch. Lagneau).

Disponerea probei poate fi realizată atât în faza de urmarire penală, cât și în cea de judecată. Efectuarea expertizei se dispune de către organul de urmarire penală prin rezoluție¹³, iar de către instanța de judecată prin încheiere de ședință. Experții sunt numiți de către organul de urmărire penală sau instanța de judecată potrivit art. 118 alin.(2) C.pr.pen. expertiza urmează să fie efectuată de un laborator medico-legal, de un laborator de criminalistică sau orice institut de specialitate, expertul nu este numit de către organele judiciare penale, ci de către șeful instituției specializate din care face parte.

Expertiza medico-legală psihiatrică este susținută de o comisie alcatuită din:

- un medic legist (desemnat președintele comisiei, care coordonează activitatea întregii comisii);

- doi medici specialiști, ambii psihiatri sau un psihiatru și un neurolog (în cazul examinării unui minor, unul dintre cei doi psihiatri poate fi specializat în neuropsihiatrie infantilă).

În cazul în care persoana ce urmează a fi expertizată se află în stare de libertate, cei doi medici aparțin rețelei sanitare a Ministerului Sănătății. Dacă persoana ce urmează a fi expertizată este în stare de detenție, unul dintre cei doi medici aparține rețelei sanitare a Direcției Generale a Penitenciarelor (de regulă medicul șef de secție din cadrul spitalului penitenciar unde se află deținutul).

Expertiza medico-legală psihiatrică se efectuează:

- la sediul instituției medico-legale;
- în spitalele psihiatrice ce aparțin Ministerului Sănătății în cazul bolnavilor netransportabili (patologia este foarte gravă, transportul nu se poate realiza în condiții de siguranță);
- în secțiile de psihiatrie ce aparțin Direcției Generale a Penitenciarelor în cazul bolnavilor detinuți;
- în spitalele ce aparțin Ministerului Sănătății, indiferent de secția în care sunt internați, în situația bolnavilor cu afecțiuni cu potențial letal, cărora transportul la instituția medico-legală le-ar accentua suferința. Deplasarea comisiei în astfel de situații se efectuează numai în vederea stabilirii capacității psihice pentru întocmirea unui act de dispoziție.

Prima etapă a expertizei psihiatrice constă în efectuarea examenului neuropsihiatric, atunci când făptuitorul a fost prins imediat după comiterea faptei. Acest examen trebuie să fie cât mai complet și mai detaliat în ceea ce privește funcțiile psihice de bază ale făptuitorului, întrucât, pe baza lui, se reține tabloul psihopatologic în momentul comiterii faptei. Rezultatul unui astfel de examen, oferă organului de cercetare sau procurorului, datele necesare care să-i permită a lua decizia dacă va continua cercetarile față de învinuit sau este necesar ca acesta să fie mai întâi internat într-un spital de profil. În practică se confundă examenul psihiatric cu expertiza psihiatrică, dându-i-se acestuia denumirea de prima expertiză. S-au întâlnit cazuri în care, rezultatul examenului neuropsihiatric este luat în considerație pentru a motiva o soluție de neurmărire în temeiul art. 48C.pen.

Expertiza medico-legală psihiatrică parcurge următoarele etape până la momentul întocmirii raportului de expertiză:

a) audierea învinuitului/inculpatului – se pot obține date privind mediul social căruia aparține individul, pregătirea școlară, bolile de care a suferit/suferă, ocupația acestuia, a părinților, sursa de venit pentru existența, activitatea și comportamentul acestuia în școală, la locul de muncă, în timpul desfășurării stagiului militar.

b) strângerea actelor medicale, dacă există, cu privire la starea de sănătate a celui cercetat.

¹³ Procedul organelor de urmărire penală de a dispune de efectuarea unei expertize prin ordonanță nu reprezintă o neregularitate procesuală de natură să determine intervenția nulității, întrucât, în acest mod nu se poate afirma că s-au produs vătămări drepturilor și intereselor procesuale ale părților în procesul penal, M. Damaschin, op. cit. p.236

c) internarea învinutului/inculpatului într-un spital de profil.

d) rezoluția/ordonanța de efectuare a expertizei medico-legale psihiatrice trebuie să conțină în afara datelor de identificare ale celui ce urmează a fi expertizat, fapta săvârșită, încadrarea juridică, motivele ce impun efectuarea expertizei, întrebările la care expertiza urmează să răspundă, termenul de predare a raportului și precizarea părții ce urmează să suporte cheltuielile ocazionate de efectuarea expertizei.

În ce privește întrebările la care urmează să se răspundă prin raportul de expertiză, acestea trebuie să vizeze elucidarea următoarelor aspecte:

a) dacă persoana expertizată prezintă sau nu tulburări psihice, în general, în ce cadru nosologic de fond și care este diagnosticul stării actuale;

b) excluderea simulării sau disimulării unei afecțiuni psihice (în practică, s-au descoperit și perfecționat diferite tehnici de detectare psihofiziologică a comportamentului simulat);

c) care sunt tulburările personalității subiectului în cadrul menționat și ce legatură au aceste tulburări cu o anumită predispoziție generală spre acte antisociale și cu elemente constitutive ale actului infracțional);

d) care este capacitatea de discernământ critic, exprimată prin criterii medicale, ca expresie a nivelului de conștiință, din momentul examinării actuale și dacă, în consecință, subiectul poate fi anchetat și judecat;

e) care a fost capacitatea de discernământ din momentul săvârșirii faptei, prin reconstituirea bio-psiho-patologică a eventualelor tulburări sau modificări psihice din respectivul moment, motivația faptei în determinarea ei (legatura și raportul de cauzalitate);

f) aprecierile de ordin prognostic în evoluția eventualelor tulburări psihice și asupra gradului de pericolozitate actual și în general (potențialul infractogen, antisocial);

g) orientarea conținutului măsurilor coercitiv-educative și a celor de siguranță de ordin medical, care se impun în prezent, în vederea prevenirii, tratării și recuperării-reinserției sociale a subiectului supus expertizei).

Unul dintre cele mai importante examene pentru determinarea structurii personalității expertizatului, este examenul psihologic. Amintim printre testele psihologice:

- teste care evidențiază profilul psihologic:
- chestionare de personalitate Woodworth;
- inventarul de personalitate Eysenck;
- chestionarul de anxietate Cattell;
- test de frustrație Rosenzweig;
- inventarul multifazic de personalitate Minnesota-M.M.P.I.;
- teste care structurează portretul psihologic:
- testul Rorschach (din 10 plășe cu imagini alb-negru sau colorate);
- testul Rosenzweig (din 24 de desene ce reprezintă două personaje într-o situație frustrantă);
- testul apercepției tematice T.A.T. (din 30 de imagini alb-negru ce reprezintă personaje într-o situație imprecisă, ambiguă);
- testul Szondi (cu 6 serii a câte 8 fotografii din care trebuie alese câte 2 imagini);
- testul Lischer (ordonarea preferențială a 8 cartonașe colorate);
- testul Stern¹⁴.

Concluziile comisiei de expertiză vor fi formulate într-un raport de expertiză care, conform art. 123 C.pr.pen. trebuie să cuprindă:

- Partea introductivă (competența comisiei, organul de cercetare penală sau instanța care a dispus efectuarea expertizei, data și actul prin care s-a dispus expertiza, datele personale ale expertizatului, obiectul și întrebările la care se va răspunde, data efectuării expertizei);

¹⁴ V. Iftenie, *Medicina Legală pentru Facultățile de Drept*, Editura Științelor Medicale.

- Partea descriptivă (antecedente medicale și juridice, examen somatic, neurologic, examen psihologic, psihiatric complet);

- Discuția faptelor (analiza fenomenologică a faptei, demonstrarea relației cauzale dintre boală și infracțiune);

- Concluziile (diagnosticul bolii psihice, în ce măsură respectivele tulburări psihice afectează discernământul, conștiința sau exprimarea liberă a voinței, dacă aceste tulburări explică în mod cauzal fapta comisă, în ce măsură este necesară aplicarea prevederilor art. 113, 114 C.pen. (obligarea la tratament medical sau internarea medicală)

Sunt situații în care, organele judiciare constată, la cerere sau din oficiu, că expertiza nu este completă. În astfel de cazuri, conform art. 124 C.pr.pen., se dispune efectuarea unui supliment de expertiză de către același expert sau de către altul. Pentru lămuriri suplimentare, expertul poate fi solicitat, iar ascultarea acestuia se face potrivit dispozițiilor referitoare la ascultarea martorilor. Potrivit art.125 C.pr.pen., organul judiciar are îndoieli cu privire la exactitatea concluziilor raportului de expertiză, dispune efectuarea unei noi expertize.

Rolul expertului în timpul procesului și maniera în care își îndeplinește funcția, sunt niște elemente decisive, având o importanță deosebită.

La constatarea stării psihice a învinutului/inculpatului urmează să fie analizat caracterul și motivul infracțiunii, comportamentul persoanei în timpul comiterii faptei și după aceasta. Este necesar să se ia în considerare datele ce caracterizează comportamentul făptuitorului în perioada de până la comiterea infracțiunii, precum și maladiile de care a suferit acesta. Expertul poate solicita diferite acte, certificate de boală din instituțiile medicale unde s-a tratat persoana.

Nedispunerea expertizei în cazul în care legea prevede expres efectuarea acesteia, constituie un motiv de casare a hotărârii judecătorești.

Expertiza suplimentară se dispune în cazul în care sunt necesare anumite lămuriri sau completări. Dacă în raportul de expertiză inițial, expertul indică asupra unor circumstanțe care au importanța asupra cauzei penale, acestea, de asemenea, pot dicta necesitatea de a efectua o expertiză suplimentară. Expertiza suplimentară poate fi efectuată de același expert sau conducătorul instituției unde se efectuează expertiza, poate desemna un altul.

Efectuarea contraexpertizei în toate cazurile cade în sarcina altui expert, sau altui grup de experți. Deosebirea esențială dintre expertiza suplimentară și contraexpertiză constă în faptul că la aceasta din urmă, sunt analizate din nou toate aspectele puse în vedere. Pe parcursul expertizei suplimentare, expertul efectuează investigații doar în latura în care nu s-au efectuat în expertiza inițială, în timp ce în cazul contraexpertizei, expertul este obligat să efectueze toate investigațiile necesare și nu este în drept să facă trimitere la expertiza inițială. Dacă rezultatul contraexpertizei nu corespunde rezultatului expertizei inițiale, este necesar ca în partea analitică a raportului să fie indicate motivele divergențelor.

Rezultatul obținut în urma efectuării investigațiilor are aceeași valoare probantă ca și rezultatul expertizei inițiale și se apreciază în raport cu alte probe.

Expertul dă răspuns în nume propriu și poartă răspunderea personală. El trebuie să fie preîntâmpinat cu privire la răspunderea penală în cazul prezentării cu bună știință a unor concluzii false. Faptul prevenirii despre răspunderea penală este menționat în rezoluția/ordonanța sau în încheierea de ședința a instanței cu privire la efectuarea expertizei. Semnătura și sigiliul instituției respective sunt aplicate atât cu scopul de a confirma efectuarea investigațiilor, cât și a faptului că expertului i s-a pus în vedere că prezentarea cu bună știință a unor concluzii false atrage răspunderea penală.

5. Iresponsabilitate penala si psihiatrie legala

A fi subiect activ al unei infracțiuni înseamnă a fi vinovat de comiterea acelei infracțiuni, ceea ce implică a se stabili o relație între starea psihică, faptă și rezultatul ei. Vinovăția devine astfel premisa responsabilității care, la rândul ei, implică și capacitatea de a discerne (de a înțelege și stăpâni fapta comisă).

C.Parhon Ștefănescu definea conștiința ca fiind “sinteza cea mai complexă a funcțiilor psihice superioare, prin intermediul căreia omul se încadrează în mediul ambiant, fixează și asociază cu ajutorul gândirii și judecății noțiunile primite. Este un sentiment de responsabilitate morală a individului față de propria sa conduită.” Responsabilitatea este definită ca “totalitatea particularităților psihice ale individului, care-l face pe acesta capabil să înțeleagă libertatea și necesitatea acțiunilor sale, în unitate dialectică cu legile obiective de dezvoltare a societății și să aprecieze consecințele faptelor sale, atunci când el acționează contrar acestei unități”.¹⁵ Vinovăția este deci legătura psihică dintre autor și fapta sa, cu rezultatele ei, produse sub forma subiectivă (a poziției psihice a autorului față de faptă), a dolului, a culpei și praeterintenției. Incapacitatea psihică a unei persoane (ireponsabilitatea) reprezintă inaptitudinea de a-și da seama de caracterul, sensul și valorile social-morale ale faptelor săvârșite și ale urmărilor ei. O astfel de persoană nu cunoaște semnificația actului sau de comportament (momentul intelectual al incapacității psihice) și nu poate fi stăpân pe acest act (momentul volitiv al incapacității psihice). Consecutiv acestei incapacități, o persoană nu este responsabilă și vinovată de actul său și, ca atare, iredponsabilitatea înlătură vinovăția, din lipsa vinovăției se realizează lipsa caracterului penal al faptei și, în final, lipsa faptei penale duce la înlăturarea răspunderii. Astfel, debilitatea mintală, intoxicațiile, somnul patologic, leșinul, bolile mintale cu stări permanente sau trecătoare (deci cu intervale lucide) înlătură total responsabilitatea, sau o înlătură parțial, deși răspunderea limitată nu înlătură vinovăția, ci este doar o circumstanța atenuantă. În raport cu elementele penale ale incapacității psihice, instanța are sarcina de a stabili reponsabilitatea în concordanța cu punctul de vedere penal, și anume printr-un sistem medical și un criteriu juridic. Primul criteriu devine sarcina expertizei psihiatrico-legale, pe baza căreia, instanța va corela cel de-al doilea criteriu (cel juridic) și va stabili, în final, responsabilitatea autorului față de fapta sa. Dacă responsabilitatea este o categorie psiologică, răspunderea este o noțiune juridică ce atestă că asemenea actului de conduită umană, actul infracțional are o latură subiectivă (poziția psihică a autorului față de faptă) și o latură obiectivă (fapta cu consecințele ei).¹⁶

6. Erori în expertiza medico-legală psihiatrică

Expertiza medico-legală psihiatrică este supusă unor factori de eroare, care pot surveni pe parcursul desfășurării acesteia, de la solicitare până la redactarea raportului și pot fi clasate în: erori formale și erori de fond. Acestea pot atrage erori de fond în cadrul procesului penal.

Erorile formale apar atunci când nu se respectă indicațiile procedurale:

- nu se efectuează (nu se solicită) expertiza medico-legală psihiatrică a minorilor infractori între 14-16 ani și în celelalte cazuri expres prevăzute de lege;
- internarea în instituții de specialitate fără rezoluție/ordonanță și fără stipularea obiectivelor expertizei;
- nu se pune la dispoziția comisiei de expertiză materialul de la dosar, sau acesta este incomplet, sau se pune la dispoziție cu întârziere, din care cauză termenele se prelungesc sau constituie cauza erorilor de fond;
- lipsa primei expertize când se solicită una nouă;
- imposibilitatea experților de a formula concluzii tranșante, univoce, situație care îngreunează soluțiile judecătorești.

Erorile de fond sunt cauzate în exclusivitate de activitatea medicală din faza de examinare a subiectului. Consecințele unor astfel de erori atrag erori judiciare grave, prejudiciind fie societatea, fie libertatea unei persoane.

¹⁵ V.Dragomirescu, Le fondement des preuves psychiatriques dans l'expertise médico-légale (VIII-e Congrès de l'Acad.Internat. de Méd. Lég et Méd. Soc., Opatija, 1970)

¹⁶ Ghe. Scripcaru, P. Boisteanu, V. Astarastoae, V. Chirita, C. Scripcaru, Psihiatrie medico-legala, Ed. Polirom, Buc., 2002, p.158

7. Valoarea probantă a expertizei medico-legale psihiatrice în procesul penal

Expertiza este un mijloc de probă în care sunt expuse opiniile specialiștilor cu privire la anumite aspecte ce trebuie lămurite în vederea soluționării cauzei. Cu toate acestea, nu îi este conferită o forță probantă deosebită față de celelalte mijloace de probă. Dacă organul judiciar are îndoieli cu privire la corectitudinea concluziilor expertizei, dispune efectuarea unei noi expertize. Dacă noua expertiză ajunge la concluzii diferite față de prima, sau chiar contrare, se pune problema cărei expertize să i se acorde încredere, întrucât legea nu face distincție; astfel, organul judiciar poate recunoaște valoarea probantă a oricăreia dintre ele, în condițiile în care este confirmat de ansamblul probelor administrate în cauză. În ipoteza expertizelor medico-legale care au ajuns la concluzii contrare, este obligatorie obținerea avizului comisiei superioare medico-legale (art. 24 alin. (1) din Ordonanța nr. 1/2000). Dacă respectivele concluzii contradictorii nu pot fi avizate se va recomanda refacerea totală sau parțială a lucrărilor la care se referă actele primite spre verificare și avizare.

8. Concluzii

Expertiza medico-legală psihiatrică în procesul penal reprezintă un mijloc de probă cu individualitate distinctă, care aduc organului judiciar o expunere de concluzii argumentate științific, formată fiind pe calea raționamentului ipotetic general. Deoarece expertizei nu i se recunoaște o forță probantă absolută, raportul de expertiză medico-legală psihiatrică este lăsat la libera apreciere a organului judiciar, în raport cu principiile aprecierii probelor potrivit intimei convingeri și conștiinței judecătorului. La baza acestei convingeri trebuie să stea exprimarea comparativă a concluziilor conținute de raportul de expertiză cu rezultatele la care conduc celelalte mijloace de probă administrate în cauză.

Referințe bibliografice

- Beliș, V., *Medicină legală, Curs pentru facultățile de științe juridice*, București, 1999.
- Constantin, R., Drăghici, P., Ioniță, M., *Expertizele, mijloc de probă în procesul penal*, Editura Tehnică, București, 2000
- Damaschin, M., *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010
- Dobrinioiu, V., Dima T., *Drept penal, partea generală și specială pentru examenul de licență*, Editura Lumina Lex, București, 2002
- Dunea, M., *Considerații privind problematica juridică și medico-legală a pruncuciderii*, 2007
- Iftenie, V., *Medicina Legală pentru Facultățile de Drept*, Editura Științelor Medicale
- Kernbach, M., *Medicină judiciară*, Editura Medicală, București, 1958
- Scripcaru, Ghe., Terbancea M., *Patologie medico-legală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983
- Scripcaru, Ghe., Chirita, V., Boisteanu, P., Astarastoe, V., *Psihiatrie medico-legală*, Editura Polirom, București, 2002
- Volonciu, N., *Tratat de procedură penală, partea generală, vol. I*, Editura Paidea, București, 1996
- Zolyneak, M., *Drept penal, Partea generală, vol. II*, Iași, 1992

EFICIENȚA PRINCIPIULUI „IN DUBIO PRO REO”

Oana GOGU*

Abstract

Where evidence of the guilt are not clear, certain, and complete but there is a doubt about defendant's guilt it is need to be applied the rule of „in dubio pro reo” and based on its, solution that emerges is of acquittal by the court for the defendant. Before being a legal issue, the rule of „in dubio pro reo” is a fact issue. Criminal justice administration requires that judges should not rely, in their decisions, by the probability but on the certainty based on decisive, complete and certain evidence, able to reflect the objective reality. Only in this way the convince is formed, that the objective reality is unequivocal one that depicts the reality ideologically reconstructed using evidence.

Cuvinte cheie: *in dubio pro reo, prezumția de nevinovăție, achitarea inculpatului, dreptul la un proces echitabil, dreptul la apărare, scopul procesului penal.*

1. Introducere

Unul dintre principiile fundamentale ale procesului penal este cel al prezumției de nevinovăție, conform căruia orice persoană este considerată nevinovată până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive de condamnare. Pentru a se stabili vinovăția unei persoane este absolut necesară administrarea unui probatoriu concludent, cert, din care să reiasă, fără nicio rezervă, faptul că persoana în cauză este vinovată, această sarcină revenind organelor judiciare, ca organe ale acuzării - actori incumbit onus probandi. Dacă însă există cea mai mică îndoială asupra vinovăției inculpatului, se impune ca acesta să fie achitat de instanța de judecată, deoarece orice îndoială profită autorului, conform principiului in dubio pro reo.

Complement al regulii in dubio pro reo, prezumția de nevinovăție este un instrument legal creat de juristul francez Johannes Monachus, pentru favorizarea acuzaților, bazat pe concepția că majoritatea persoanelor nu sunt criminali. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat faptul că această prezumție nu este una absolută, statele membre la Convenție având posibilitatea de a stabili în dreptul lor intern diferite reguli procedurale privind sarcina probei, întrucât prevederile art. 6 par. 2 ale Convenției permit existența unor prezumții de drept sau de fapt, însă cu respectarea anumitor limite și a drepturilor apărării.¹

În Codul de procedură penală român, prezumția de nevinovăție constituie una din regulile de bază ale procesului penal, în art. 5 ind. 2 statuându-se că „Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă.”

Prezumția de nevinovăție are o vocație universală, fiind unul dintre drepturile fundamentale ale omului, regăsindu-se în importante documente internaționale precum Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului din 1789 și Declarația Universală a Drepturilor Omului din 1948.

Acest principiu a apărut pentru prima dată în Declarația de Independență Americană din 1776.

Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului statuează în art. IX că „Orice om este presupus inocent, până în momentul în care a fost declarat vinovat”, iar art. 11 din Declarația

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea Româno-Americană din București ; (oana_gogu89@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ. Simona Tache.

¹B. Selejan-Guțan , Protecția europeană a drepturilor omului, Ed. All Beck, București, 2004, pag. 137

Universală a Drepturilor Omului prevede că „Orice persoană acuzată de comiterea unui act cu caracter penal are dreptul să fie presupusă nevinovată până când vinovăția sa va fi stabilită în mod legal în cursul unui proces public în care i-au fost asigurate toate garanțiile necesare apărării sale.”

În Constituția României prezumția de nevinovăție este prevăzută în art. 23 pct. 11 care prevede că „Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată.”, iar în Codul de procedură penală se statuează cu valoare de principiu că „Învinuitul sau inculpatul beneficiază de prezumția de nevinovăție și nu este obligat să-și dovedească nevinovăția. În cazul în care există probe de vinovăție, învinuitul sau inculpatul are dreptul să probeze lipsa lor de temeinicie.”²

Fiind o prezumție relativă, prezumția de nevinovăție poate fi răsturnată prin probe certe din care să reiasă fără echivoc vinovăția inculpatului. În cazul în care se ajunge la îndoială asupra vinovăției, iar aceasta nu este înlăturată după administrarea unor noi probe, prezumția nu este paralizată, iar orice îndoială profită inculpatului potrivit adagiului *in dubio pro reo*.

Regula *in dubio pro reo* reprezintă complementul prezumției de nevinovăție, fiind un principiu menit să reflecte modul în care principiul adevărului, consacrat în art. 3 Codul de procedură penală, se regăsește în materia probațiunii. Astfel, în măsura în care dovezile administrate nu au caracter cert, neîndoielnic, aprecierile instanței judecătorești penale nu pot echivala cu o certitudine a materialului probator și, pentru acest temei, trebuie să concluzioneze în sensul nevinovăției acuzatului și să pronunțe achitarea acestuia.

Preceptul *in dubio pro reo* constituie, pe lângă o problemă de drept, o problemă de fapt. Imperativul înfăptuirii justiției penale reclamă ca judecătorii să se întemeieze, în hotărârile ce le pronunță, nu pe probabilitate, ci pe probe de necontestat, complete și sigure, capabile să reflecte realitatea obiectivă. Numai în acest mod se formează convingerea precisă, izvorâtă din materialul probator, că fapta supusă judecării este cea reprezentată de realitatea reconstituită ideologic cu ajutorul probelor.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Parte componentă a procesului penal, judecata are rolul de a trage la răspundere pe cel vinovat de săvârșirea unei infracțiuni potrivit vinovăției sale și evitarea sancționării celui nevinovat, acesta constituind și scopul activității judiciare.

Deliberarea, ca stadiu al judecării, presupune o operațiune de raționament logic și de interpretare asupra probelor administrate în cursul cercetării judecătorești, în urma căreia instanța urmează să-și formeze opinia cu privire la soluția ce se impune în vederea soluționării cauzei. Activitatea de apreciere a probelor este guvernată de regula liberei aprecieri a probelor și de principiul prezumției de nevinovăție, instanța putându-și baza convingerea intimă doar pe acestea și doar aplicând reglementările legale. În cazul în care se ajunge la situații de îndoială, cu tot efortul de evaluare obiectivă depus, instanța are obligația de a nu reține decât elementele asupra cărora există certitudine și de a se relua cercetarea judecătorească pentru administrarea de noi probe, dacă ar mai putea exista, până la eliminarea îndoielilor, îndoiala înlăturându-se exclusiv prin probe. În situația în care nu se mai întrevede nicio posibilitate de a se administra noi probe și îndoiala persista, se va aplica regula *in dubio pro reo*. Această regulă are aplicabilitate atât asupra elementelor constitutive ale infracțiunii, cât și asupra circumstanțelor agravante; drept consecință, atunci când instanța are îndoieli asupra acestor elemente, va trebui să dispună soluția achitării inculpatului, iar în ceea ce privește circumstanțele agravante, acestea nu vor fi reținute.

Astfel, dacă între declarațiile investigatorului sub acoperire și ale colaboratorului date în cursul urmăririi penale și cele date de aceștia în cursul cercetării judecătorești există contradicții, care

² Codul de procedură penală, Ed. Hamangiu, București, 2010.

crează dubii privind situația de fapt cu care a fost sesizată instanța de judecată, iar în afara acestor declarații nu există nicio probă din care să rezulte participarea inculpatului la săvârșirea infracțiunii, instanța, achitând pe inculpat, va răspunde exigențelor art. 62 Codul de procedură penală și va face o corectă aplicare a prevederilor art. 63 din același cod.³

Prin sentința nr. 575 din 28 aprilie 2005 a Tribunalului București, secția I penală, în baza art.11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. c) C. proc. pen. a fost achitat inculpatul V.A. pentru infracțiunea prevăzută în art. 9 din Legea nr. 143/2000, prin aceeași sentință fiind condamnați, în temeiul art. 9 din Legea nr. 143/2000, inculpații G.B. și M.D.

Referitor la inculpatul V.A., instanța a respins susținerile colaboratorului și ale investigatorului sub acoperire, deoarece există contradicții între acestea precum și în conținutul proceselor verbale întocmite de către investigatorul sub acoperire. A fost remarcat faptul că în cursul cercetării penale colaboratorul a declarat că a discutat cu inculpatul V.A. despre posibilitatea procurării de anhidridă acetică din străinătate, în timp ce la cercetarea judecătorească colaboratorul și investigatorul sub acoperire au declarat că discuția s-a referit numai la înstrăinarea unor autoturisme.

Instanța a reținut ca fiind cert numai faptul că recipientul din plastic de 0,5 l ce conținea anhidridă acetică i-a fost predat colaboratorului de inculpatul G.B., care l-a remis investigatorului sub acoperire.

Față de aceste considerente instanța a dispus achitarea inculpatului V.A., făcând aplicarea art. 10 alin. (1) lit. c) C. proc. pen. – intrucat fapta nu a fost săvârșită de inculpat.

Prin decizia nr. 954 din 7 decembrie 2005, Curtea de Apel București, secția I penală, a admis apelul procurorului și a desființat în parte sentința, dispunând, între altele, condamnarea inculpatului V.A. pentru infracțiunea prevăzută în art. 9 din Legea nr. 143/2000.

Recursul declarat, printre alții, de inculpatul V.A. este fondat.

Prima instanță a realizat o corectă aplicare atât a prevederilor art. 62 C.proc.pen, potrivit căroră era obligată să lămurească cauza sub toate aspectele pe bază de probe, cât și al art. 63 din același cod referitor la aprecierea probelor.

În mod judicios a sesizat contradicțiile între declarațiile colaboratorului și investigatorului sub acoperire de la urmărirea penală și cercetarea judecătorească, fapt ce creează dubii în reținerea stării de fapt cu care a fost sesizată instanța.

Chiar și în cazul în care nu ar fi existat aceste contradicții, reținându-se ca fapt real împrejurarea că inculpatul V.A. ar fi fost prezent la momentul în care a fost manipulat recipientul ce conținea anhidridă acetică, aceasta este insuficientă pentru a concluziona în mod cert că inculpatul a fost antrenat într-o acțiune de traficare de precursori în scopul producerii sau fabricării ilegale de droguri de mare risc.

Ori, aceste organe au avut autorizații de ascultare a convorbirilor persoanelor implicate în operațiile ilicite cu anhidridă acetică și niciuna dintre consemnările aflate la dosarul cauzei nu relevă participarea lui V.A. la procurarea și vânzarea substanței menționate. În afară de declarațiile colaboratorului și ale investigatorului sub acoperire nu există nicio probă care să susțină participarea lui V.A. la comercializarea anhidridei acetice.

Pe de altă parte, potrivit art. 9 din Legea nr.143/2000, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi producerea, fabricarea, importul, exportul, oferirea, vânzarea, transportul, livrarea cu orice titlu, trimiterea, procurarea, cumpărarea sau deținerea de precursori, echipamente ori materiale, în scopul utilizării lor la cultivarea, producerea sau fabricarea ilicită de droguri de mare risc.

Din economia textului reiese că pentru existența acestei infracțiuni sub aspectul laturii subiective, este absolut necesar ca făptuitorul să fi acționat cu intenție calificată, respectiv să fi efectuat operații cu precursori în scopul producerii sau fabricării ilicite de droguri de mare risc.

³ Î.C.C.J., secția penală, decizia nr. 5826 din 12 octombrie 2006

Cu toate acestea, chiar de s-ar fi acceptat că ar fi avut în mână recipientul cu anhidridă acetică, din nicio probă nu reiese că V.A. ar fi fost conștient de un astfel de scop, care în cazul inculpatului G.B. a fost dovedit prin referire expresă în discuțiile înregistrate.

Este admisibil a se raționa că un astfel de scop poate rezulta și prin alte elemente de fapt care nu implică o discuție expresă în acest sens, cum ar fi cantitatea de substanță procurată, clandestinitatea operației, anvergura operațiilor etc. În cauză însă, niciun element de fapt nu susține participarea inculpatului V.A. la operațiuni cu precursori în scopul producerii sau fabricării drogurilor de mare risc.

Astfel, fapta inculpatului V.A. nu întrunește elementele constitutive ale infracțiunii din punct de vedere al vinovăției, așa cum este reglementată în art. 19 C. pen. și, prin urmare, recursul inculpatului a fost admis, dispunându-se achitarea sa în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. d) C. proc. pen.⁴

Conform art. 52 C. proc. pen., în care este statuată cu caracter de principiu prezumpția de nevinovăție, orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă. În cazul în care probele privind vinovăția nu au caracter cert, sigur și complet, ci din contră, există îndoială referitor la vinovăția inculpatului, se dă eficiență aplicării principiului in dubio pro reo, conform căruia orice îndoială este în favoarea inculpatului, astfel încât se impune achitarea acestuia de către instanța de judecată.⁵

Prin sentința penală nr. 345 din 25 iulie 2006 pronunțată de Tribunalul Bacău, în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. c) C. proc. pen., a fost achitat inculpatul S.A. pentru infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte prevăzută în art. 183 C. pen., întrucât fapta nu a fost săvârșită de către acesta.

Prin rechizitoriul procurorului de la Parchetul de pe lângă Tribunalul Bacău din 21 decembrie 2005, inculpatul S.A. a fost trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte prevăzută în art. 183 C. pen., constând în aceea că, în seara de 31 martie 2005, a lovit-o pe soția sa - victima S.M. -, aceasta dezechilibrându-se și căzând pe plita încinsă a sobei din locuință, de unde nu s-a mai ridicat, fiind în stare de inconștiență. Urmare a multiplelor arsuri suferite, victima a decedat.

Coroborând probele administrate în cursul urmăririi penale, cu cele administrate nemijlocit în cursul judecății, prima instanță a reținut o altă situație de fapt decât cea avută în vedere de procuror la momentul trimiterii în judecată a inculpatului. Astfel, prima instanță a reținut că, la 31 martie 2005, inculpatul s-a întors la domiciliu, unde a găsit-o pe soția sa, în stare de ebrietate. Întrucât aceasta a refuzat să-i coase o gaică la o pereche de pantaloni, inculpatul, enervat de atitudinea soției sale și de faptul că, mai tot timpul, când se întorcea acasă o găsea în stare de ebrietate, a lovit-o cu palma peste față, după care a aprins focul în bucătărie și a încălzit mâncarea. În timpul mesei, inculpatul a observat-o pe soția sa că intenționează să-i coasă gaica de la pantaloni, dar constatând că aceasta făcea eforturi pentru a introduce ața în ac, l-a rugat pe fiul său S.C. să o ajute în efectuarea acestei operațiuni, după care a plecat într-o altă cameră.

Prima instanță a reținut că, pe tot acest interval de timp, de față la incidentul derulat între cei doi soți s-au aflat fiul acestora S.C. și prietenul său D.A.

În jurul orelor 19⁰⁰, cei doi tineri au plecat la un magazin din apropiere, iar când a revenit la domiciliu, în jurul orelor 20⁰⁰, martorul S.C. a găsit-o pe mama sa căzută pe plita încinsă, prezentând multiple arsuri, astfel că l-a anunțat despre cele întâmplate pe tatăl său, care dormea în camera alăturată. La inițiativa celor doi - tată și fiu - victima fost transportată la spital. La 10 aprilie 2005 starea de sănătate a victimei s-a agravat, survenind decesul.

⁴ Î.C.C.J. Jurisprudența Secției penale pe anul 2006. Recursuri în interesul legii în materie penală, Ed. Hamangiu, București, pag. 108

⁵ Î.C.C.J., secția penală, decizia nr. 3465 din 27 iunie 2007

La audiere, inculpatul nu a recunoscut fapta reținută în actul de sesizare, declarând că din momentul în care acesta a plecat în camera alăturată să se uite la televizor și până când a fost trezit de fiul său, care i-a încunoștințat că a găsit-o pe S.M., căzută pe plita încinsă, nu știe ce s-a întâmplat cu aceasta.

Martorul S.C. a declarat că victima a continuat să consume băuturi alcoolice, după ce inculpatul S.A., tatăl său, a plecat în camera alăturată. De asemenea, S.C. a mai afirmat faptul că are convingerea că pe fondul consumului excesiv al băuturilor alcoolice, coroborat cu căldura din încăperea, victima probabil a ațipit și a căzut pe plită, varianta ce e susținută de poziția în care a fost găsită victima și de împrejurarea că la locul faptei a fost găsită o sticlă de băutură ce fusese ascunsă de aceasta.

Întrucât în cauză nu există probe directe sau indirecte în sensul celor reținute în actul de sesizare a instanței, probe care să ateste în mod cert vinovăția inculpatului, acesta a fost achitat de prima instanță de judecată.

Contra aceste hotărâri, procurorul a declarat apel, criticând greșita achitare a inculpatului pentru infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte. Prin decizia penală nr. 57 din 6 martie 2007 pronunțată de Curtea de Apel Bacău a fost respins ca nefondat apelul declarat de procuror.

Împotriva acestei decizii, procurorul a declarat recurs, invocând cazul de casare prevăzut în art. 385⁹ alin. (1) pct. 18 C. proc. pen. și susținând că s-a comis o gravă eroare de fapt, având drept consecință pronunțarea unei hotărâri greșite de achitare.

Înalta Curte de Casație și Justiție, examinând atât motivele de recurs invocate, cât și din oficiu ambele hotărâri, conform prevederilor art. 385⁹ alin. (3) combinate cu art. 385⁶ alin. (1) și art. 385⁷ C. proc. pen., constată următoarele:

Deși procurorul a susținut că ambele instanțe - prima instanță și cea de apel - au ajuns la concluzia achitării inculpatului, respectiv a reținerii nevinovăției acestuia în comiterea faptei, prin ignorarea mai multor probe, Înalta Curte de Casație și Justiție constată că, dimpotrivă, atât prima instanță, cât și cea de apel au făcut o analiză amănunțită a tuturor probelor administrate pe parcursul cercetărilor.

Mai mult, instanța de apel, pentru a-și forma propria convingere cu privire la vinovăția ori nevinovăția inculpatului, a readministrat întregul probatoriu, a reaudiat inculpatul și a dispus admiterea de probe noi.

Împrejurarea că inculpatul a fost inconsecvent în declarațiile date organelor judiciare este irelevant, întrucât, conform art. 66 alin. (1) C. proc. pen., „inculpatul beneficiază de prezumția de nevinovăție și nu este obligat să-și dovedească nevinovăția.” Potrivit art. 69 C. proc. pen. „declarațiile inculpatului făcute în cursul procesului penal pot servi la aflarea adevărului, numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte și împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză.” Inculpatul nu a recunoscut niciodată că ar fi împins-o pe plită pe soția sa sau că în urma loviturii pe care i-a aplicat-o cu dosul palmei aceasta ar fi căzut pe plita sobei, astfel cum a reținut procurorul.

Din probatoriul administrat și din declarațiile martorilor nu rezultă faptul că victima ar fi căzut ca urmare a loviturii aplicate de soțul ei, și că prin aceasta ar fi decedat. De asemenea, din proba testimonială mai reiese faptul că victima era adesea aflată în stare de ebrietate și că numai această stare a putut determina dezechilibrarea ei, cu consecința producerii multiplelor arsuri ce au condus la deces. Faptul că aceasta este cauza căderii victimei peste plita sobei se coroborează cu concluziile actului medico-legal întocmit în cauză.

Referitor la detecția psihologică, care a concluzionat că inculpatul a prezentat modificări ale stresului emoțional caracteristice comportamentului simulat, aceasta nu poate constitui o probă certă din care să reiasă fără echivoc că acesta a săvârșit fapta, în condițiile în care nu se coroborează cu nicio altă probă administrată în cauză.

Cu toate că au fost administrate probe în sprijinul învinuirii, acestea nu au fost suficiente deoarece nu putut paraliza îndoiala ce persistă în ceea ce privește vinovăția inculpatului. Astfel, îndoiala fiind echivalentă cu o probă pozitivă de nevinovăție, s-a dat curs principiului *in dubio pro reo*, inculpatul fiind achitat.

Pentru cele ce preced, recursul procurorului a fost respins ca nefondat.⁶

Cu toate că prezumția de nevinovăție reprezintă unul dintre principiile fundamentale ale desfășurării unui proces penal, aceasta nu este întotdeauna respectată ; acest lucru se întâmplă adesea în declarațiile făcute în presă.

Prin hotărârea Samoilă și Cionca c. României, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat la 4 martie 2008 că prezentarea publicului a unor declarații de culpabilitate afirmate de către organele oficiale ale statului, înainte de pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive, încalcă în mod vădit prezumția de nevinovăție.

În fapt, după ce s-a început ancheta reclamațiilor, comandantul poliției din municipiul O. și procurorul au făcut declarații publice, prin intermediul unor interviuri acordate presei, cum că cei doi inculpați (Samoilă și Cionca) sunt cu siguranță vinovați de săvârșirea abaterilor grave ce constituie obiectul dosarelor penale deschise împotriva lor. Curtea a considerat că în calitate de oficiali ai statului român, comandantul poliției și procurorul au lăsat publicului impresia certă a vinovăției reclamațiilor, ceea ce a adus atingere prezumției lor de nevinovăție și a sesizat încălcarea prevederilor art. 5 paragr. 3 și 4 și art. 6 paragr. 2 din Convenția Europeană a Drepturilor și Libertăților Fundamentale ale Omului.⁷

Prezumția de nevinovăție constituie o garanție esențială a dreptului la un proces echitabil prevăzut în art. 6 paragr. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Obligația respectării acestei prezumții, fiind opozabilă erga omnes, le revine pe cale de consecință și autorităților statului.

3. Concluzii

Prezumția de nevinovăție este în realitate o obligație a organelor judiciare care atunci când acuză pe o persoană de săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, este absolut necesară administrarea de către acestea a unor probe din care să reiasă indubitabil vinovăția inculpatului. Această prezumție este completată de regula *in dubio pro reo* care asigură, alături de celelalte principii privind desfășurarea unui proces penal, necondamnarea pe nedrept a unei persoane.

Principiul *in dubio pro reo* are o aplicație practică de o importanță deosebită, întrucât răspunde cerințelor scopului penal și anume de a nu trage la răspundere penală decât persoanele vinovate, acest lucru stabilindu-se exclusiv în baza unui material probator din care să reiasă fără echivoc vinovăția făptuitorului. În caz contrar, respectiv dacă probele nu au caracter cert, complet și sigur, se impune achitarea inculpatului, întrucât hotărârea judecătorească de condamnare nu se poate baza pe simple supoziții și pe probe îndoielnice.

În jurisprudența analizată în prezenta lucrare, s-a putut observa că instanțele au administrat în mod judicios probatoriul în sensul achitării inculpaților în cauză, întrucât probele ori aveau caracter incert, incomplet și îndoienic, ori pur și simplu acestea nu existau. Cu toate acestea, reprezentanții parchetului, prin motivele invocate, nu au făcut decât să prezinte teoria administrării și interpretării probelor, dar fără a o adapta la realitățile de fapt existente în cauzele respective. Probele de vinovăție invocate de parchet în sprijinul acuzațiilor aduse inculpaților au reprezentat numai simple indicii de vinovăție, care au fost însă insuficiente pentru răsturnarea prezumției de nevinovăție a inculpaților. Întrucât s-a lăsat loc unei nesiguranțe în privința vinovăției inculpaților, instanțele judecătorești în

⁶ http://www.euroavocatura.ro/jurisprudenta/466/Prezumtia_de_nevinovatie_In_dubio_pro_reo

⁷ http://www.euroavocatura.ro/articole/332/Prezumtia_de_nevinovatie_in_jurisprudenta_CEDO

mod judicios au dat curs principiului in dubio pro reo. Drept urmare, dubiile operând în favoarea inculpaților, aceștia au fost achitați.

Scopul procesului penal fiind acela de a trage la răspundere penală exclusiv pe cei vinovați de comiterea unei fapte prevăzute de legea penală, atât prezumția de nevinovăție cât și principiul in dubio pro reo constituie veritabile garanții ale realizării acestuia, de aceea respectarea lor este inerentă pentru luarea unei hotărâri judecătorești judicioase, în caz contrar producându-se o gravă nelegiuire, căci ubi cessat ratio legis cessat lex (unde încetează motivația legii, încetează legea însăși).

Referințe bibliografice:

- Constituția României, 2003
- Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului, 1789
- B. Selejan-Guțan, Protecția europeană a drepturilor omului, Ed. All Beck, București, 2004
- http://www.onuinfo.ro/documente_fundamentale/declaratia_drepturilor_omului/
- Codul de procedură penală, Ed. Hamangiu, București, 2010
- Î.C.C.J. Jurisprudența Secției penale pe anul 2006. Recursuri în interesul legii în materie penală, Ed. Hamangiu, București
- http://www.euroavocatura.ro/jurisprudenta/466/Prezumtia_de_nevinovatie_In_dubio_pro_reo
- http://www.euroavocatura.ro/articole/332/Prezumtia_de_nevinovatie_in_jurisprudenta_CEDO

CERCETAREA LA FAȚA LOCULUI

Ana-Maria FĂGĂRAȘ*
Lavinia-Florentina CERNEA*

Abstract

The article summarizes some part of the theme ‘‘ research at the spot ‘‘, who has the current legal framework in art. 129 from Criminal Procedure Code. Since its area is very large we will review the following aspects: the notion and the importance; some considerations of the criminal procedural legislation; the necessity for performing the research activity on the spot; the features of the activity on the research spot; the interpretation and fixing results of the research on the spot.

Cuvinte-cheie: cercetarea la fața locului, procedeu probator, mijloc de probațiune, metodică criminalistică, elemente de tactică criminalistică.

1. Introducere

Legiuitorul român reglementează cercetarea la fața locului în cadrul art. 129 din Codul de Procedură Penală, ca fiind activitatea desfășurată de către organul de urmărire penală sau instanța de judecată, atunci când este necesar să se facă constatări cu privire la situația locului săvârșirii infracțiunii, să se descopere și să se fixeze urmele infracțiunii, să se stabilească poziția și starea mijloacelor materiale de probă și împrejurările în care a fost săvârșită infracțiunea. Analizând definiția legală, apreciem că, ceea ce ține de esența acestei activități, este complexitatea conferită de mai multe laturi acționale ce se îmbină, în scopul de a oferi cât mai multe informații anchetei penale. Acest act de urmărire penală are o evidentă semnificație în ansamblul preocupărilor consacrate soluționării unei cauze penale. El presupune cunoașterea imediată, direct și completă a locului în care s-a comis fapta penală.¹

2. Noțiunea și importanța cercetării la fața locului

Procedeu probator, denumit în Codul român de procedură penală cercetarea la fața locului (art.129) – cunoscut în legislațiile occidentale și ca cercetarea scenei infracțiunii sau scena crimei, cum este cazul sistemului judiciar de tip anglo-saxon, ori american² - reprezintă actul de debut al investigațiilor în fapte de pericolozitate deosebită: omucideri, violuri sau tâlhării urmate de moartea victimei, distrugerii, catastrofe sau accidente grave, infracțiuni din domeniul crimei organizate ș.a.

Conform prevederilor cuprinse în titlul III, capitolul II, secțiunea XII, art.129 al Codului de procedură penală, cercetarea la fața locului se efectuează atunci când sunt necesare: constatarea situației locului săvârșirii infracțiunii; descoperirea și fixarea urmelor infracțiunii; stabilirea poziției și stării mijloacelor materiale de probă și a împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea.

Referitor la înțelesul termenului de fața locului sau de loc al săvârșirii faptei, precizăm ca prin aceasta expresie se au în vedere nu numai locul propriu-zis al săvârșirii infracțiunii, ci și zonele mai

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin (e-mail:damaschin mircea@gmail.com).

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

¹ I.Angelescu, *Considerații asupra locului cercetării faptei*, în R.R.D. nr. 2/1973, p.114-115.; I. Mircea *Criminalistica*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 226.

² Michael J. Palmiotto, *Criminal investigation*, Editura Nelson-Hall Publishers, Chicago, Illinois, S.U.A., 1994, p.167 și urm.

apropiate sau alte locuri de care se pot desprinde date referitoare la pregătirile, comiterea și urmările faptei, inclusiv căile de acces și de retragere ale autorului din câmpul infracțional.³

În legătură cu termenul analizat, există și o interpretare legală potrivit căreia, prin “locul săvârșirii infracțiunii” se înțelege locul unde s-a desfășurat activitatea infracțională, în totul sau în parte, ori unde s-a produs rezultatul acesteia (art. 30 alin.4 C.pr.pen.).

Obiectivele imediate ale cercetării locului faptei sunt următoarele:

a. Descoperirea urmelor și evidențierea împrejurărilor apte să conducă la identificarea făptuitorului, la clasificarea circumstanțelor în care s-a săvârșit infracțiunea, la descoperirea corpurilor delictive.

b. Obținerea de către organul de anchetă și de către magistrat a unor date exacte, corecte, prin cunoașterea și studierea nemijlocită a scenei infracțiunii, referitoare la modul de săvârșire a faptei și la persoana infractorului, aspect de natură să evidențieze principala funcție a cercetării la fața locului.⁴

3. Considerații privind reglementarea procesual penală

Cercetarea la fața locului, ca și celelalte acte ori activități de investigare a faptelor penale, se face numai în strictă conformitate cu reglementările referitoare la acest procedeu probator. Astfel, potrivit cu prevederile art. 129 alin.1 C.pr.pen., cercetarea la fața locului poate fi dispusă motivat de către organul judiciar, ori de câte ori se consideră necesar să se apeleze la acest procedeu probator.

În faza de urmărire penală, cercetarea la fața locului este dispusă printr-o rezoluție motivată a organului de urmărire penală, de regulă, după începerea urmăririi penale.

Cercetarea se efectuează în prezența martorilor asistenți, cu excepția cazurilor în care această prezență nu este posibilă. De asemenea, dacă se consideră necesar, la cercetare pot participa și părțile, o eventuală neparticipare a părților încunoștințate nefiind de natură să împiedice efectuarea cercetării.

Învinuitului sau inculpatului, dacă nu poate fi adus la cercetare, i se pune în vedere că poate fi reprezentat și i se asigură, la cerere, reprezentarea.

Referitor la acest ultim aspect, atragem atenția asupra modificărilor aduse art. 172 C.pr.pen., prin Legea 32/1990, potrivit căreia apărătorul, ales de învinuit sau de inculpat, poate participa la efectuarea oricărui act de urmărire penală, deci și la cercetarea la fața locului

În faza de judecată, cercetarea la fața locului este dispusă de către instanță, printr-o încheiere, după începerea cercetării judecătorești. Potrivit art. 129 alin. 4 C.pr.pen., instanța de judecată efectuează cercetarea la fața locului cu citarea părților și în prezența procurorului, când prezența acestuia la judecată este obligatorie.

Privitor la specificul acestei activități, așa cum se învederează în doctrina procesual penală și cum, de altfel, însăși practica o demonstrează, cercetarea la fața locului efectuată de instanța de judecată, nu are întinderea activității efectuate de organul de urmărire penală. Cu toate acestea, semnificația este la fel de mare, întrucât instanța are posibilitatea să ia contact direct cu anumite aspecte ale locului în care s-a comis infracțiunea și să cântărească mai exact rezultatele desprinse din cercetările anterioare ale organelor de urmărire penală.

4. Necesitatea efectuării activității de cercetare la fața locului

Cercetând problematica – în ultimă instanță, care este rațiunea pentru care trebuie efectuată cercetarea la fața locului ? – trebuie remarcat că, săvârșirea unei infracțiuni, ca de altfel orice activitate umană, produce transformări în mediul exterior, care se materializează, din punct de vedere

³ Vasile Bercheșan, *Cercetarea penală- Îndrumar complet de cercetare penală*, Editura Icar, București, 2001, p. 251 și următoarele.

⁴ George Antoniu, în lucrarea colectivă *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală*, Partea generală, vol.I, Editura Academiei Române, București, 1975, p. 293.

criminalistic, în urme ale infracțiunii. Noțiunea de urmă trebuie acceptată, în sens larg, ca orice modificare materială, intervenită în mediul înconjurător, ca urmare a săvârșirii unei fapte de natură penală, incluzând, pe lângă urmele de contact, urmele materiei și, chiar consumarea infracțiunii sau modul de operare⁵.

Potrivit normei juridice cadru, cuprinsă în art. 129 alin. 1 C.pr.pen.⁶, organele judiciare, analizând considerente ce țin de utilitatea, necesitatea și oportunitatea efectuării unei activități, pot decide să se deplaseze în cadrul sistemului de referință spațial – unul sau mai multe – pe care se găsesc urmele și mijloacele materiale de probă, unde se desfășoară activitatea de cercetare la fața locului în vederea⁷ examinării locului faptei și fixării procesuale a celor descoperite; căutarea, descoperirea, relevarea, fixarea, ridicarea, examinarea, și interpretarea urmelor și mijloacelor materiale de probă; elaborarea și verificarea de versiuni cu privire la natura infracțiunii comise, la numărul și identitatea făptuitorilor, precum și la aspecte ce țin de loc, timp, natura activităților desfășurate de făptuitori, metode și mijloace folosite, mobil, scop, urmările survenite, ca rezultat al săvârșirii infracțiunilor; stabilirea locurilor de unde se putea percepe, în total sau în parte, activitatea desfășurată de către făptuitori; identificarea martorilor oculari, a persoanelor vătămate, a altor persoane care cunosc date despre săvârșirea infracțiunii și, în unele cazuri, chiar a făptuitorilor; luarea unor măsuri de limitare a pagubelor, determinare a cauzelor, condițiilor și împrejurărilor ce au determinat sau favorizat săvârșirea infracțiunii și a măsurilor de prevenire care se impun, atât în legătură cu fapta cât și cu privire la apariția de noi consecințe⁸.

Cercetarea la fața locului este o activitate integrată în ancheta penală. Nefiind locul unde să poată fi analizate unele considerente, legate de managementul și gestionarea anchetei, trebuie, totuși, subliniat faptul că activitatea de cercetare la fața locului, efectuată cu profesionalism, poate contribui, în mod fundamental, la lămurirea unor probleme pe care, în ansamblu, cercetarea uneia sau alteia, dintre infracțiuni, trebuie să le rezolve.

⁵ Emilian Stancu, *Criminalistica – investigarea științifică a infracțiunilor*, Editura Actami, București, 1999 vol. I, pag. 32 și 33.

⁶ Cercetarea la fața locului se efectuează atunci când este necesar să se facă constatări cu privire la situația locului săvârșirii infracțiunii, să se descopere și să se fixeze urmele infracțiunii, să se stabilească poziția și starea mijloacelor materiale de probă și împrejurările în care infracțiunea a fost săvârșită.

⁷ Gabriel Ion Olteanu, *Considerații cu privire la tactica efectuării cercetării la fața locului*, Editura AIT Laboratories s.r.l., București, 2004, pg. 5. Cele ce urmează sunt aspecte desprinse din practica organelor judiciare în materia cercetării la fața locului relevante ca atare, în integralitatea lor, sau fragmentar și în doctrină; ca exemplu L. Coman și M. Constantinescu op. cit. pag. 26; V. Bercheșan, C. Pletea, Ion Eugen Sandu op. cit. pag. 29; E. Stancu op. cit. vol. 2 pag. 8 și 9.

⁸ Gabriel Ion Olteanu, *op.cit.*, pag.6. Ca exemplu pentru modul în care este abordată problema sarcinilor cercetării la fața locului îmi permit să prezint punctul de vedere prezentat de V. Lepăduși și S. Grejdinoiu în *Considerații privind investigarea criminalistică a locului faptei*, lucrare apărută sub egida Asociației Criminaliștilor din România în 2004, pag. 15. Astfel, în viziunea autorilor investigarea criminalistică a locului faptei are următoarele sarcini și obiective: - perceperea directă, nemijlocită și fixarea ambianței locului faptei de către organele de urmărire penală sau instanța de judecată; - descoperirea, fixarea și examinarea, precum și ridicarea urmelor, obiectelor-mijloace materiale de probă în vederea valorificării lor ulterioare în cadrul constatărilor și expertizelor ce se vor dispune; - culegerea datelor necesare și cunoașterea împrejurărilor concrete pe baza cărora să se poată stabili cât mai operativ dacă s-a comis o infracțiune ori este vorba despre o faptă care nu atrage răspunderea penală a vreunei persoane; - obținerea primelor date cu privire la modul în care a acționat făptuitorul (făptuitorii), cum a pătruns și cum s-a retras din spațiul numit loc al faptei; - determinarea locului de unde este posibil ca anumite persoane să perceapă acțiunile făptuitorului (făptuitorilor) sau numai o parte a acestora, obiectul cu care a acționat, alte persoane care au legătură cu fapta; - adunarea unor date care privesc obiectul probațiunii, iar în cazul săvârșirii unei fapte cu caracter penal, culegerea de date care pot defini elementele infracțiunii comise; - identificarea martorilor care vor putea furniza date despre împrejurările în care s-a comis fapta, despre persoana făptuitorilor și, eventual, despre alți participanți – dacă se consideră necesar urmând a se proceda la audierea acestor martori; - examinarea și interpretarea urmelor, a altor obiecte, mijloace materiale de probă, pentru ca, pe baza celor constatate, precum și a împrejurărilor stabilite să se ia măsuri operative de efectuare a unor operațiuni care nu suportă amânare: urmărirea și prinderea infractorilor, percheziții, ridicări de obiecte și înscrisuri.

Desigur, despre necesitatea efectuării cercetării la fața locului, se pot spune mult mai multe. În cadrul acestei secțiuni ne vom limita în a arăta faptul că această activitate trebuie efectuată, chiar și în condițiile în care primele date nu indică un mod de operare, ce prin natura sa, să impună, cu necesitate, apariția unor urme, care să reclame căutarea, fixarea, ridicarea, analizarea și interpretarea lor. Refuzul organului judiciar de a se deplasa la fața locului din comoditate sau ignoranță, lipsește ancheta de una dintre cele mai valoroase activități, prin care pot fi cunoscute date importante, cu privire la infracțiunea cercetată.

5. Trăsăturile caracteristice ale activității de cercetare la fața locului

Trăsăturile caracteristice ale activității de cercetare la fața locului sunt de natură a particulariza și diferenția această activitate de alte activități, efectuate de organele judiciare. Astfel, caracteristic pentru cercetarea la fața locului este faptul că, aceasta se constituie într-o activitate inițială, urgentă, obligatorie și, ca regulă, irepetabilă⁹.

Cercetarea la fața locului este o activitate inițială deoarece, efectuată în cadrul urmăririi penale, se situează la începutul anchetei, cu ea începe, ea constituie debutul cercetării infracțiunilor ce, prin natura lor, fac necesară activitatea.

Urgența, cu care se impune a fi efectuată cercetarea la fața locului, este determinată de pericolul modificării stării și poziției urmelor și mijloacelor materiale de probă, de posibilitatea dispariției sau distrugerii acestora, cu efecte deosebite, ce implică interpretări eronate ale stărilor de fapt, îngreunarea gestionării activității și, în plan general, a întregii anchete.

Obligativitatea efectuării cercetării la fața locului este impusă de însăși rațiunea anchetei penale; perceperea nemijlocită a locului săvârșirii infracțiunii, descoperirea și interpretarea urmelor și a mijloacelor materiale de probă, etc, nu pot fi realizate prin alte activități, iar organele judiciare nu pot sta în expeditivă, ele trebuind să manifeste un rol activ, să intervină specializat, atât în considerarea sarcinilor, pe care le au ca organe calificate ale statului, cât și în considerarea persoanelor interesate în cauză – efectuarea acestei activități în mod superficial, ignorând cerințele de ordin tactic, regulile de descoperire, relevare, ridicare, etc, putând conduce, în cele din urmă, la prejudicierea gravă a intereselor persoanelor, la erori judiciare.

Cercetarea la fața locului este o activitate ce, ca regulă, nu poate fi repetată, datorită intervenției echipei de cercetare în starea inițială a locului de cercetat, ce suferă, astfel, modificări – cu ocazia unei noi cercetări la fața locului, descoperindu-se, în primul rând, urmele echipei care a efectuat prima activitate și numai întâmplător urme care să intereseze cercetarea și care să nu fi fost viciate. Ca excepție, în condiții generate de efectuarea activității în mod incomplet, datorită unor condiții meteo improprie, datorită neincluzerii, în cadrul locului de cercetat, a tuturor porțiunilor de teren pe care este posibil să se găsească urme, de natură a interesa ancheta sau din alte cauze, care să nu impiezeze în mod fundamental asupra locului de cercetat, cercetarea la fața locului poate fi repetată.

Cele arătate au fost expuse în ipoteza efectuării cercetării la fața locului, în cadrul urmăririi penale, așa cum prevede Codul de Procedură Penală¹⁰. Considerăm că, aici, trebuie expuse unele observații, legate de momentul când se efectuează activitatea de cercetare la fața locului.

În considerarea trăsăturilor caracteristice arătate, activitatea de cercetare la fața locului se efectuează înaintea altor activități, cât mai urgent posibil. Se pune, aici, întrebarea, dacă în fiecare caz în parte, efectuarea cercetării la fața locului are loc în momentul în care sunt respectate condițiile formale impuse de lege, în legătură cu existența unui proces penal în desfășurare.

⁹ V. Bercheșan, C. Pletea, Ion Eugen Sandu, *op. cit.*, pag. 30 și 31.

¹⁰ Art. 129 din Codul de Procedură Penală.

Procesul penal începe o dată cu începerea urmăririi penale, printr-un act de dispoziție procesuală, emis de către organul de urmărire penală competent. Pentru aceasta, organul judiciar trebuie să verifice dacă în cauză nu este aplicabil vreunul dintre cazurile de împiedicare a punerii în mișcare a acțiunii penale, prevăzute în art. 10 C.pr.pen.¹¹ Verificarea are la bază informațiile, obținute din cuprinsul actului de sesizare sau din actele, prin care se materializează rezultatele efectuării actelor premergătoare, prevăzute de art. 224 C.pr.pen. În cazul săvârșirii unor infracțiuni de rezultat, cum sunt cele îndreptate împotriva persoanelor sau bunurilor, situație în care apar cu necesitate urme ale acțiunilor efectuate de către făptuitori și de către persoanele vătămate, pentru verificarea necesității dispunerii începerii urmăririi penale, poate fi efectuată cercetarea la fața locului ca act premergător ?

Este adevărat că legea procesual penală definește actele premergătoare ca activități destinate a fi efectuate în scopul obținerii de informații, în vederea dispunerii începerii ori neînceperii urmăririi penale¹². Mai mult, observând că, atât cercetarea la fața locului cât și actele premergătoare se materializează, în principal, prin procese-verbale, ce constituie mijloc de probă; și într-un caz și în celălalt¹³, s-ar putea aprecia că, în practică, din considerente de operativitate, nu trebuie acordată prea mare importanță aspectelor legate de începerea urmăririi penale.

Apreciez că, deoarece activitatea de cercetare la fața locului, prin natura sa și locul de efectuare, poate aduce atingere intereselor legitime, drepturilor fundamentale și libertăților garantate persoanelor, aceasta poate fi efectuată numai în cadrul unui proces penal început. Ca act premergător, se poate verifica sesizarea, se pot lua unele măsuri cu caracter urgent, însă nu se poate desfășura activitatea, ca atare.

În situația cercetării la fața locului, efectuată de către instanța de judecată, lucrurile stau, oarecum, diferit. Activitatea se efectuează cu citarea părților și în prezența procurorului, atunci când participarea acestuia la judecată este obligatorie. Sunt de acord cu cea mai mare parte a doctrinei¹⁴ ce subliniază situația de fapt, caracterizată prin aceea că, activitatea de cercetare la fața locului, efectuată de către instanța de judecată, nu are nici întinderea și nici profunzimea celei efectuate de către organele de urmărire penală, însă, semnificația ei este la fel de mare, instanța având posibilitatea să ia contact direct cu locul unde s-a comis infracțiunea, să observe și să aprecieze, în cunoștință de cauză, rezultatele cercetării anterioare, efectuate de către organele de urmărire penală.

6. Interpretarea rezultatelor cercetării la fața locului

Interpretarea rezultatelor unei activități reprezintă procesul de transformare a datelor obținute, ca urmare a efectuării activității, în elemente de anchetă, concluzii de natură a se constitui în răspunsuri certe și adevărate la problemele anchetei. Interpretarea, ca metodă a înțelegerii, poate fi acceptată ca modalitate prin care se atribuie și se construiesc semnificații, ca urmare a unui proces complex și deschis prin care se realizează în un permanent dialog între teorie și experiment; premerge sau face parte din însăși conținutul și sfera identificării criminalistice¹⁵. Legat de noțiunea de interpretare trebuie reținut atât sensul de căutare a semnificației reale a urmei, cât și cel de explicare, într-un limbaj accesibil, a rezultatului la care s-a ajuns.¹⁶

¹¹ Art. 228 alin.1 din Codul de Procedură Penală.

¹² Art. 224 din Codul de Procedură Penală.

¹³ Art.131, respectiv art. 224 alin. 2 din Codul de Procedură Penală.

¹⁴ În același sens a se vedea și E. Stancu, *op. cit.*, pag. 8.

¹⁵ S. Alamoareanu, N. Zamfirescu, *Introducere în interpretarea fenomenologică a urmelor*, Editura Alma Mater, Cluj-Napoca, 2003.

¹⁶ Ghe. Pășescu, *Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei*, Editura Național, București, 2000.

Problemele, la rezolvarea cărora poate contribui efectuarea cercetării la fața locului, într-o exprimare generică, sunt: unde s-a săvârșit fapta penală; când s-a săvârșit fapta penală; cum a fost săvârșită fapta penală; cine a comis fapta penală; de ce s-a săvârșit fapta penală.

Unde s-a săvârșit fapta penală. Cunoașterea locului, unde s-a săvârșit fapta penală, constituie un indiciu valoros pentru formarea corectă a cercului de suspecti. De la caz la caz, vor fi avute în vedere persoanele ce domiciliază, își au reședința ori își desfășoară activitatea în apropierea acestuia sau în zona limitrofă, persoanele ce frecventează anumite locuri din zonă, care își au locul de întâlnire cu persoane din cercul social în vecinătatea locului unde s-a comis fapta, etc., de fiecare dată, trebuind acordată o atenție specială persoanelor cu un trecut infracțional ori predispușe la comiterea unor fapte de natură penală. De asemenea, zona, pe care se va organiza activitatea de strângere de informații, va avea ca epicentru locul săvârșirii infracțiunii. Identificarea martorilor oculari precum și identificarea altor categorii de persoane ce pot furniza date legate de activitățile desfășurate de făptuitori înainte, în timpul și după comiterea faptei, traseul urmat de făptuitori pentru a părăsi zona, etc., are ca punct de plecare tot locul unde s-a săvârșit fapta.

Când s-a săvârșit fapta penală. Efectuându-se cercetarea la fața locului, pentru determinarea intervalului de timp, în care s-a săvârșit fapta de natură penală, se va acorda o atenție deosebită examinării unor aspecte precum: timpul indicat de orologiu sau ceasul de mână purtat de victimă (la ce oră s-au oprit acestea) în cazul unei infracțiuni săvârșită cu violență; dacă arde focul în sobă și dacă mâncarea s-a răcit; dacă sursele de lumină funcționează și care dintre acestea; poziția perdelelor de la ferestre; aspectul vechi sau proaspăt al pâinii; prezența sau absența stropilor de apă în chiuvetă, baie sau în apropierea găleții, umiditatea prosopului și a săpunului; filele nerupte ale calendarului; faptul neridicării de la o anumită dată a corespondenței; prezența hainelor groase sau a pijamalei pe cadavru; consistența noroiului de pe încălțăminte existentă în încăpere. Toate aceste date trebuie raportate la obiceiurile persoanei vătămate și la modul în care își repartiza aceasta timpul de lucru și de odihnă din zi.

Cum a fost săvârșită fapta penală. Determinarea acestui aspect presupune interpretarea corectă a întregului complex de urme, prin prisma importanței ce se acordă în anchetă, pentru analiza felului sau modului cum s-a săvârșit fapta penală, în vederea identificării făptuitorilor și probarea activității infracționale sub toate aspectele importante ale sale, vor fi prezentate, în continuare, unele considerații privind noțiunile de *iter criminis*, *modus operandi* și *punctum saliens*.

Iter criminis, din punct de vedere noțional, este acceptat ca fiind, în fapt, drumul, calea, traiectoria, parcursul străbătut de către făptuitori, în realizarea rezoluției, hotărârii infracționale, din faza actelor pregătitoare până la consumarea infracțiunii. Este recunoscut în doctrină că acțiunea criminală, în desfășurarea ei, parcurge mai multe etape. Actualitatea relevă patru faze ale acțiunii criminale: faza luării hotărârii; faza actelor de pregătire; faza executării; faza producerii urmărilor.

Modus operandi – modul de operare, poate fi definit ca fiind acel complex de activități, deprinderi și procedee folosite, ce caracterizează activitatea unui infractor înainte, în timpul și după comiterea unei infracțiuni intenționate; poate fi acceptat ca o veritabilă amprentă ce pe care și-o pune acel complex de elemente cu naturi diferite, ce definește individualitatea fiecărei persoane în parte, asupra comportamentului său, inclusiv asupra comportamentului criminal, conferindu-i acestuia particularități ce, analizate, pot conduce până la identificarea făptuitorului.

Punctum saliens sau punctul caracteristic, este acel element ce particularizează un mod de operare. Probabil, aici, devine util să înțelegem modul de operare într-un mod asemănător cu cel în care acceptăm o creație populară. Există, în ipoteză, necesitatea de a face ceva. Este conceput un mod de a realiza acest obiectiv, un așa-numit „know-how”, ce este asimilat, în timp, de mai multe persoane interesate în realizarea obiectivului. Fiecare dintre persoanele, ce vor folosi același mod de operare la săvârșirea unei infracțiuni, asimilând modul de operare, instinctual, dacă nu conștient, va

încerca, pe de o parte să-l perfecționeze, să-l particularizeze, sau poate, mai degrabă, să-l personalizeze, astfel încât să-l adapteze la caracteristicile personale, atât cele fizice cât și la cele de natură psiho-comportamentală. Tocmai rezultatul acestei adaptări al modului de operare constituie *punctum saliens*.

Cine a comis fapta penală. Păstrând urmele săvârșirii infracțiunii, perimetrul pe care îl cercetează echipa va păstra, în primul rând, urmele participanților. Dacă în materia modului de operare, puntea de legătură cu activitatea de cercetare la fața locului, în sens restrâns, o constituie, în primul rând, urmele instrumentelor folosite de către participanți la săvârșirea infracțiunii, acum și aici, ar fi prilejul pentru a se discuta, cu prioritate, despre înșeși urmele lăsate de corpul uman.

De ce s-a săvârșit fapta penală. Prezența mobilului și scopului în săvârșirea oricărei infracțiuni este un indiciu de normalitate psihică a făptuitorului – lipsa unui scop sau mobil comprehensibil constituie un indiciu de anormalitate care, în anchetă, îngreunează semnificativ identificarea făptuitorului iar, în măsura în care se realizează identificarea acestuia, pune problema responsabilității juridice a individului.

7. Fixarea rezultatelor cercetării la fața locului.

Fixarea rezultatelor cercetării la fața locului se face, potrivit art.131 C.pr.pen., într-un proces verbal de cercetare la fața locului, la care se pot anexa schițe, desene sau fotografii, ori alte asemenea lucrări, cum sunt, bunăoară, rolele din film sau benzile videomagnetice.

Procesul-verbal încheiat în vederea fixării rezultatelor cercetării la fața locului se numără printre mijloacele de probă cu o semnificație deosebită în soluționarea cauzei penale. El trebuie să corespundă anumitor cerințe, o bună parte stabilite în mod expres de legiuitor.

Din punctul de vedere al formei și cuprinsului, procesul-verbal va conține următoarele mențiuni, indicate în art. 91 C.pr.pen.: data și locul unde este încheiat; numele, prenumele și calitatea celor care îl încheie; numele, prenumele și adresa martorilor asistenți, când există; descrierea amănunțită a celor constatate, precum și a măsurilor luate; numele, prenumele, ocupația și adresa persoanelor la care se referă procesul-verbal, obiectiile acestora; mențiunile prevăzute de lege pentru cazurile speciale.

Raportându-ne la structura procesului-verbal - formată dintr-o parte introductivă, o parte descriptivă și o încheiere – subliniem ponderea părții descriptive, însăși legea procesual penală impunând necesitatea descrierii amănunțite a situației locului, a urmelor găsite, a obiectelor examinate și a celor ridicate, a stării și poziției celorlalte mijloace materiale de probă, astfel încât acestea să fie redată cu precizie și, pe cât posibil, cu dimensiunile respective (art.131 C.pr. pen.). Procesul-verbal trebuie redactat în termeni clari și preciși, „astfel încât lectura sa să poată reda întocmai imaginea locului faptei și pentru aceia care nu au participat la cercetarea la fața locului.

Pe plan tactic criminalistic este necesar, mai întâi, ca la redactarea părții descriptive să fie avute în vedere următoarele elemente :

a. Descrierea locului faptei va fi făcută în mod amănunțit, interesând aspectul de ansamblu al acestuia, dimensiunile, topografia sa și dispunerea față de punctele cardinale, precum și față de alte puncte de reper mai apropiate, drumurile și căile de acces și alte particularități.

b. Descrierea urmelor, a mijloacelor materiale de probă, a altor obiecte examinate și ridicate va fi efectuată detaliat, pe lângă denumirea lor exactă, indicându-se cu precizie locul în care au fost găsite, distanțele dintre ele sau până la obiectele principale, forma, dimensiunea, culoarea, alte caracteristici fizico-chimice sau particularități de identificare, precum și metodele tehnico-științifice criminalistice folosite pentru descoperirea, fixarea și ridicarea acestora.

c. Menționarea în procesul-verbal a oricărui element particular al cercetării, elemente cum sunt, de exemplu, împrejurările negative. În această alternativă nu trebuie omisă menționarea acțiunilor întreprinse în direcția clarificării și explicării lor.

d. Dacă există anumite observații ale expertului sau martorilor asistenți cu privire la consemnarea celor de mai sus, ele vor fi inserate în procesul-verbal.

e. Din cuprinsul procesului-verbal nu trebuie omise mențiunile privind consecințele sau pagubele produse de faptele infracționale cercetate, indiferent de natura lor.

Se va menționa ora începerii și ora terminării cercetării la fața locului, după care procesul-verbal va fi semnat de către organul judiciar și de către martorii asistenți, pe fiecare pagină, locurile rămase libere fiind barate.

Referitor la conduita tactică urmată în redactarea procesului-verbal, considerăm necesar să subliniem că acesta, pentru a-și îndeplini întru totul rolul de mijoc de probă, va trebui să fie redactat nu numai potrivit legii, ci și conform cu anumite cerințe, cum ar fi : prezentarea obiectivă, completă și clară a rezultatelor cercetării, folosirea unui mod de exprimare riguros, exact, precis și concis, descrierea celor constatate în ordinea în care s-a desfășurat cercetarea la fața locului.

Schița locului faptei, denumită și plan-schiță, este destinată fixării și prezentării, în ansamblu, a locului faptei, a modului în care sunt dispuse, în plan, obiectele și urmele infracțiunii, precum și a distanțelor sau a raportului de poziție dintre acestea. Principalul rol al schiței locului faptei este acela de a facilita formarea unei imagini cât mai apropiate de realitate asupra scenei infracțiunii, astfel încât constatările cuprinse în procesul-verbal să fie clar înțelese.

Din punct de vedere al tehnicii, modalitățile de efectuare a schiței pot fi împărțite în două categorii, după cum se respectă sau nu proporțiile dintre dimensiunile reale și reprezentările grafice.

Planul-schiță, executat la scară, în care sunt respectate riguros proporțiile dintre dimensiunile reale ale suprafețelor, distanțelor, etc. și reprezentările acestora din plan.

Desenul schiță se realizează, de regulă, printr-o simplă desenare a locului faptei, fără să se respecte cu rigurozitate proporțiile dintre dimensiunile reale și reprezentările grafice, însă tot pe baza măsurătorilor executate la fața locului și prezentate în schiță.

Fotografiile și înregistrările video judiciare

Fotografia judiciară executată la fața locului se numără printre cele mai importante mijloace de fixare a rezultatelor cercetării, deși este considerată drept o modalitate auxiliară procesului-verbal. Fotografia la fața locului include fotografia de orientare, fotografiile schiță, fotografia obiectelor principale, fotografiile de detaliu și măsurătorile fotografice.

a. Fotografia de orientare este destinată fixării întregului loc al faptei, raportat la anumite puncte de reper de natură să servească la identificarea zonei în care s-a săvârșit infracțiunea.

b. Fotografiile schiță servesc la redarea, în primul rând, a locului faptei, cu tot ce are el mai caracteristic, redarea în întregime sau în parte a locului respectiv, în funcție de varianta în care este executată.

c. Fotografia obiectelor principale, cum sunt, de exemplu, corpul victimei, instrumentele folosite de autor în săvârșirea infracțiunii, mijloacele materiale de probă ș.a.

d. Fotografiile de detaliu, necesare punerii în evidență a urmelor, a detaliilor caracteristice ale acestora, a modului în care sunt dispuse pe suprafața obiectului purtător, a modificărilor, degradărilor, etc. produse prin săvârșirea infracțiunii.

Înregistrarea video judiciară se înscrie printre metodele moderne de fixare a rezultatelor cercetate la fața locului, devenite, în prezent indispensabile în cazurile deosebite (omor, distrugerii provocate de explozii și incendieri, accidente feroviare, aeriene, etc.).

Înregistrările foto și video digitale, vor deveni în scurt timp un mijloc generalizat, nu numai de fixare a imaginilor, ci și de examinare efectivă. Ne referim la folosirea tehnicilor informatice care conduc la creșterea operativității, inclusiv în identificări de persoane sau de obiecte.

Concluzii

Cercetarea la fața locului se înscrie printre activitățile ce constituie în mod esențial la realizarea scopului procesului penal. Întodeauna, în fiecare caz, pentru a afla adevărul, este necesar să se ia în considerare fiecare indiciu, probă sau dovadă găsite la fața locului, iar parcurgând fiecare etapă decrisă în lucrarea de față se va ajunge la un rezultat propice pentru rezolvarea infracțiunii săvârșite.

Referințe bibliografice

- Emilian Stancu, *Tratat de criminalistică*, Editura Universul Juridic, București, 2001
- Emilian Stancu, *Tratat de criminalistică*, Editura Universul Juridic, București, 2002
- Constantin Aionitoaie, Vasile Bercheșan și Ion.N.Dumitrescu, *Tratat de metodică criminalistică*, Editura Carpați, Craiova, 1994
- Gabriel Ion Olteanu, *Considerații cu privire la tactica efectuării cercetării la fața locului*, Editura AIT Laboratories s r.l, București, 2004
- V. Lepăduși, S. Grejdinoiu, *Considerații privind investigarea criminalistică a locului faptei* lucrare apărută sub egida Asociației Criminaliștilor din România în 2004
- Vasile Bercheșan, *Cercetarea penală*, Editura Icar, București, 2002

Am consultat și:

- Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Alexandru Lefter, Ion Tun, Ion Dinu, *Cercetarea penală: aspecte teroretice și practice*, Editura Global Print, 1999
- Ghe. Pășescu, *Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei*, Editura Național, București, 2000
- Ion Angheliescu, Considerații asupra cercetării la fața locului, în *Revista Română de Drept*, nr. 2, 1973
- Gabriel Ion Olteanu, Marin Ruiu, *Tactică Criminalistică*, Editura AIT Laboratories s r.l, București, 2009.

RECONSTITUIREA

Ionuț Adrian ATITIENEI¹

Abstract

The judicial reconstruction mimics the way in which a crime takes place, through the experimental reproduction of facts and circumstances, of the way in which these occurred, taking into account time and space conditions. Moreover, the judicial reconstruction can reproduce a fact or phenomenon to verify if these could or could not happen. As a proof method, the judicial reconstruction consists of imitating, in whole or in part, the conditions in which a crime was committed, through the experimental reproduction of the facts or circumstances related to the moment of the crime so as to confirm the truthfulness of the evidence. All the research of the judicial bodies is recorded in the judicial reconstruction official report, official report that must include a wide and exact description of the activities experimentally reproduced, the conditions in which these were conducted and the final results. The penal investigator establishes the necessity and the objective of the judicial reconstruction, schedules and manages the activities, materializes, interprets and uses the results during the research. The judicial reconstruction can be conducted both during the prosecution and the trial phase, but it must take place at the scene of the crime, so as to prevent that certain elements linked to the way in which the crime happened suffer any alterations.

Cuvinte-cheie: reproducere, verificare, procedeu probatoriu, aflarea adevărului, probe.

1. Introducere

Reconstituirea reprezintă o modalitate de aflare a adevărului, fiind reglementată în legislația noastră procesual penală din necesitatea statuării prin lege a unui procedeu cu caracter probator în vederea aflării adevărului atât cu privire la fapte cât și cu privire la împrejurările cauzei.²

Reconstituirea este procedeu probatoriu care constă în reproducerea în întregime sau în parte a modului și a condițiilor în care a fost săvârșită fapta³.

Acest procedeu probatoriu presupune o reproducere experimentală, integrală sau doar în parte a unor fapte ori împrejurări ce au avut loc în timpul săvârșirii infracțiunii, pentru a constata dacă rezultatele acestor fapte ori împrejurări se coroborează cu celelalte probe administrate. În acest sens, putem lua ca exemplu situația în care prin reconstituire se verifică dacă făptuitorul, potrivit declarațiilor acordate organelor de cercetare penală, avea, în momentul săvârșirii faptei, deprinderile și aptitudinile necesare escaladării unei clădiri, falsificării unor acte sau dacă avea aptitudinile fizice necesare pentru a transporta obiecte voluminoase ori pentru a imobiliza victima fără ajutorul altor persoane.

Începerea sau nu a procedurii de reconstituire rămâne la latitudinea organului judiciar penal care va opta pentru începerea procedurii de reconstituire doar în cazul în care acesta găsește că este necesar în vederea verificării sau precizării unor date. Drept exemplu putem lua cazurile în care organul judiciar procedează la reconstituire în vederea verificării modului prin care s-a pătruns într-o locuință sau verificării modului în care s-a acționat la săvârșirea unor infracțiuni de tâlhărie.

¹ Student anul III, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București. Lucrarea a fost elaborată sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin și av. Cătălin Oncescu.

² **Vintilă Dongoroz**, Noul cod de procedură penală și codul de procedură penală anterior, prezentare comparată, București, 1969, pag. 81.

³ Conform art. 130 C.pr.pen., (1) Organul de urmărire penală sau instanța de judecată, dacă găsește necesar pentru verificarea și precizarea unor date, poate să procedeze la reconstituirea la fața locului, în întregime sau în parte, a modului și a condițiilor în care a fost săvârșită fapta. (2) Reconstituirea se face în prezența învinutului sau inculpatului.

Reconstituirea ajută la explicarea modului în care se formează unele categorii de urme precum și la demonstrarea faptelor simulate. De exemplu, în cazul unui furt calificat dintr-o locuință se poate demonstra, în cadrul reconstituirii, posibilitatea sau imposibilitatea făptuitorului de a sustrage bunuri de mari dimensiuni prin geamuri ori alte deschizături de mici dimensiuni, ori în cazul în care nu se găsesc urme care în mod firesc ar fi trebuit să apară în locuri situate pe direcția din care s-a acționat cu instrumentul cu care s-a spart geamul sau prin care s-a pătruns în încăpere. În cazul în care au fost folosite la săvârșirea infracțiunii arme de foc, se pot face trageri experimentale în cadrul expertizei armelor de foc pentru a se stabili modul de funcționare al armei.

Unii autori, consideră că reconstituirea este o activitate procedurală auxiliară, mai precis, au considerat că reconstituirea este un procedeu destinat realizării scopului procesului penal, însă raportată la acte activități procedurale.⁴

Alți autori consideră reconstituirea ca fiind o formă auxiliară a cercetării la fața locului, în sensul că prin aceasta se poate verifica dacă faptele și împrejurările infracțiunii s-au săvârșit într-un anumit mod⁵.

În prezent, doctrina a optat pentru cea de-a doua formulare și consideră că reconstituirea reprezintă o formă auxiliară a cercetării la fața locului deoarece imită însuși modul de săvârșire a unei infracțiuni.

În această ordine de idei, reconstituirea reprezintă o activitate procedurală auxiliară, care constă în reproducerea experimentală a unor fapte și împrejurări sau a întregului mecanism de săvârșire a infracțiunii, în vederea stabilirii, prin mijlocirea experimentelor sau a modului de producere, respectând condițiile determinate de spațiu și timp a unui fapt sau fenomen ce gravitează în jurul infracțiunii, ori în vederea precizării dacă un anumit fapt ori fenomen a putut sau nu avea loc.

Obiectul reconstituirii poate consta în refacerea drumului parcurs de făptuitor pentru a se îndepărta de locul săvârșirii infracțiunii. În acest caz reconstituirea va fi obligatorie dacă din declarațiile făptuitorului, ale martorilor oculari ori ale părții vătămate reies că pe traseul parcurs de făptuitor după săvârșirea infracțiunii, acesta a ascuns, a abandonat sau a pierdut bunurile, valorile ori orice produs al activității ilicite, instrumente ce au fost întrebuințate la săvârșirea faptei, precum și orice alte obiecte dacă conțin sau poartă urme ale săvârșirii infracțiunii. În această situație, reconstituirea va fi precedată de o cercetare la fața locului, iar rezultatele cercetării vor fi consemnate într-un proces-verbal.

Faptele și împrejurările care pot face obiectul reproducerii pe cale experimentală pot fi foarte diversificate, însă din punctul de vedere al conținutului lor, acestea ar putea fi clasificate în următoarele categorii:

Prima categorie ar putea conține toate faptele, situațiile, activitățile, fenomenele legate de mecanismul prin care s-a produs infracțiunea, în sensul stabilirii împrejurării dacă în condiții de loc și timp date, aceste fapte puteau sau nu avea loc, iar în cazul în care în urma reconstituirii, răspunsul este afirmativ, în sensul că faptele și situațiile reproduse pe cale experimentală puteau avea loc, se poate acționa în vederea stabilirii condițiilor în care s-au produs sau dacă un anumit fapt ori fenomen putea produce un anumit rezultat.

A doua categorie ar putea conține toate experimentele prin care se verifică dacă exista posibilitatea subiectivă de efectuarea anumite activități de către cei care, în diverse calități, au participat la săvârșirea infracțiunii sau acele experimente prin care se urmărește verificarea sincerității declarațiilor acestora.

⁴ *Vintilă Dongoroz*, Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală. Vol. I, Editura Academiei Române, București, 1975, pag. 293.

⁵ *Aurel Ciopraga*, Criminalistică. Elemente de tactică, Universitatea A.I. Cuza, Facultatea de Drept, Iași, 1986, pag. 67.

Contribuția însemnată pe care reconstituirea o are la soluționare justă a incertitudinilor legate de o infracțiune sau de făptuitorului acesteia, se materializează într-o utilizare frecventă în practica organelor judiciare a acestui procedeu, utilizare care poate fi analizată sub un triplu aspect:

- ca mijloc de verificare a probelor obținute prin cele mai variate activități și mijloace de probă (cercetări la fața locului);
- ca mijloc de verificare a veridicității declarațiilor (declarații ale invinuitului, inculpatului sau ale martorilor oculari);
- ca mijloc de obținere a unor noi probe (percheziții).

2. Felurile reconstituirii

În literatura de specialitate există următoarele clasificări ale reconstituirii: reconstituirea în vederea verificării declarațiilor martorilor; reconstituirea în vederea verificării declarațiilor învinuitului sau inculpatului prin care se urmărește în primul rând posibilitatea producerii unor anumite acțiuni în condițiile date ale infracțiunii; reconstituirea tabloului de ansamblu al infracțiunii, a principalelor momente și episoade în succesiunea producerii lor.

2.1. Reconstituirea în vederea verificării declarațiilor martorilor. Se recurge la acest procedeu în situația în care există dubii cu privire la percepția exactă a faptelor, a împrejurărilor sau a episoadelor ce privesc o anumită acțiune. Acest procedeu experimental constă în reproducerea, parțială sau totală, a celor declarate de către învinuit, inculpat sau parte vătămată, după caz.

Avantajul acestui tip de reconstituire reprezintă stabilirea modului în care s-au produs în timp unele acte și reactivarea procesului memorial al persoanelor audiate⁶.

Într-o altă opinie⁷ reconstituirea declarațiilor martorilor constă în acea modalitate prin care sunt verificate aptitudinile subiective de percepție ale martorilor în condițiile factorilor obiectivi din momentul în care a avut loc percepția.

În doctrină se face distincție între reconstituirea pentru verificarea condițiilor de audiere și reconstituirea pentru verificarea condițiilor de vizibilitate deoarece rolul în formarea declarațiilor martorilor revine analizatorilor vizuali și auditivi⁸.

Reconstituirea este efectuată în vederea verificării posibilităților de percepție a subiecților, mai ales în privința percepției vizuale sau auditive, în condițiile în care existau anumiți factori care ar fi putut influența acest proces de percepție.

Prin verificarea posibilității subiecților de percepție auditivă sau vizuală se au în vedere factorii meteorologici, de distanță, particularitățile locului în care s-a făcut percepția, prin urmare se au în vedere, în principal, factorii obiectivi, dar se au în vedere, în același timp, și factorii subiectivi, cum ar fi, gradul de concentrare a atenției sau calitatea organelor de simț.

Verificarea condițiilor de audiere. Este necesară verificarea, pe cale experimentală bineînțeles, a fenomenelor sonore percepute de martori și se impune această verificare dacă în momentul comiterii infracțiunii sau în momentul percepției au existat condiții cu totul improprii pentru a fi posibilă vizualizarea sau au existat condiții care au făcut ca percepția vizuală să nu poată avea loc sau să fie incertă. De exemplu în timpul nopții ne aflăm în condiții cu totul improprii pentru vizibilitate, în aceeași ordine de idei, ne aflăm în situația unor condiții improprii de vizibilitate când ne aflăm în prezența unor fenomene atmosferice cum ar fi ploaia torențială, ceața sau viscolul.

Totodată, mai există situația în care avem condiții proprii de vizibilitate dar nu este posibilă perceperea unui fenomen din cauza impunerii unor obstacole sau din cauza distanței față de locul

⁶ *Emilian Stancu*, Tratat de criminalistică, Editura Universul Juridic, București, 2007, pag. 504.

⁷ *Aurel Ciopraga*, Criminalistică, Editura Junimea, Iași, 2001, pag. 302.

⁸ *Aurel Ciopraga*, Criminalistică, Tratat de tactică criminalistică, Editura Gama, Iași, 1996, pag. 93.

producerii fenomenului a martorilor, în aceste situații faptele pot fi percepute numai auditiv în timp ce vizual nu este posibil.

În momentul reproducerii acestor fenomene sonore trebuie să fie respectate condițiile existente în momentul percepției inițiale, astfel încât reproducerea pe cale experimentală a fenomenelor sonore să fie efectuată în condiții apropiate sau cât mai apropiate de cele existente în momentul percepției. În același timp trebuie respectate condițiile de loc și timp, dar și condițiile privind intensitatea sau natura fenomenului sonor, direcția de propagare precum și distanța de la care a fost perceput fenomenul sonor.

Verificarea condițiilor de vizibilitate. Atunci când faptele au fost percepute în mod exclusiv vizual sau vizual și auditiv, se poate apela la reconstituirea în sensul verificării condițiilor de vizibilitate, fără însă a se face distincție între modul în care s-a desfășurat percepția, în sensul că percepția s-a desfășurat în condiții proprii sau improprii de vizibilitate.

Cu toate acestea, chiar dacă percepția s-a desfășurat în condiții proprii de vizibilitate, reproducerea poate fi impusă de consecințele posibile ce decurg din faptul a cărui restabilire se încearcă prin reconstituire. În acest context, putem da drept exemplu speța în care un martor susținea că a reținut, de la distanța de 300 m, numărul unui autovehicul care a părăsit în fugă locul accidentului. Ori în acest caz se poate explica în mod firesc neîncrederea organului judiciar în cele declarate de către martorul ocular. Reconstituirea fiind mijlocul cel mai potrivit pentru a înlătura dar și pentru a proba această neîncredere.

Reținem că în exemplul de mai sus nu ne-am aflat în situația unor condiții improprii de vizibilitate. În aceste împrejurări, în care percepția se desfășoară în condiții cu totul improprii de vizibilitate sau doar improprii de vizibilitate, este mai justificată necesitatea efectuării reconstituirii în vederea verificării veridicității afirmațiilor martorilor.

În acest sens luăm drept exemplu cazul unei infracțiuni de omor, săvârșită prin întrebuintarea unei arme de foc, în care s-a verificat prin reconstituirea veridicitatea declarației învinutului potrivit căreia, din locul în care a executat tragerea, dată fiind conformația terenului, nu a avut posibilitatea de a observa că victima este o persoană.

Obiectul acestui tip de reconstituire îl reprezintă verificarea pe cale experimentală a posibilităților de percepție vizuală, de regulă a infractorului, a acțiunilor întreprinse de acesta în vederea săvârșirii infracțiunii precum și a obiectelor prin intermediul cărora a săvârșit infracțiunea. Veridicitatea percepției vizuale în cazul obiectelor va fi determinată de mărimea, forma, culoarea acestora, de asemenea, și de faptul că acestea au fost percepute în condiții statice sau de mișcare, ori în funcție de raporturile de distanță dintre obiecte și cel care le percepe.

Este necesar ca această activitate să fie efectuată în condiții de vizibilitate conforme sau cât mai apropiate cu cele existente în momentul percepției inițiale în vederea efectuării unei juste reconstituirii în care se verifică în ce măsură percepția a fost sau nu posibilă.

Un exemplu elocvent este situația în care s-a impus verificarea veridicității declarației unui martor care susținea că nu a auzit țipetele victimei lovite în mod repetat de soțul acesteia cu un cuțit, cu toate că, în urma unei expertize medico-legale, s-a demonstrat că martorul avea o acuitate auditivă ce se încadra în parametrii normali, și se afla în apartamentul vecin iar grosimea zidului despărțitor permitea propagarea unor sunete chiar și de mică intensitate.⁹

2.2. Verificarea posibilităților săvârșirii unor anumite acțiuni, în condițiile concrete ale infracțiunii cercetate. Această metodă de reconstituire este necesară pentru verificarea împrejurărilor controversate de la locul faptei. Prin aceasta se verifică procesul de formare al probelor și se mai verifică dacă anumite acțiuni au putut sau nu avea loc, ținând cont de condițiile în care s-a săvârșit infracțiunea respectivă.

⁹ *Emilian Stancu*, *Tratat de criminalistică*, Editura Universul Juridic, București, 2007, pag. 504.

În acest sens, prin reconstituire se verifică, în cazul infracțiunii de furt, dacă persoanele bănuite puteau să pătrundă prin geamul spart, sau dacă puteau să sustragă bunurile prin acel loc. Dacă, avându-se în vedere constituția fizică a acestora s-a desfășurat acțiunea conform declarațiilor lor sau au fost ajutate și de alte persoane (copii). Tot prin această metodă se verifică și dacă bunurile au putut fi cărate doar de o singură persoană sau dacă au fost necesare și mijloace de transport ori complici¹⁰.

Într-o speță, organele de urmărire penală, au stabilit prin intermediul reconstituirii că, în cauza respectivă, furtul nu a fost săvârșit de către autorii indentificați în acel moment, ci, autorul, era chiar denunțatorul care a înscenat furtul.

Astfel, proprietarul locuinței plecase din sat de mai mulți ani și lucra în portul Constanța, unde realiza venituri ce stârneau invidia fratelui său rămas să-i păzească reședința, în care depozitase bunuri de valoare însemnată. După ce a sustras bunurile de valoare mare și vloum mic, a făcut un balot mare cu îmbrăcăminte și lenjerie de pat și de corp și l-a depus în grădina din spatele casei, pentru a crea convingerea că a fost abandonat de autorii furtului. În același scop, a forțat geamul locuinței, producând numeroase cioburi de sticlă, apoi a reclamat că bunurile de valoare au fost sustrate de persoane din sat, cunoscute cu antecedente și recent eliberate din locul de deținere. Întrucât versiunea furtului nu era confirmate de probe edictive, iar persoanele bănuite negau vinovăția, s-a procedat la efectuarea reconstituirii, avându-se în vedere și unele împrejurări negative observate la locul faptei; praful la nivelul geamului, inclusiv pânza de păianjen erau neatinsse, cioburile de sticlă nu erau căzute în interiorul încăperii ci pe prispa casei. Mai mult de atât încercarea de a scoate pe geam balotul cu obiectele pretins abandonate s-a dovedit imposibilă.

În aceste împrejurări și prin intermediul reconstituirii, denunțatorul nu a avut altă soluție decât să recunoască că el furase bunurile și le depozitase la locuința fiului său, aflată în același sat¹¹.

3. Procedura reconstituirii

Reconstituirea poate fi efectuată atât în faza de urmărire penală, cât și în faza de judecată. de către organele de urmărire penală sau de către instanța de judecată, după caz.

Reconstituirea, ca procedeu probatoriu, se face întotdeauna în aceleași condiții de timp și spațiu în care s-a săvârșit infracțiunea. În vederea realizării unei juste reconstituirii, trebuie respectate întocmai condițiile în care s-a săvârșit infracțiunea, iar pentru a face aceasta, este necesar ca reconstituirea să fie efectuată chiar la locul săvârșirii faptei deoarece numai acest loc oferă condițiile cerute pentru verificarea modului în care a fost săvârșită infracțiunea.

Efectuarea reconstituirii în alt loc ar putea duce la modificarea elementelor legate de modul în care a fost săvârșită infracțiunea, iar orice schimbare poate duce la împiedicarea aflării adevărului și, implicit, reconstituirea nu mai este capabilă să-și atingă scopul.

4. Efectuarea reconstituirii.

Participanții la reconstituire, cei care au fost prezenți la săvârșirea faptei sau cei ale căror declarații sunt verificate, respectiv, învinuții, inculpații, martorii, sunt întrebați în momentul efectuării reconstituirii și în momentul în care se află la locul reconstituirii dacă consideră ca fiind corespunzătoare condițiile în care urmează să se desfășoare reconstituirea, dacă sunt conforme cu cele din momentul în care a fost săvârșită fapta.

Dacă există obiecții, acestea trebuie avute în vedere, fără însă a nu lua în considerare natura obiecțiilor, posibilitățile din momentul efectuării reconstituirii, în concluzie este necesar ca măsurile

¹⁰ *Camil Suciu*, *Criminalistică, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1972, pag. 530.*

¹¹ *Aurel Ciopraga, Ioan Iacobuță*, *Criminalistică, Editura Junimea, Iași, 2001, pag. 305-306.*

corespunzătoare să fie luate pentru ca reconstituirea să fie efectuată în condiții foarte apropiate de cele în care s-a produs fapta și a căror verificare se urmărește.

Dacă nu există obiecții cu privire la condițiile desfășurării reconstituirii și după ce a fost asigurată respectarea tuturor condițiilor se va începe reconstituirea, adică se va trece la realizarea activităților stabilite în funcție de scopul și felul reconstituirii.

Obiecțiile participanților, măsurile luate de către organul de urmărire penală, activitățile care se execută, numărul repetărilor și rezultatele obținute trebuie să fie consemnate în procesul-verbal de reconstituire și să fie notate și de către cel care conduce reconstituirea.

4.1. Participanții la reconstituire

Organele de urmărire penală ocupă locul principal în rândul participanților la reconstituire. Obligațiile acestuia constau în stabilirea necesității și a scopului efectuării reconstituirii, precum și a felului reconstituirii, fixarea persoanei care conduce activitățile ce vor fi executate, materializarea, aprecierea și folosirea în cursul reconstituirii a rezultatelor obținute.

Părțile sunt invitate la reconstituire numai atunci când este necesar, prezența lor fiind facultativă. Reprezentarea, atunci când au fost încunoștințate părțile, nu împiedică efectuarea reconstituirii, apărătorul, învinuitul sau inculpatul, având dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală. Cu toate acestea, lipsa apărătorului nu va împiedica efectuarea reconstituirii, atât timp cât există dovada că apărătorul a fost încunoștințat de data și ora efectuării reconstituirii¹².

În ce privește celelalte persoane, acestea trebuie să respecte regula care impune ca la reconstituire să participe persoanele prezente la producerea faptului ale cărui împrejurări se reproduc sau autorii declarațiilor ce se verifică ori se precizează.

Reconstituirea se efectuează întotdeauna în prezența a doi martori, în afară de cazul când prezența acestora nu este posibilă. Martorii asistenți trebuie să constate modul în care se execută activitățile de reconstituire precum și rezultatul acestora. Aceștia trebuie să aibă un rol activ, din acest motiv la alegerea martorilor asistenți se impune, de regulă, ca aceștia să fie persoane cu o pregătire și experiență suficiente pentru a înțelege ceea ce se întreprinde, deoarece prezența acestora este necesară pentru a aduce completări sau de a face observații ori precizări cu privire la modul în care s-a desfășurat reconstituirea și să consemneze rezultatele obținute. Pe cât posibil, martorii asistenți trebuie aleși, în principal, pe baza criteriului profesional.

Învinuitul sau inculpatul va participa la reconstituire doar dacă se verifică prin aceasta propriile lui declarații, acesta neputând fi obligat să participe la reconstituire, mai ales în cazul în care se afirmă nevinovăția lui.

Participarea martorilor oculari ai infracțiunii ori a persoanei vătămate se face în rolul de a ajuta organul de urmărire penală pentru a amenaja locul faptei în sensul de a corespunde cu condițiile existente în momentul săvârșirii faptei și de a da explicațiile, îndrumările convenite în ceea ce privește desfășurarea activităților.

În cazul în care, reconstituirea are ca scop verificarea declarațiilor martorilor sau a altor persoane ori chiar a părții vătămate, acestea pot participa nemijlocit la desfășurarea reconstituirii, în sensul de a demonstra modalitatea în care s-au desfășurat acțiunile. În aceste situații, participarea acestor persoane este necesară pentru a fi verificate relatările acestora, ținând cont de faptul că posibilitățile de percepere și fixare în memorie diferă de la persoană la persoană, chiar și atunci când se respectă întocmai condițiile de vizibilitate, audibilitate sau cele atmosferice.

În cazul în care persoana vătămată a decedat sau se află într-o stare gravă care nu îi permite deplasare la locul reconstituirii, se poate apela la o altă persoană, cu aceeași constituție fizică, stare a

¹² *Codul de procedură penală, articolul 172:* (1) În cursul urmăririi penale, apărătorul învinuitului sau inculpatului are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală și poate formula cereri și depune memorii. Lipsa apărătorului nu împiedică efectuarea actului de urmărire penală, dacă există dovada că apărătorul a fost încunoștințat de data și ora efectuării actului.

sănătății, sex sau vârstă, și care să acționeze în locul părții vătămate pentru a se ajunge la un rezultat cât mai obiectiv posibil.

Specialiștii din diferite domenii vor participa la reconstituire pentru a înlătura eventualele erori ce pot apărea în modul de efectuare al acesteia, mai ales, în privința aprecierii rezultatelor experiențelor care se execută cu ocazia reconstituirii, dar și pentru a asigura acesteia un nivel științific cât mai ridicat. Aceștia pot fi experți medico-legali, ingineri, tehnicieni, criminaliști, etc.

Rolul principal al specialiștilor va fi cel de a contribui la aprecierea rezultatelor reconstituirii, în cazurile în care nu au mai putut fi reproduse condițiile de desfășurare a evenimentelor ale căror împrejurări se verifică prin reconstituire, în sensul de a se pronunța asupra modalității în care ar fi putut influența reconstituirea lipsa acestor condiții asupra rezultatelor obținute.

Numărul participanților nu trebuie să depășească numărul strict necesar activităților care urmează a fi efectuate pentru realizarea scopului reconstituirii. Totodată, participanților, trebuie să fie încunoștințați în legătură cu păstrarea secretului în ceea ce privește acțiunea întreprinsă și rezultatul obținut, mai ales în cazul în care, odată cu efectuarea reconstituirii, aceștia pot lua la cunoștință despre anumite date care constituie secrete de stat.

5. Mijloace de fixare a rezultatelor reconstituirii:

Toate cercetările efectuate de către organelor judiciare, cu ocazia efectuării reconstituirii, trebuie să fie consemnate în procesul-verbal, și căruia, în funcție de caz, îi vor fi atașate și alte mijloace secundare precum: fotografia judiciară, schițele, filmul și videofonograma judiciară.

Acest proces verbal de efectuare a reconstituirii va trebui să conțină toate activitățile experimentale întreprinse, în ordine cronologică, după cum au fost efectuate. Activitățile reproduse vor fi descrise în mod precis și amănunțit, se vor prezenta și condițiile în care acestea au fost executate precum și rezultatele la care s-au ajuns în urma întreprinderii acestor activități. Nu vor fi permise consemnarea unor opinii subiective ale organului judiciar.

Fotografiile executate trebuie să prezinte întreaga imagine a locului în care s-a efectuat reconstituirea, precum și a fiecărei secvențe a reproducerii în vederea înțelegerii și ilustrării mecanismului de desfășurare a producerii infracțiunii.

Fotografiile și schițele executate cu ocazia reconstituirii au rolul de a ilustra și arăta caracterul demonstrativ al procesului-verbal. Pentru a putea fi anexate procesului verbal acestea trebuie să poarte semnătura sau ștampila organului judiciar care a efectuat reconstituirea în cauză.

În cazul videofonogramei sau a filmului, acestea trebuie să ofere o imagine de ansamblu a limitelor spațiale unde se efectuează reconstituirea. După ce au fost precizate secvențele de ansamblu se trece la filmarea și efectuarea schiței videofonogramei judiciare, care va trebui să reproducă modul în care a fost efectuată reconstituirea și a succesiunii producerii în timp a actelor.

6. Scopul

În doctrină, s-a admis că scopul reconstituirii constă în verificare și ilustrarea probelor administrate în cursul cercetării. Totodată, în literatura de specialitate și în practica judiciară există discuții cu privire la administrarea de probe noi prin intermediul reconstituirii.

Principalul scop al reconstituirii îl constituie verificarea versiunilor elaborate în cursul urmăririi penale¹³.

Astfel, prin reconstituire nu se verifică doar o anumită probă ce există în acel dosar, dar nici toate probele luate împreună. Prin reconstituire se verifică propunerile organului de urmărire penală

¹³ *Constantin Aionitoaie, Ioan Cora, Ion Eugen Sandu, Vasile Bercheșan, Ioan Boțoc, Ilie Marcu*, Curs de tactică criminalistică, București, 1983, pag. 235.

care sunt formulate în baza unor probe, uneori chiar din explicațiile izvorâte din datele obținute cu ocazia efectuării diferitelor activități de verificare ori prin efectuarea unor măsuri operative, atunci când se administrează probe în cauză.

Reconstituirea trebuie să se desfășoare de așa manieră încât să nu se aducă atingere moralității, să nu se creeze posibilitatea comiterii vreunei infracțiuni ori vătămări a intereselor legitime ale persoanelor.

7. Aprecierea și folosirea reconstituirii

În urma efectuării reconstituirii se pot obține rezultate certe sau probabile în raport cu natura activităților efectuate, a modului de desfășurare a activităților, apropierea condițiilor în care au fost făcute reproducerile de condițiile care au existat în momentul producerii faptei, posibilitatea sau imposibilitatea unor fapte de a se produce, precum și a fenomenelor în condițiile de timp și de loc date de persoanele ce au cunoștință despre existența lor.

Rezultatele reconstituirii pot fi apreciate ca fiind certe, atunci când toate activitățile întreprinse, toate încercările desfășurate de către organul de urmărire penală au dus la unul și același rezultat, în sensul că, în condițiile date, este necesar și nu întâmplător.¹⁴

De exemplu, dacă toate încercările întreprinse cu ocazia efectuării reconstituirii au demonstrat că obiectele care au fost reclamate ca fiind furate, ținând cont de dimensiunile acestora și ale spațiului prin care au fost sustrate, nu puteau fi scoase prin locul indicat, putem afirma în acest caz că rezultatul este cert și nu probabil. În același mod se poate aprecia și rezultatul reconstituirii atunci când, în raport cu măsura și cantitatea bunurilor, se demonstrează că acele bunuri nu puteau fi depozitate în locul indicat de către persoana care purta răspunderea lor. Asemenea rezultate fiind deosebit de valoroase pentru demonstrarea lipsei veridicității afirmațiilor.

Organul judiciar apreciază probele pe baza convingerii sale, întemeindu-se pe toate materialele cauzei, întrucât nicio probă nu poate fi preferată alteia, valoarea fiecărei probe fiind determinată numai în funcție de veridicitatea și conținutul acesteia și nu în raport cu felul ei.

8. Concluzii

Așa cum rezultă și din prezenta lucrare, reconstituirea reprezintă acel procedeu probatoriu care presupune reproducerea experimentală a condițiilor existente în momentul săvârșirii unei infracțiuni, în scopul verificării veridicității lor de către organul judiciar, a posibilităților de percepție, precum și al verificării datelor ce au fost obținute prin alte mijloace de probă.

Astfel, reconstituirea are un rol important în confruntarea elementelor unei fapte penale și în aflarea adevărului. În același timp, acest procedeu probator permite organului de urmărire penală dar și instanței de judecată să probeze veridicitatea și să tragă concluzii în legătură cu versiunile elaborate în cauza respectivă și, de asemenea, prin reconstituire se pot obține probe noi, nedescoperite până în momentul efectuării reconstituirii.

Indiferent de natura obiectului verificării, reconstituirea se desfășoară într-o atmosferă de calm, sobrietate, fără acțiuni nesemnificative sau exagerări, și fără a se limita la o singură reproducere a faptei ori a împrejurării, fiind necesară o repetare a acestor reproduceri astfel încât să se fixeze cu exactitate rezultatele.

Rezultatele constituirii sunt consemnate în procesul-verbal de reconstituire. Precum alte acte care sunt desfășurate în faza de urmărire penală, reconstituirea poate fi consemnată și prin fotografiere sau înregistrare video, această modalitate de consemnare este necesară în cazurile

¹⁴ *Constantin Aionîțoiaie, Vasile Bercheșan, Tratat de tactică criminalistică, Editura Carpați, Oradea, 1992, pag. 272.*

deosebite, pentru o reținere completă și exactă a modului în care se desfășoară reconstituirea. În cazul în care situația de fapt impune acest lucru, se poate recurge și la efectuarea schițelor sau a desenelor ale locului în care se desfășoară reconstituirea. În acest caz însă este necesar ca punctele sau locurile în care au avut loc acțiunile de reconstituire să fie identificate.

Prin urmare, reconstituirea este o activitate procedurală auxiliară, un procedeu probatoriu prin care se realizează scopul procesului penal. Totodată, este și o formă auxiliară a cercetării la fața locului prin care se poate verifica dacă faptele și împrejurările cercetate s-au săvârșit într-un anumit mod.

Referințe bibliografice

- *Aurel Ciopraga, Criminalistică, Editura Junimea, Iași, 2001.*
- *Aurel Ciopraga, Criminalistică. Elemente de tactică, Universitatea A.I. Cuza, Facultatea de Drept, Iași, 1986.*
- *Aurel Ciopraga, Criminalistică, Tratat de tactică criminalistică, Editura Gama, Iași, 1996.*
- *Aurel Ciopraga, Ioan Iacobuță, Criminalistică, Editura Junimea, Iași, 2001.*
- *Camil Suciu, Criminalistică, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1972.*
- *Constantin Aionîțoiaie, Vasile Bercheșan, Tratat de tactică criminalistică, Editura Carpați, Oradea, 1992.*
- *Constantin Aionîțoiaie, Ioan Cora, Ion Eugen Sandu, Vasile Bercheșan, Ioan Boțoc, Ilie Marcu, Curs de tactică criminalistică, București, 1983.*
- *Emilian Stancu, Tratat de criminalistică, Editura Universul Juridic, București, 2007.*
- *Vintilă Dongoroz, Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală. Vol. I, Editura Academiei Române, București.*
- *Vintilă Dongoroz, Noul cod de procedură penală și codul de procedură penală anterior, prezentare comparată, București, 1969.*

PERCHEZIȚIA INFORMATICĂ

Mihăiță Constantin LITRĂ*

Abstract

The present article aims to examine the nature of the legal institution of computer search and the need for a distinct regulation of computer search, in relation to the provisions of the Code of Criminal Procedure in the matter of checking and seizing objects and documents, search and technical-scientific finding. This article presents some considerations on the special procedural provisions regarding computer search set forth by Law No 161/2003 on ensuring transparency in carrying out public dignities, public functions and in the business environment, the prevention and sanctioning the corruption.

Cuvinte cheie: percheziție, domiciliu, sistem informatic, autorizație, probe.

1. Introducere

Dreptul de percheziție vine în conflict cu drepturi sau libertăți individuale, în absența cărora nu există liniște și siguranță personală ori nu se poate concepe o adevărată viață omenească: libertatea individuală, inviolabilitatea domiciliului, inviolabilitatea secretului corespondenței, dreptul la proprietate privată.

În conflictul dintre dreptul social sau procesual de percheziție și dreptul individual asupra persoanei și domiciliului, s-a dat preferință dreptului social sau procesual; adică, în mod excepțional, libertatea personală trebuie să sufere atingere în caz de percheziție corporală, iar inviolabilitatea domiciliului, a secretului corespondenței și dreptul de proprietate privată să sufere limitare în caz de percheziție domiciliară. În interes procesual, a trebuit să se impună acest sacrificiu dreptului individual asupra persoanei și domiciliului, în scopul descoperirii și asigurării probelor de vinovăție, prinderii infractorilor, pedepsirii infracțiunilor și apărării sociale.

Măsura coercitivă a percheziției domiciliare este o excepție de la principiile libertăților amintite și, din aceste considerente, se va aplica restrictiv, ca măsură extremă, cu respectarea unor condiții:

- să fie vorba de comiterea unei infracțiuni;
- să fie începută urmărirea penală pentru acea infracțiune;
- să existe contra persoanelor învinuite elemente serioase de vinovăție;
- efectuarea percheziției să fie dictată de puternice prezumții că pe această cale se vor descoperi probe în sarcina învinuitului.

Deși legea de procedură penală nu impune o limită precisă dreptului judecătorului de a dispune percheziție domiciliară, totuși, prin felul în care ea se exprimă, îngreudește acest drept.

Perchezițiile domiciliare sunt căutări, inspectări, cercetări (perquiro, sivi, situm, quirere = a căuta, a cerceta cu îngrijire, a căuta pretutindeni), făcute în locuința învinuitului sau inculpatului, ori a complicilor, tănuitorilor, favorizatorilor, sau a oricărei alte persoane, unde se presupune în mod temeinic că s-ar găsi corpuri delictive și probe indiciale care pot servi ca piese de convingere sau pentru a prinde pe învinuit.

Percheziția, în sensul Codului de procedură penală în vigoare, este activitatea procesuală care costă în cercetarea efectuată asupra unei persoane sau a domiciliului acesteia, cu scopul de a găsi și ridica obiecte sau înscrisuri, cunoscute organului judiciar, dar nepredate de bunăvoie, precum și în vederea eventualei descoperiri a unor alte mijloace de probă necesare soluționării cauzei penale. De

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin (e-mail: damaschin.mircea@gmail.com).

asemenea, aceasta a fost considerată drept procedeu auxiliar de căutare, descoperire și luare a obiectelor și înscrisurilor care conțin sau poartă urme ale unei infracțiuni și care pot servi la aflarea adevărului, precum și de identificare a altor elemente de fapt care ar fi utile la realizarea actului de justiție.¹

2. Noțiunea de percheziție

Pe întreg parcursul procesului penal, organele judiciare identifică, strâng și interceptează probele care au legătură cu fapta pe care o cercetează și judecă.

Mijloacele de probă reprezintă mijloacele prevăzute de lege prin care se constată elementele de fapt ce pot servi ca probe în procesul penal sau mijloacele legale utilizate pentru dovedirea unui fapt. Între noțiunea de probă și cea de mijloc de probă există o indiscutabilă legătură, întrucât probele nu se pot obține decât prin mijloacele de probă prevăzute de lege.

Actuala reglementare procesual penală conține prevederi stricte cu privire la mijloacele de probă care pot fi folosite în cadrul procesului penal. În acest sens, art. 64 C.pt.pen. conține o enumerare limitativă a mijloacelor de probă:

- declarațiile învinutului sau inculpatului;
- declarațiile părții vătămate, ale părții civile și ale părții responsabile civilmente;
- declarațiile martorilor;
- înscrisurile;
- înregistrările audio sau video și fotografiile;
- mijloacele materiale de probă;
- constatările tehnico-științifice și constatările medico-legale;
- expertizele²;

Consacrând inviolabilitatea domiciliului, noua Constituție, în art. 27 pct. 1 arată că: „Domiciliul și reședința sunt inviolabile. Nimeni nu poate pătrunde sau rămâne în domiciliul ori reședința unei persoane fără învoirea acesteia”. În anumite situații, prevăzute expres de lege, se poate pătrunde în domiciliul ori reședința unei persoane chiar fără învoirea acesteia (art. 27 pct. 2 din Constituție).

Percheziția poate contribui la rezolvarea cauzelor penale prin obiectele și înscrisurile pe care le poate da la iveală și care pot avea relevanță în elucidarea unor aspecte ale cauzei penale. Percheziția asigură procurarea unor probe indispensabile, iar uneori unice pentru rezolvarea cauzei.

Obiectele căutate prin percheziție sunt determinate de specificul infracțiunii ce face obiectul cauzei penale.

Percheziția, în funcție de legătura cu derularea unui proces penal, poate fi:

- judiciară (corporală, domiciliară și asupra vehiculelor);
- extrajudiciară (percheziția vamală, percheziția efectuată la accesul într-o instituție publică, aeroport, complex sportiv etc.);
- domiciliare;
- corporale;
- asupra vehiculelor (ultimele două pot fi dispuse, după caz, de organul de cercetare penală, procuror sau judecător).

În cursul urmăririi penale, percheziția domiciliară se dispune de judecătorul de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală.

¹ Grofu Nicolae, Reflecții referitoare la percheziția informatică, Revista Dreptul, nr. 6/2010, p. 197.

² Damaschin Mircea, Drept procesual penal, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p. 193.

Potrivit art.100 alineat final, așa cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 109/2003, percheziția domiciliară nu poate fi dispusă înainte de începerea urmăririi penale.

În art. 103 se arată că percheziția se poate face de către organul de cercetare penală numai între orele 06⁰⁰-20⁰⁰ iar în celelalte ore numai în caz de infracțiune flagrantă. În acest sens, în Constituție (art. 27 pct. 4) se arată că perchezițiile din timpul nopții sunt interzise, afară de cazul delictului flagrant. Potrivit art. 104, organul judiciar care urmează a efectua percheziția este obligat în prealabil, să se legitimeze și, în cazurile prevăzute de lege, să prezinte autorizația dată de către judecător.

De regulă, persoana la care se face percheziția trebuie să fie de față. Dacă este reținută sau arestată, va fi adusă la percheziție.³

Pentru a putea găsi obiectele și înscrisurile căutate, legea conferă organelor care efectuează percheziția domiciliară dreptul de a pătrunde peste voința celui percheziționat, în toate încăperile, dependințele, dulapurile, seifurile, lăzile sau alte locuri ori mijloace care s-ar putea găsi.

Ridicarea de obiecte și înscrisuri trebuie să se limiteze numai la cele care au legătură cu fapta pentru care s-a început urmărirea penală și care sunt căutate prin percheziție; dar, așa cum prevede legea, și a obiectelor și a înscrisurilor a căror circulație sau deținere este interzisă, ele făcând obiectul unei infracțiuni, pentru care urmează să se înceapă urmărirea penală.

Organele judiciare au obligația să nu facă public fapte și împrejurări din viața personală a celui percheziționat, dacă nu au legătură cu cauza urmărită, încălcarea acestei obligații fiind pedepsită de lege.⁴

La efectuarea percheziției de către organul de cercetare penală este necesară prezența unor martori asistenți.

Percheziția se termină, atunci când este cazul, prin ridicarea obiectelor sau înscrisurilor care constituie mijloace materiale de probă în cauză. Obiectele sau înscrisurile a căror deținere sau circulație este interzisă se ridică întotdeauna.

Despre efectuarea percheziției domiciliare se întocmește un proces-verbal în condițiile ridicării de obiecte.⁵

3. Percheziția informatică

În legislația actuală referitoare la percheziția informatică, sunt prevăzute dispoziții procesuale aplicabile în cazul tuturor infracțiunilor săvârșite prin intermediul sistemelor informatice.

În scopul strângerii de probe sau identificării făptuitorilor, în cazuri urgente și temeinic justificate, dacă există date sau indicii temeinice cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni prin intermediul sistemelor informatice, se poate dispune conservarea imediată a datelor informatice ori a datelor referitoare la traficul informațional, față de care există pericolul distrugerii ori alterării. În cursul urmăririi penale, conservarea se dispune de procuror, prin ordonanță motivată, la cererea organului de cercetare penală sau din oficiu, iar în cursul judecății, de instanță prin încheiere⁶.

Accesul într-un sistem informatic, precum și interceptarea și înregistrarea comunicărilor desfășurate prin intermediul sistemelor informatice se efectuează pe baza autorizației motivate a organului competent când sunt utile pentru aflarea adevărului, iar stabilirea situației de fapt sau identificarea făptuitorului nu poate fi realizată în baza altor probe⁷. În mod excepțional, atunci când

³ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală, ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 507-511.

⁴ Theodoru Grigore, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 391.

⁵ Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București, p. 382.

⁶ A se vedea art. 54 alin. 1 din Legea nr. 161/2003.

⁷ A se vedea art. 57 din Legea nr. 161/2003.

valorile sociale sunt protejate de legea penală prin dispozițiile referitoare la terorism, securitatea națională a României, crimă organizată, trafic de droguri, corupție sau alte infracțiuni grave date în competența Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism sau Direcției Naționale Anticorupție, se prevede că atunci există indicii temeinice cu privire la săvârșirea unei astfel de infracțiuni grave, în scopul strangerii de probe sau al identificării făptuitorului, magistratul poate dispune accesul la sisteme informatice, în condițiile prevăzute de Codul de procedură penală și cu respectarea dispozițiilor speciale derogatorii⁸.

Pentru a se putea obține acele informații cu valoare doveditoare care sunt stocate, prelucrate sau transmise prin intermediul unui sistem informatic, de lege lata, organele de urmărire penală trebuie să obțină atât autorizația de percheziție domiciliară, cât și pe cea de percheziție informatică.

Dificultățile practice în administrarea probelor în cazul investigării infracțiunilor săvârșite prin intermediul unui sistem informatic, generate de necesitatea obținerii formelor legale în vederea realizării atât a percheziției domiciliare, cât și a celei informatice, au determinat organele judiciare să formuleze propuneri pentru modificarea Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, în sensul ca, după alin. 3 al art. 145, să se introducă un nou alineat, alin.4, cu următorul cuprins „Ori de câte ori autorizația de percheziție domiciliară este dată pentru constatarea unei infracțiuni săvârșite prin intermediul unui sistem informatic, aceasta se consideră că este dată și pentru accesul în orice sistem informatic ce se găsește în acel domiciliu”. Formularea este tributară din cel puțin două motive: pe de o parte, percheziția domiciliară nu poate să fie autorizată pentru constatarea unei infracțiuni, aceasta având cu totul alt scop; pe de altă parte, introducerea unor dispoziții procesuale într-o lege specială, cum este Legea privind dreptul de autor și drepturile conexe, nu ar produce efecte în cazul cercetării unor infracțiuni prevăzute în actele normative și ar complica inutil materia, putând genera încălcări procedurale în aplicarea legii penale.

Legiuitorul ar putea înțelege să dea preeminență interesului înfăptuirii justiției, chiar prin restrângerea exercițiului unor drepturi constituționale, cu respectarea dispozițiilor art. 53 din Constituția României⁹.

În doctrină, s-a considerat că se recurge la percheziție numai când ar fi indispensabilă, „necesitatea singură fiind titlul și formand condiția acestei măsuri”; este de menționat că, pentru a se dispune percheziția, trebuie să existe suficiente indicii sau indicii grave de culpabilitate ori suspiciune temeinică, în sensul că ascunde cineva lucruri ce țin de infracțiune. În interesul instrucțiunii, spre a se aduna probele care servesc pentru dovedirea unei infracțiuni, se dă dreptul să se facă percheziții la domiciliu, acceptându-se înfrângerea principiului inviolabilității domiciliului în timpul zilei. Legea dă aceste mari drepturi organelor judiciare în vederea interesului semnificativ de a descoperi infractorii; ar fi de dorit ca dovezile cum cereau cei vechi printr-o frază devenită de stil: să fie întregi și luminoase ca soarele la amiază, fiindcă nu e lucru mic ori neînsemnat de a osândi pe un nevinovat, oricât de mică ar fi pedeapsa care i s-ar da. Această abordare derivă din faptul că proba penală este totdeauna mai mult sau mai puțin nesigură, deoarece infractorul, în general, nu lasă probe autentice ori scrise despre infracțiunea pe care o comite.

Printre drepturile sau libertățile fundamentale constituționale și cele care rezultă din pactele și tratatele privitoare la astfel de drepturi la care România este parte, precum și din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, nu se regăsește, în mod distinct față de dreptul la viață privată, vreun drept sau libertate care să vizeze exclusiv sistemele informatice sau suporturile de stocare a datelor informatice. Pe cale de consecință, ținând seama de faptul că percheziția, așa cum este reglementată în Codul de procedură penală, ca instituție caracteristică procedurilor penale, se supune dispozițiilor menționate, nu se consideră a fi necesară, pentru garantarea respectării legalității în cercetarea sistemelor informatice sau suporturilor de stocare a datelor informatice, o dublare a autorizației de percheziție domiciliară.

⁸ Grofu Nicolae, op. cit., p. 198

⁹ Grofu Nicolae, op. cit., p. 199

Ori de câte ori pentru descoperirea și strângerea probelor este necesară cercetarea unui sistem informatic sau a unui suport de stocare a datelor informatice, organul competent prevăzut de lege poate dispune efectuarea unei percheziții, dispozițiile din Codul de procedură penală referitoare la efectuarea percheziției domiciliare aplicându-se în mod corespunzător¹⁰. Totodată, după modificările aduse Codului de procedură penală prin Legea nr. 281/2003, percheziția domiciliară nu poate fi dispusă înainte de începerea urmăririi penale¹¹. Aceasta ar presupune ca și în cazul în care un sistem informatic sau un suport de stocare a datelor informatice s-ar afla într-un alt spațiu decât ceea ce subsumează noțiunii de domiciliu (cum ar fi într-un vehicul sau asupra unei persoane care se deplasează într-un spațiu public, pe stradă, în parc), să fie nevoie să se dispună de către judecător efectuarea unei percheziții pentru cercetarea acestora, și implicit să fie începută urmărirea penală, ceea ce creează serioase dificultăți practice care nu se justifică. Dacă sistemele informatice sau suporturile de stocare a datelor informatice nu se află într-un spațiu care să se subsumeze noțiunii de domiciliu, obținerea acestora se poate realiza potrivit regulilor privind ridicarea de obiecte și înscrisuri, iar cea a datelor informatice prin efectuarea unei constatări tehnico-științifice informatice, fără a fi necesar să se dispună de către judecător efectuarea unei percheziții și să fie începută urmărirea penală în cauză.

În doctrină, având drept criteriu legătura perchezițiilor cu derularea procesului penal, s-a realizat o clasificare a acestora în percheziții judiciare (domiciliară, corporală și asupra vehiculelor), respectiv cele extrajudiciare (accesul într-o instituție publică, aeroport, complex, sportiv, cele vamale). Trebuie remarcat faptul că percheziția informatică nu este inclusă într-o astfel de clasificare.

În conținutul naturii instituției juridice a percheziției informatice se regăsesc elemente ce țin de alte instituții procesuale penale de sine stătătoare: ridicarea de obiecte și înscrisuri, percheziția, așa cum este reglementată în Codul de procedură penală, și constatarea tehnico-științifică.

4. Constatările tehnico-științifice

În anumite cauze penale, în vederea deslușirii unor aspecte care au o importanță majoră în aflarea adevărului, se impune ca organele judiciare penale să ceară concursul unor specialiști.

În mod frecvent, specialiștii chemați la rezolvarea cauzelor penale îi întâlnim în persoana experților. Se pot ivi însă situații în care prezența unor specialiști în cauza penală reclamă urgență, deoarece există pericol de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unor situații de fapt.¹²

În asemenea cazuri, fiind necesară lămurirea urgentă a unor fapte sau împrejurări ale cauzei, organul de urmărire penală poate folosi cunoștințele unui specialist sau tehnician, dispunând, din oficiu sau la cerere, efectuarea unei constatări tehnico-științifice.

Specialiștii care efectuează constatările tehnico-științifice nu au și nu își pot însuși atribuțiile ale organelor de urmărire penală sau ale organelor de control, ei trebuind să se limiteze la rezolvarea problemelor de strictă specialitate pe care le ridică rezolvarea cauzei penale.

Constatarea tehnico-științifică se efectuează asupra materialelor și datelor puse la dispoziție sau indicate de către organul de urmărire penală.

Constatarea tehnico-științifică se dispune numai în timpul urmăririi penale, iar în faza de judecată se poate dispune refacerea sau completarea constatării potrivit dispozițiilor art. 115 alin. 2. Operațiunile și concluziile constatării tehnico-științifice se consemnează într-un raport.

Organul de urmărire penală sau instanța de judecată, din oficiu sau la cererea oricăreia dintre părți, dacă apreciază că raportul tehnico-științific nu este complet sau concluziile acestuia nu sunt

¹⁰ A se vedea art. 56 alin. 1 din Legea nr. 161/2003.

¹¹ A se vedea art. 100 alin. ultim C.pr.pen.

¹² Neagu Ion, op. cit., p. 519.

precise, dispune refacerea sau completarea constatării tehnico-științifice sau efectuarea unei expertize.

În cazurile în care refacerea sau completarea constatării tehnico-științifice este dispusă de către instanța de judecată, raportul se trimite procurorului pentru ca acesta să ia măsuri în vederea completării sau refacerii lui.¹³

Apropierea de constatarea tehnico-științifică informatică este evidentă urmare tocmai a specializării necesare atât pentru persoanele care realizează percheziția informatică, dar și a programelor informatice dedicate pentru efectuarea sa.

Datorită avansului tehnologic extrem de rapid ce se manifestă la nivel global în domeniul informaticii, sediul materiei trebuie să fie cel din Codul de procedură penală, tocmai pentru a se asigura stabilitatea cadrului normativ, pentru a fi cunoscut de cei care realizează investigațiile, pentru a se evita dublele autorizări care grevează celeritatea cercetărilor, precum și situațiile generatoare de echivoc¹⁴. Modul efectiv de realizare a investigațiilor informatice nu se consemnează în acte normative, ci organizațiile răspunzătoare de aplicarea legii sunt cele care trebuie să acționeze în zona dezvoltării continue a practicilor și procedurilor de lucru în materie.

5. Jurisprudență

Fapta de a monta un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor bancare în fanta unui bancomat, constituie infracțiunea de acces, fără drept, la un sistem informatic săvârșită prin încălcarea măsurilor de securitate, prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003, întrucât: bancomatul reprezintă un sistem informatic în sensul art. 35 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 161/2003; montând dispozitivului de citire a benzii magnetice a cardurilor bancare în fanta bancomatului, făptuitorul acționează fără drept, deoarece nu este autorizat în temeiul legii sau al unui contract și nu are permisiunea din partea persoanei fizice sau juridice competente potrivit legii să o acorde, așa cum se prevede în art. 35 alin. (2) lit. a) și c) din Legea nr. 161/2003, iar prin montarea dispozitivului sunt încălcate măsurile de securitate care au drept scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și apărarea împotriva folosirii de către o altă persoană a cardurilor bancare în vederea fraudării.

În dimineața zilei de 31 ianuarie 2009, folosind un autoturism închiriat - sub filajul lucrătorilor Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism - Serviciul Teritorial Craiova, informați în prealabil de operațiunea respectivă - inculpatul s-a deplasat de la domiciliul acestuia din Craiova în municipiul Sibiu având asupra sa în autoturism: un dispozitiv artizanal tip „gură de bancomat” - format dintr-o carcasă metalică în care erau asamblate în interior module și componente electronice și video care se întrebunțează la stocarea frauduloasă a datelor cardurilor bancare aparținând titularilor de drept ori instituțiilor bancare în momentul utilizării acestora; un laptop; un card blank de culoare albă cu bandă magnetică neagră; un adaptor; un alt dispozitiv artizanal prevăzut cu trei baterii, racordat la o mufă tip serial, un cablu cu mufe tip USB serial și un încărcător laptop.

Ajuns la destinație, în jurul orelor 9⁵⁰ a atașat ATM-ului bancar al Sucursalei T. dispozitivul artizanal tip „gură de bancomat” și a trecut apoi la supravegherea locului faptei din autoturismul staționat în imediata apropiere. În intervalul 9⁵⁰-11⁵⁰, bancomatul respectiv a fost accesat de mai multe persoane; în jurul orelor 11⁵⁰, doi titulari de drept obișnuiți ai ATM-ului respectiv au observat neregularitățile fantei de introducere a cardului și au forțat gura bancomatului constatând că aceasta era aplicată artizanal. Situația frauduloasă amintită a fost observată imediat și de inculpat, care s-a apropiat de bancomat, probabil cu intenția de a-și recupera dispozitivul montat, a realizat că se

¹³ Neagu Ion, op. cit., p. 520-521.

¹⁴ Grofu Nicolae, op. cit., p. 200-201.

adunaseră prea multe persoane și a urcat din nou în autoturism, fiind blocat și reținut de lucrătorii Direcției de Investigare a Infrafracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism aflați în zonă.

La percheziția autoturismului au fost găsite, ridicate și sigilate bunurile anterior arătate; dispozitivul artizanal tip „gură de bancomat” a fost, de asemenea, ridicat de pe ATM-ul unde fusese montat de inculpat și sigilat. Expertiza efectuată ulterior de Institutul pentru Tehnologii Avansate București a concluzionat - prin raportul de constatare tehnico-științifică - faptul că fragmentul de dispozitiv prezentat provine foarte probabil dintr-un dispozitiv artizanal de tip gură de bancomat; prezența capului magnetic în fanta acestui dispozitiv, precum și poziționarea acestuia la o distanță de marginea fantei, corespunzătoare pistei a doua a cardurilor magnetice, indică posibilitatea ca dispozitivul din care provine să fie destinat achiziționării datelor aflate pe pista a doua a cardurilor bancare ce tranzitează fanta sa; atașarea unui dispozitiv peste fanta unui echipament de tip ATM permite achiziționarea datelor confidențiale de tip bancar aflate pe cardurile utilizatorilor echipamentului; dispozitivul reprezintă un dispozitiv tip gură de bancomat ce are atașat și un modul destinat supravegherii video ce poate fi utilizat, prin atașarea la un echipament de tip ATM, în scopul fraudării mijloacelor de plată electronică. Suplimentul ulterior de expertiză întocmit la 24 aprilie 2009, la cererea instanței, a concluzionat, de asemenea, că dispozitivul tip „gură de bancomat”, prin caracteristicile sale evidențiate în raportul de constatare tehnico-științifică menționat anterior, este apt să falsifice mijloacele de plată electronică. Astfel, considerând că etapele procesului de falsificare a mijloacelor de plată electronică sunt constituite din preluarea neautorizată a datelor confidențiale de tip bancar și din valorificarea acestora prin diferite metode (realizarea de clone ale cardurilor utilizatorilor sau realizarea de cumpărături în medii de comerț electronic on-line), se constată că dispozitivul „gură de bancomat” investigat poate fi utilizat pentru realizarea funcției de achiziție a datelor confidențiale de tip bancar, date stocate pe pista a doua a cardurilor bancare și respectiv codul PIN asociat, aceasta reprezentând prima etapă componentă a procesului de falsificare a mijloacelor de plată electronică.

- La perchezițiile efectuate la domiciliul/reședința inculpatului din municipiul Craiova au mai fost ridicate, ca prezentând relevanța sub aspectul învinuirilor formulate împotriva inculpatului, 4 plăcuțe tip circuit integral din textolit, două adaptoare pentru carduri de memorie, două cabluri de transfer date prevăzute la unul din capete cu USB, iar la celălalt cu mufă pentru camera video și celelalte bunuri supuse confiscării speciale inițial arătate.

- Percheziția în sistem informatic asupra hard disk-ului laptop-ului găsit în autoturism la momentul flagrantului a identificat următoarele date și informații interesând cauza: Folderul denumit „M.” ce conține aplicația informatică cu același nume, aplicația informatică denumită „d.” și un număr 4 fișiere document cu extensia „.txt”, toate acestea conținând la rândul lor serii de cifre asemănătoare celor inscripționate pe banda magnetică a cardurilor bancare; Folderul denumit „C.P.M.”, conținând aplicația informatică cu același nume; Folderul denumit „C.C.N.G.”, conținând aplicația informatică cu același nume.

Deși inculpatul a susținut că nu se face vinovat de acces fără drept la un sistem informatic, instanța a înlăturat apărarea inculpatului, argumentând justificativ, în sens contrar, astfel:

Bancomatul este un mijloc de colectare, prelucrare și transmitere a unor date informatice, reprezentate de numărul de cont al titularului, care este stocat pe nivelul 2 al benzii magnetice de culoare neagră.

Prin montarea frauduloasă a dispozitivului de citire a benzii magnetice a cardurilor (skimmer) în fanta bancomatului și stocarea informațiilor astfel obținute au fost încălcate măsurile de securitate care aveau drept scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și apărarea împotriva folosirii de către o altă persoană a acestor date în vederea fraudării; probele dosarului relevă că inculpatul a acționat, fără drept, asupra sistemului informatic al instituției bancare, lipsindu-i orice autorizare în temeiul legii sau a unui contract ori permisiunea persoanei juridice în acest sens. În consecință, s-a reținut că fapta inculpatului de a monta pe un bancomat al Băncii T. un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor, precum și o mini cameră, accesând

astfel, fără drept, prin încălcarea măsurilor de securitate, bancomatul băncii care reprezintă sistem informatic în sensul legii - întrunește elementele constitutive ale infracțiunii contra confidențialității și integrității datelor și sistemelor informatice prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003.

De asemenea, deși inculpatul a susținut că nu a falsificat instrumente de plată electronică și nici nu a pus în circulație asemenea instrumente falsificate, în baza probelor în acuzare aflate la dosar a reținut și existența acestor fapte ilicite.

În conformitate cu dispozițiile art. 334 C. proc. pen., a schimbat parțial încadrarea juridică a activității ilicite prevăzută în art. 24 alin. (1) și (2) din Legea nr. 365/2002 în două infracțiuni concurente, distincte, prevăzute în art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 și respectiv art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002.

În cauză a declarat în termen apel inculpatul S.C., criticând hotărârea primei instanțe pentru netemeinicie și nelegalitate, cu solicitarea ca, făcându-se o interpretare nouă a probelor administrate, să se dispună achitarea sa parțială în baza art. 10 alin. (1) lit. a) și d) C. proc. pen. sub aspectul infracțiunilor prevăzute în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003, art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002, precum și reindividualizarea pedepsei pentru infracțiunea prevăzută în art. 25 din Legea nr. 365/2002 sub aspectul cuantumului și modalității de executare.

Curtea de apel, verificând sentința atacată pe baza materialului probator aflat la dosar, în raport cu motivele de netemeinicie și nelegalitate invocate de inculpat, precum și din oficiu cu privire la celelalte chestiuni de fapt și de drept deduse judecății potrivit art. 371 alin. (2) C. proc. pen., a constatat următoarele:

Infracțiunile prevăzute în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003 și art. 25 din Legea nr. 365/2002 sunt dovedite în cauză în raport cu faptul că în data de 30/31 ianuarie 2009, în jurul orei 6⁰⁰, inculpatul s-a deplasat din Craiova în Sibiu cu ajutorul unui autoturism închiriat, având asupra sa un dispozitiv artizanal în vederea copierii datelor cardurilor bancare, precum și alte dispozitive necesare activității infracționale; în jurul orei 10⁰⁰, inculpatul a montat acest dispozitiv artizanal la un bancomat aparținând Băncii T., așteptând ca cetățenii să acceseze bancomatul respectiv, iar în jurul orei 11³⁰, după ce bancomatul a fost accesat de 3-4 persoane, inculpatul a fost imobilizat de lucrătorii de poliție.

Prin montarea dispozitivului de citire a benzii magnetice a cardurilor în fanta bancomatului, prin care se introduce cardul și se realizează citirea benzii magnetice a fiecărui card în parte, stocându-se informația astfel obținută, au fost încălcate măsurile de securitate care aveau drept scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și apărarea împotriva folosirii de către o altă persoană a acestor carduri în vederea fraudării; în consecință, în mod just a reținut instanța de fond că fapta inculpatului de a monta pe un bancomat un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor, accesând astfel fără drept, prin încălcarea măsurilor de securitate, bancomatul băncii, care reprezintă un sistem informatic în înțelesul legii, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de acces fără drept la un sistem informatic prin încălcarea măsurilor de securitate prevăzute în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003.

În ce privește infracțiunile prevăzute în art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002, în rechizitoriu s-a arătat că săvârșirea acestora rezultă din scopul montării dispozitivului artizanal și rezultatul percheziției informatice, iar instanța de fond a confirmat existența acestora fără a indica în concret probele în acuzare în acest sens.

Curtea de apel a considerat că pentru a se reține săvârșirea acestor infracțiuni nu este suficient să se aibă în vedere numai scopul pentru care inculpatul a montat la bancomat dispozitivul artizanal, fiind necesar să se dovedească în concret și posesia unor instrumente electronice de plată contrafăcute; esențial pentru existența acestor infracțiuni - a argumentat instanța de apel - este deținerea, posesia instrumentelor de plată falsificate și intenția valorificării lor, însă, în speță, din probele administrate nu rezultă că inculpatul ar fi deținut astfel de instrumente de plată contrafăcute,

cu ocazia perchezițiilor efectuate la urmărirea penală nefiind identificate astfel de instrumente și nici alte probe nu confirmă că inculpatul ar fi deținut instrumente de plată contrafăcute cu intenția de a le valorifica; în consecință, în condițiile în care nu există nicio probă din care să rezulte că inculpatul ar fi falsificat instrumente de plată electronică respectiv că ar fi deținut astfel de instrumente cu intenția valorificării lor, curtea de apel a apreciat că aceste fapte ilicite nu există în materialitatea lor.

Ca atare, Curtea de Apel Craiova, Secția penală și pentru cauze cu minori, prin decizia nr. 207 din 23 octombrie 2009, în baza art. 379 pct. 2 lit. a) C. proc. pen., a admis apelul, a casat parțial sentința sub aspectul săvârșirii infracțiunilor prevăzute în art. 24 alin. (1) și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002, referitor la care a dispus achitarea inculpatului în baza art. 345 alin. (3) raportat la art. 10 alin. (1) lit. a) C. proc. pen., menținând soluția de condamnare adoptată de prima instanță și pedepsele aplicate primar cu privire la săvârșirea infracțiunilor prevăzute în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003 și art. 25 din Legea nr. 365/2002.

Împotriva deciziei amintite au declarat în termen recursuri Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție - Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism - Serviciul Teritorial Craiova și inculpatul S.C.

Parchetul a susținut că soluția de achitare parțială în apel sub aspectul săvârșirii de către inculpat și a infracțiunilor prevăzute în art. 24 alin. (1) și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002 este greșită, fiind incident cazul de casare prevăzut în art. 385⁹ alin. (1) pct. 18 C. proc. pen., cu consecința casării deciziei și menținerii sentinței în baza art. 385¹⁵ pct. 2 lit. a) C. proc. pen.

Inculpatul a reiterat criticile de nelegalitate și netemeinicie respinse în apel, privind condamnarea nejustificată sub aspectul infracțiunii prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003 și individualizarea greșită a pedepsei, corespunzător cazurilor de casare prevăzute în art. 385⁹ alin. (1) pct. 18 și 14 C. proc. pen. raportat la art. 385¹⁵ pct. 2 lit. d) C. proc. pen.

Înalta Curte de Casație și Justiție, verificând decizia atacată pe baza materialului probator din dosarul cauzei, în raport cu motivele invocate de recurenți, precum și din oficiu - în limitele cazurilor de casare prevăzute în art. 385⁹ alin. (3) C. proc. pen. - constată următoarele:

Chestiunile supuse examinării instanței de recurs privesc aspecte de fapt, care se stabilesc prin interpretarea probelor - faptele imputate și parțial reținute de instanțele anterioare s-au săvârșit sau nu și în ce împrejurări și dacă susținerile inculpatului în apărare au temeiuri de fapt - dar și aspecte drept substanțial penal, ce implică confruntarea soluțiilor adoptate de instanțele anterioare cu normele de drept material a căror aplicare s-a făcut prin hotărârile atacate, și anume dacă faptele a căror existență a fost dovedită întrunesc elementele constitutive ale infracțiunilor deduse judecății.

Este stabilit cu probele administrate - inclusiv recunoașterea acestuia - că în dimineața zilei de 31 ianuarie 2009 inculpatul s-a deplasat cu un autoturism închiriat din Craiova în municipiul Sibiu (i) având asupra sa un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor cu minicameră, pe care „l-a achiziționat anterior de la un prieten de familie”, cu scopul, mărturisit ca atare, de a obține datele necesare pentru clonarea mai multor carduri și efectuarea ilicită de retrageri în numerar, în realizarea căruia: (ii) a montat dispozitivul amintit pe bancomatul Sucursalei T. la orele 9⁵⁰, iar în jurul orelor 11³⁰, după ce ATM-ul a fost accesat de mai multe persoane - ultimii doi titulari legali de cont, obișnuiți să facă extrageri de numerar în zonă, constatând montarea frauduloasă a dispozitivului au sesizat organele locale de poliție - consecutiv încercării eșuate de recuperare a dispozitivului și intrare în posesia datelor stocate, a fost reținut de lucrătorii ce efectuau filajul acestuia, iar (iii) la perchezițiile ulterioare ale autoturismului aflat la locul faptei și locuințelor din municipiul Craiova au fost găsite, ca prezentând semnificație în cauză, un card blank și un laptop a cărui percheziție în sistem informatic la rândul său a evidențiat existența a 4 fișiere conținând serii de cifre asemănătoare celor inscripționate pe banda magnetică a cardurilor bancare (referitor la care inculpatul a susținut - apărare neverificată în cauză - că reprezentau serii de cifre ale cardurilor legal deținute de acesta și familia sa, această din urmă împrejurare fiind confirmată ulterior) și componente electronice necesare pentru confecționarea dispozitivelor tip „gură de bancomat”.

În raport cu situația de fapt amintită, inculpatul a fost trimis în judecată prin rechizitoriul sub aspectul săvârșirii în concurs real a următoarelor infracțiuni:

a) - deținere de echipamente în vederea falsificării instrumentelor de plată electronică prevăzută în art. 25 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic (având conținutul legal „fabricarea ori deținerea de echipamente, inclusiv hardware sau software, cu scopul de a servi la falsificarea instrumentelor de plată electronică se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani”) a cărei existență a fost permanent recunoscută și de inculpat;

b) - acces, fără drept, la un sistem informatic prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2002 [având conținutul legal „(1) accesul, fără drept, la un sistem informatic constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau amendă” și „(3) dacă fapta prevăzută la alin. (1) sau (2) este săvârșită prin încălcarea măsurilor de securitate, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 12 ani”] ale cărei elemente constitutive, ca infracțiune consumată, sunt contestate de inculpat - ce solicită achitarea în baza art. 345 alin. (3) raportat la art. 10 alin. (1) lit. d) C. proc. pen. pentru lipsa elementului material al laturii obiective;

c) - falsificarea instrumentelor de plată electronică prevăzută în art. 24 alin. (1) și (2) din Legea nr. 365/2002 [având conținutul legal „(1) falsificarea unui instrument de plată electronică se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani și interzicerea unor drepturi” și „(2) cu aceeași pedeapsă se sancționează punerea în circulație, în orice mod, a instrumentelor de plată electronică falsificate sau deținerea lor în vederea punerii în circulație”] a cărei existență a fost contestată de inculpat, apărare admisă de instanța de apel.

Infracțiunea calificată prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003 subzistă în speță - contrar susținerilor recurentului - avându-se în vedere că pentru realizarea scopului urmărit, constând în clonarea de carduri pentru efectuarea de retrageri în numerar, dispozitivul de citire a benzii magnetice a cardurilor cu minicameră a fost montat de inculpat (i) fără drept, acțiunea respectivă nefiind autorizată în temeiul său al unui contract ori executată cu permisiunea din partea persoanei fizice sau juridice competente potrivit legii, astfel cum prevăd imperativ dispozițiile art. 35 alin. (2) lit. a) și c) din legea amintită și (ii) la ATM-ul instituției bancare, ce face parte din sistemul informatic al acesteia în interpretarea făcută de însuși legiuitor prin art. 35 alin. (1) lit. a) al aceleiași legi („prin sistem informatic se înțelege orice dispozitiv sau ansambluri de dispozitive interconectate sau aflate în relație funcțională dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic”), avându-se în vedere că bancomatul - astfel cum în mod corect s-a reținut prin sentință - este un mijloc de colectare, prelucrare și transmitere a unor date informatice, reprezentate de numărul de cont al titularului, care este stocat pe nivelul 2 al benzii magnetice de culoare neagră.

Prin montarea dispozitivului de citire a benzii magnetice a cardurilor (skimmer) în fanta bancomatului, prin care se introduce cardul și se realizează citirea benzii magnetice a fiecărui card în parte, stocându-se informația astfel obținută, au fost încălcate măsurile de securitate care aveau drept scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și apărarea împotriva folosirii de către o altă persoană a acestor carduri în vederea fraudării.

În cauză, aceste elemente constitutive ale infracțiunii amintite sunt probate în mod indubitabil - astfel cum au constatat în mod corect instanțele anterioare - de concluziile Raportului de constatare tehnico-științifică din 19 martie 2009 efectuat de Institutul pentru Tehnologii Avansate București, în sensul că dispozitivul ce a fost ridicat de la locul faptei poate fi utilizat, prin atașarea la un echipament de tip ATM, în cazul fraudării mijloacelor de plată electronică, în coroborare cu împrejurarea stabilită prin înscrisuri și fotografii judiciar-operative, că ATM-ul a fost accesat de mai multe persoane și cererea inculpatului în apărare, cu caracter subsidiar, privind reținerea tentativei la infracțiunea amintită.

Infracțiunile concurente prevăzute în art. 24 alin. (1) și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2000 nu există în cauză - astfel cum în mod corect a interpretat probele instanța de apel, contrar solicitării procurorului prin recursul formulat - avându-se în vedere suplimentar la argumentele justificative

indicate prin decizie și împrejurarea că inculpatul a fost reținut înainte de a intra în posesia datelor de pe cardurile folosite la bancomat, aflate în memoria dispozitivului montat, fiind lipsit chiar și de posibilitatea a trece ulterior la clonarea cardurilor aferente.

Pericolul social concret ridicat al infracțiunilor concurente comise de inculpat și împrejurarea că este cercetat și pentru alte fapte penale, în condițiile în care celelalte date privind situația sa familială au fost avute în vedere la stabilirea pedepselor către minimul legal special prevăzut de lege, nu justifică atenuarea tratamentului sancționator actual, cazul de casare prevăzut în art. 385⁹ alin. (1) pct. 14 C. proc. pen. fiind, de asemenea, neîntemeiat.

În consecință, Înalta Curte de Casație și Justiție, în conformitate cu dispozițiile art. 385¹⁵ pct. 1 lit. b) C. proc. pen., a respins, ca nefondate, recursurile declarate de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție - Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism - Serviciul Teritorial Craiova și de inculpat împotriva deciziei nr. 207 din 23 octombrie 2009 a Curții de Apel Craiova, Secția penală și pentru cauze cu minori.¹⁵

Concluzii

Reglementarea, pe de o parte, a ridicării de obiecte și înscrisuri, a percheziției, precum și a constatărilor tehnico-științifice în Codul de procedură penală, și, pe de altă parte, a conservării datelor informatice ori a datelor referitoare la traficul internațional și a accesului într-un sistem informatic în Legea nr. 161/2003, asigură, în mod complet, cadrul procesual adecvat pentru strângerea probelor necesare cu privire la existența infracțiunilor săvârșite prin intermediul unui sistem informatic, la identificarea faptuitorilor și la stabilirea răspunderii acestora.

Pe cale de consecință, apeciem că dispozițiile procesuale privind percheziția informatică sunt redundante și că în noul Cod de procedură penală ar putea să nu se mai regăsească.

În Proiectul Legii privind Codul de procedură penală – forma transmisă Parlamentului, sunt preluate dispozițiile Legii nr. 161/2003 în material atât a conservării datelor informatice ori a datelor referitoare la traficul internațional, cât și a percheziției informatice și a accesului într-un sistem informatic.

În literatura de specialitate a fost criticată reglementarea percheziției informatice ca fiind excesivă (19 alineate), fapt apreciat ca inadmisibil din punctual de vedere al sistematizării materiei¹⁶.

Referințe bibliografice

- Damaschin Mircea, Drept procesual penal, Editura Wolters Kluwer, București, 2010.
- Grofu Nicolae, Reflecții referitoare la perchezitia informatica, Revista Dreptul, nr. 6/2010
- Theodoru Grigore, Tratat de drept procesual penal, Editura Hamangiu, București, 2007.
- Neagu Ion, Tratat de procedură penală. Partea generală, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2010.
- Volonciu Nicolae, Tratat de procedură penală. Partea generală, Editura Paideia, București.
- Legea nr. 161/2003.
- Codul de procedură penală.
- <http://www.scj.ro>.

¹⁵ http://www.scj.ro/SP_rezumate_2010/SP_dec_r_371_2010.htm

¹⁶ Grofu Nicolae, op. cit., p. 202.

COMPETENȚA INSTANȚELOR DE JUDECATĂ DIN ROMÂNIA

Alexandra-Diana LUPȘOR*
Andreea-Raluca APOSTOL**

Abstract

The present paper aims to analyse the Romanian court of law competence, revealing certain problems occurring in practice. After a theoretical introduction on jurisdiction (material, territorial, personal, functional) we will examine the issues that arise most often in today's practice, supporting the points of view with articles belonging to law experts and jurisprudence in cases of interest. We will conclude by presenting and commenting some causes from the courts of law practice and the problems occurring in establishing a correct jurisdiction of the court of law.

Cuvinte cheie: instanțe de judecată, competență, fond, apel, recurs, teritoriu, străinătate, nave, secții maritime, conflicte de competență.

1. Introducere

Organele judiciare care participă în procesul penal ocupă un loc deosebit, datorită atribuțiilor pe care acestea trebuie să le îndeplinească pentru o buna desfășurare a justiției, aceste atribuții purtând denumirea de competențe. Categoria juridică de competență determină dreptul și în același timp obligația pe care o au organele judiciare de a desfășura anumite activități. Această capacitate poate fi concepută în sens pozitiv, ca o împuternicire dată organelor judiciare într-o anumită directivă, sau în sens negativ ca o limitare prin care se departajează sferile de atribuțiuni ale fiecărui organ. În literatura de specialitate au fost date numeroase definiții ale noțiunii de competență în materie penală.

În unele lucrări de specialitate competența este definită ca fiind “abilitarea legală dată unui organ de a îndeplini anumite acte”¹, sau capacitatea unui organ de a se ocupa de o anumită cauză penală². În alte lucrări, competența este definită ca o împuternicire care privește cadrul de acte procesuale sau procedurale pe care un organ judiciar este abilitat și obligat să le îndeplinească în desfășurarea unui proces judiciar³ sau dreptul și obligația organelor de urmărire penală de a instrui și soluționa o anumită cauză penală, respectiv dreptul și obligația organelor de judecată de a judeca și soluționa o anumită cauză⁴. Considerăm că cea mai elocventă definiție a competenței este aceea conform căreia aceasta reprezintă “sfera atribuțiilor pe care le are de îndeplinit, potrivit legii, fiecare categorie de organe judiciare în cadrul procesului penal.”⁵

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (e-mail: lupsor.alexandra@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ.dr Mircea Damaschin.

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (e-mail: raluca.apostol@gmail.com).

¹V. Dongoroz, *Curs de procedură penală*, ediția a II-a, București, 1942, p.101.

²N. Volonciu, *Drept procesual penal*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1972, p.126.

³V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1975, p.98.

⁴S. Kahane, *Dreptul procesual penal*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1963, p.59.

⁵I. Neagu, *Tratat de procedură penală – Partea generală*, editia a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.349.

2. Cuprins

Reglementarea competenței în dreptul procesual român se bazează pe următoarele două reguli principale: asigurarea unei ample cuprinderi de atribuții organelor la care cetățenii au acces cel mai ușor. În materia urmăririi, organul de competență generală având atribuite cele mai numeroase cauze este organul de cercetare al poliției, iar în materia judecării este judecătoria; cauzele mai complexe sau dificile sunt date către organe superioare având o calificare mai înaltă, astfel realizându-se ridicarea calității activității procesuale.

Cauzele penale sunt extrem de variate prin natura sau gravitatea faptelor săvârșite, locul unde ele au fost comise ori persoana făptuitorului, iar atribuțiile funcționale, specializarea și gradul mai mult sau mai puțin ridicat de profesionalitate a fiecărui organ judiciar constituie factori de care trebuie să se țină seama în distribuirea cauzelor penale între diversele organe judiciare.⁶ Repartizarea cauzelor penale și a activităților procesuale între organele judiciare impune folosirea conceptului de formă sau modalitate a competenței.

Formele fundamentale ale competenței sunt: competența funcțională (*ratione officii*), competența materială (*ratione materiae*), și competența teritorială (*ratione loci*).

Competența funcțională este determinată de atribuțiile specifice conferite de lege organelor judiciare în desfășurarea procesului penal și de modul particular în care se realizează activitatea procesuală în diferitele faze sau etape ale cauzei ori în raport de caracterul deosebit al unor instituții. Spre exemplu, potrivit competenței funcționale, tribunalele desfășoară următoarele categorii de activități: judecă în primă instanță, în recurs și soluționează anumite conflicte de competență. Diversele activități sunt îndeplinite în cadrul procesului penal de organe diferențiate, având atribuțiuni deosebite. Cercetarea este efectuată de anumite organe, în timp ce supravegherea urmăririi revine altui organ; niciun organ de cercetare nu poate sesiza la terminarea urmăririi penale instanța, trimiterea în judecată fiind dată numai în competența procurorului; anumite instanțe judecă o cauză în primă instanță și altele în apel sau în recurs; există și cazuri când o anumită activitate este dată în competența funcțională exclusivă numai a unui singur organ.

În cadrul competenței funcționale, judecătoria judecă în primă instanță. Fiind egal în grad cu judecătoria, tribunalul militar judecă doar în primă instanță. Tribunalul judecă în primă instanță și în recurs (prin Legea 202/2010, art.27 C.proc.pen – Competența tribunalului, punctul 2 a fost abrogat; astfel, tribunalul nu mai judecă apelurile împotriva hotărârilor penale pronunțate de judecătoria în primă instanță); soluționează conflictele de competență ivite între judecătorii din circumscripția sa, precum și în alte cazuri prevăzute de lege. Se face distincție între “soluționare” și “judecată”, deoarece judecarea vizează fondul cauzei, iar soluționarea vizează probleme care nu se referă la fondul cauzei.⁷

Tribunalul militar teritorial are atribuții simetrice cu tribunalul, de judecată în primă instanță, recurs și soluționarea conflictelor de competență ivite între tribunalele din raza sa teritorială. Ca și în cazul competenței tribunalului, prin Legea 202/2010, punctul 2 al art.28 C.proc.pen.a fost abrogat. Astfel, tribunalul militar teritorial nu mai judecă apelurile împotriva hotărârilor pronunțate în primă instanță de tribunalele militare.

Curtea de Apel judecă în primă instanță, apel, recurs și soluționează conflictele de competență ivite între judecătorii și tribunalele din circumscripția sa. Soluționează cererile prin care s-a solicitat extrădarea sau transferul persoanelor condamnate în străinătate.

Curtea Militară de Apel judecă în primă instanță, apel, recurs și soluționează conflictele de competență ivite între tribunalul militar teritorial și tribunalele militare din raza sa de competență, ori a unor tribunale militare teritoriale diferite.

⁶ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală- Partea generală*, Vol. I, editia a III-a, Ed. Paideia, p.275.

⁷ I. Neagu, *op.cit.*, p. 223.

Înalta Curte de Casație și Justiție, având rolul principal de a asigura aplicarea și interpretarea unitară a legii, are următoarele atribuții: judecă în primă instanță și recurs, soluționează conflictele de competență pentru care Curtea este instanță comună și superioară, rezolvă cazurile în care cursul justiției ar fi întrerupt, în fața oricărei instanțe, soluționează cererile de strămutare a judecării unei cauze de la o instanță judecătorească la alta.

De asemenea, Secțiile Unite judecă recursuri în interesul legii, soluționează sesizări privind schimbarea jurisprudenței Curții, sesizează Curtea Constituțională pentru controlul constituționalității legilor înainte de promulgare.

Competența materială este determinată de obiectul cauzei penale, adică de faptul juridic care a produs conflictul de drept penal și în legătură cu care se desfășoară activitatea judiciară. Prin competența materială se stabilește sfera atribuțiilor unui anumit organ, sferă care îi delimitează competența în raport cu organele inferioare sau superioare în grad.

Criteriile care se au în vedere la stabilirea competenței materiale sunt nenumărate. Cele mai importante sunt natura și gravitatea infracțiunii ori complexitatea cauzei penale. Pentru a simplifica reglementarea competenței materiale se folosesc două sisteme de determinare: determinare abstractă și cea concretă.

Prin determinare abstractă se stabilește ce grupe mari sau categorii de infracțiuni sunt de competența unui anumit organ judiciar⁸. Astfel organele de cercetare ale poliției judiciare au o competență de cercetare penală generală, precum și judecătoriile. Pentru buna desfășurare a activității organelor judiciare se impune respectarea fermă a competenței lor materiale. Nerespectarea normelor legale privind competența materială produce o vătămare care constă în dereglarea mecanismului prin care este administrată justiția.⁹ Aceasta este și explicația pentru care încălcarea dispozițiilor legale privind această competență se sancționează cu nulitatea absolută. În cazul în care procurorul sau una din părți observă că organul care instrumentează cauza respectivă nu are competențe fixate de lege pot ridica excepția de necompetență materială. Aceasta poate fi ridicată în tot cursul procesului penal, până la pronunțarea hotărârii definitive.

Competența materială a judecătoriei. Din punct de vedere al competenței, judecătoria are o *competență generală*. Potrivit art.25 alin (1) C.proc.pen, modificat prin Legea nr.45/1993, judecătoria judecă în primă instanță toate infracțiunile, cu excepția celor date prin lege în competența altor instanțe. Legea 281/2003 a introdus alin (2) al art.25, ce prevede că judecătoria soluționează și alte cazuri anume prevăzute de lege. Este vorba de acele cazuri în care judecătoria este investită, potrivit legii, cu judecarea unor cereri distincte, cum ar fi cele de luare, de revocare, de menținere, de înlocuire sau de încetare a măsurilor preventive ori a luării din oficiu a unor măsuri procesuale sau a autorizării unor tehnici speciale de procedură (intercepții, înregistrări audio sau video; percheziții; utilizarea martorilor anonimi; etc).

Competența materială a tribunalului. Tribunalele judecă, în primă instanță, procesele și cererile date prin lege în competența lor (art.27 C.proc.pen.). Este vorba de infracțiuni mai grave și cu elemente ce conferă un grad de complexitate, cum ar fi omorul (simplu, calificat sau deosebit de grav), pruncuciderea, determinarea sau înlesnirea sinuciderii, tâlhăria care a produs consecințe deosebit de grave sau a avut ca urmare moartea victimei, distrugerea calificată, neglijența în păstrarea secretului de stat, luarea și darea de mită, tortura, supunerea la rele tratamente, înlesnirea evadării, traficul de stupefiante, infracțiunile de spălare de bani, bancruta frauduloasă, trafic și consum ilicit de droguri, etc. Tribunalul mai judecă de asemenea infracțiunile privind traficul de persoane și în legătură cu traficul de persoane, infracțiuni de falsificare a mijloacelor de plată electronice precum și infracțiunile privind criminalitatea organizată.

Competența materială a Curții de Apel. Curtea de Apel judecă în primă instanță cauzele date în competența ei prin lege. Potrivit art.28¹ pct. 1 C.proc.pen., modificat prin Legea 202/2010, judecă

⁸ N. Volonciu, *Drept procesual penal*, Ed.Didactică și Pedagogică, București, 1972 , p.129

⁹ I. Neagu, *op.cit.*, p.353.

în primă instanță: infracțiunile contra siguranței statului, contra păcii și omenirii, infracțiunile săvârșite de șefii cultelor religioase organizate în condițiile legii și de ceilalți membri ai înaltului cler care au cel puțin rangul de arhiepiscop sau echivalent al acestuia, infracțiunile săvârșite de magistrații asistenți de la Înalta Curte de Casație și Justiție, de judecătorii de la curțile de apel și Curtea Militară de Apel, precum și de procurorii de la parchetele de pe lângă aceste instanțe, infracțiunile săvârșite de membrii Curții de Conturi, de Președintele Consiliului Legislativ și de Avocatul Poporului, infracțiuni privind siguranța națională a României (prevăzute în legi speciale) și infracțiunea de conflict de interese, precum și infracțiunile de terorism (Legea nr. 535/2004).

Ca instanță de apel, curtea judecă apelurile declarate împotriva hotărârilor penale pronunțate în primă instanță de tribunale (art.28¹ pct.2 C.proc.pen), iar ca *instanță de recurs*, conform modificărilor aduse prin Legea 202/2010, judecă recursurile împotriva hotărârilor penale pronunțate de judecătorii în primă instanță, cu excepția celor date în competența tribunalului, precum și în alte cazuri anume prevăzute de lege.

Competența materială a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Sub aspectul competenței materiale Înalta Curte de Casație și Justiție judecă în primă instanță alte cauze date prin lege în competența sa [art.29 pct. 1 lit.g) C.proc.pen]. Legea nr. 304/2002, art. 20, prevede că secția penală a Înaltei Curții judecă în primă instanță procesele penale și cererile date prin lege în competența sa de primă instanță. Această nouă competență este determinată în concret de textul de lege, dar cu toate acestea cauzele repartizate sunt neomogene, deoarece practic, unicul criteriu avut în vedere îl constituie cel referitor la calitatea persoanei (atât subiect activ cât și subiect pasiv).

Ca instanță de recurs Înalta Curte de Casație și Justiție judecă recursurile formulate împotriva hotărârilor penale pronunțate în primă instanță de curțile de apel, recursurile formulate împotriva hotărârilor penale pronunțate, ca instanță de apel, de curțile de apel, recursurile formulate împotriva hotărârilor penale pronunțate, în primă instanță, de secția penală a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Totodată ea soluționează și recursurile declarate împotriva hotărârilor nedefinitive sau a actelor judecătorești de orice natură, care nu pot fi atacate pe nicio cale, iar cursul judecății a fost întrerupt în fața curților de apel.

Înalta Curte de Casație și Justiție în completul de 5 judecători judecă recursurile declarate împotriva hotărârilor pronunțate în primă instanță de Înalta Curte (prin secția penală), precum și alte cauze date de lege în competența sa. *Înalta Curte de Casație și Justiție în Secții Unite* judecă recursurile în interesul legii împotriva hotărârilor penale definitive.

Competența teritorială este competența în a cărei determinare s-a ținut seama de elementele generale de ordin spațial arătate în lege (locul săvârșirii infracțiunii, locul prinderii infractorului, locul unde locuiește infractorul sau persoana vătămată) sau de unele localizări speciale (infracțiuni la care determinările generale nu se cunosc, infracțiuni săvârșite în străinătate, ori la bordul unor nave sau aeronave). Competența teritorială diferențiază, din punct de vedere teritorial, organele judiciare cu o egală competență materială¹⁰. Existența competenței teritoriale se justifică avându-se în vedere cel puțin două rațiuni. Prin împărțirea teritoriului țării în circumscripții judiciare, fiecare organ a fost abilitat în anumite limite spațiale, fără a se suprapune sau amesteca în activitatea altor organe. Pe de altă parte, competența într-o situație concretă nu poate fi determinată exclusiv după criteriul material, deoarece prin acesta se stabilește doar gradul organului competent, ori există numeroase organe care sunt între ele la același nivel.¹¹

În vederea stabilirii acestei competențe au fost alese repere diferite, după cum infracțiunile au fost săvârșite în țară sau în străinătate. Potrivit art. 30, alin (1) C.pr.pen., competența după teritoriu, pentru infracțiunile săvârșite în țară, este determinată de următoarele criterii: locul unde a fost săvârșită infracțiunea, locul unde a fost prins făptuitorul, locul unde locuiește acesta sau persoana vătămată.

¹⁰T. Pop, Drept procesual penal, vol.II, Tipografia Națională, Cluj, 1946, p.158.

¹¹N. Volonciu, *Tratat de procedură penală- Partea generală*, Vol. I, ediția a III-a, Ed. Paideia, p.281.

Pentru a preîntâmpina conflictele de competență ce ar putea să apară între organele judiciare, legiuitorul a stabilit regulile după care, în funcție de criteriile arătate în art. 30 alin (1), o anumită cauză penală revine spre rezolvare unui anumit organ judiciar. Astfel, în art 45. alin (1) C.pr.pen., se precizează, mai întâi, că regulile în materie de competență teritorială se aplică în același mod atât în cursul urmăririi penale, cât și în cursul judecării, iar în art. 45 alin (3), alin (4), se stabilește modul în care operează criteriile prevăzute în art. 30 alin (1).

Repartizarea spre a fi rezolvată o cauză penală, în cadrul reperelor prevăzute în art 30 alin(1), se realizează ținându-se seama de modul în care a fost făcută sesizarea organelor penale care intră în concurs pentru soluționarea cauzei. Astfel, în cazul în care a fost sesizat un singur organ dintre cele prevăzute de art. 30 alin (1), acesta va fi competent să rezolve cauza penală. În cazul în care au fost sesizate două sau mai multe organe dintre cele amintite mai sus, competența se stabilește prin lege. Astfel, potrivit art 45 alin (2), în caz de sesizări simultane operează “preferința legală”¹², adică prioritatea se stabilește în ordinea enumerării organelor prevăzute în art 30 alin (1). În asemenea situații este preferat, în primul rând, organul de la locul săvârșirii infracțiunii. În situația în care acest organ nu face parte dintre cele sesizate, este preferat organul de la locul unde a fost prins făptuitorul. Dacă au fost sesizate simultan numai organele prevăzute în art 30 alin (2) lit. c) și d), este preferat organul de la locul unde locuiește făptuitorul.

O asemenea ordine a fost stabilită în cadrul preferinței legale deoarece s-a avut în vedere, în primul rând, buna desfășurare a procesului penal. În acest sens, la locul săvârșirii infracțiunii pot fi culese și administrate cel mai ușor probele.¹³

În ipoteza în care organele judiciare au fost sesizate în momente diferite, competența revine organului care a fost mai întâi sesizat, operând, în acest caz, o preferință cronologică.

În raport cu prevederile art, 30 alin (2) și art 30 alin (1), o instanță judecătorească este competentă din punct de vedere teritorial dacă sunt îndeplinite cumulativ două condiții: instanța să aibă sediul în raza de activitate a organului de urmărire penală și să îndeplinească una din condițiile cerute de art. 30 alin (1) lit. a)-d).

În ceea ce privește secțiile maritime și fluviale ale organelor judiciare de la Constanța și Galați înființate prin Decretul nr.203/1974, privind infracțiunile săvârșite în țară, competența teritorială este stabilită în felul urmator: secțiile maritime și fluviale din Constanța soluționează cauzele penale privind infracțiunile prevăzute de lege săvârșite în raza județelor Constanța și Tulcea, marea teritorială și Dunărea până la mila marină 64 inclusiv; secțiile maritime și fluviale din Galați au competență pentru celelalte județe și Dunărea de la mila 64 în amonte până la km fluvial 1075.

Când infracțiunile de competența materială a secțiilor maritime și fluviale sunt săvârșite pe o navă aflată în afara apelor românești, competența revine secțiilor maritime și fluviale Constanța, dacă nava este maritimă, și secțiilor maritime și fluviale Galați, dacă nava este fluvială.

În ceea ce privește infracțiunile săvârșite în afara teritoriului țării, acestea se judecă, după caz, de către instanțele civile sau militare în a căror circumscripție își are domiciliul sau locuiește făptuitorul. Dacă acesta nu are domiciliu și nici nu locuiește în România, și fapta este de competența judecătorei, judecarea cauzei are loc la Judecătoria Sectorului 2, iar în celelalte cazuri, de instanța competentă după materie și calitatea persoanei, din Municipiul București.

Infracțiunea săvârșită pe o navă este de competența instanței în a cărei circumscripție se află primul port român în care ancorează nava, afară de cazul în care prin lege se dispune altfel. Infracțiunea săvârșită pe o aeronavă este de competența instanței în a cărei circumscripție se află primul loc de aterizare pe teritoriul român. Dacă nava nu ancorează într-un port sau dacă aeronava nu aterizează pe teritoriul român, competența revine instanțelor civile sau militare din București, iar dacă fapta este de competența judecătorei, cauza va reveni spre soluționare Judecătoria Sectorului 2 București.

¹² N.Volonciu, *Drept procesual penal*, Ed.Didactică și Pedagogică, București, 1972, p.137.

¹³ I. Neagu, *op.cit.*, p.356.

Urmărirea penală a infracțiunilor săvârșite în străinătate se efectuează de către organul de urmărire penală din circumscripția instanței competente să judece cauza.

În cazul în care, dintre mai multe infracțiuni conexe săvârșite de un făptuitor care nu are domiciliul și nici nu locuiește în România, unele sunt săvârșite în afara teritoriului țării, iar altele în țară, competența teritorială se determină potrivit art 30.

Nerespectarea regulilor de competență teritorială atrage sancțiunea nulității relative.

Când se constată că un anumit organ judiciar nu este competent din punct de vedere teritorial, procurorul sau oricare dintre părți poate ridica excepția de necompetență teritorială. Aceasta poate fi ridicată, conform art. 39 alin (2) C.proc.pen., numai până la citirea actului de sesizare în fața primei instanțe de judecată.

Formele subsidiare ale competenței sunt: competența personală, competența specială și competența excepțională.

Competența personală (*ratione personae*) poate fi determinată de calitatea făptuitorului. În acest caz, stabilirea competenței se face având în vedere calitatea sau starea unei persoane (intuitu personae), aceasta atragând și denumirea competenței respective. În privința acestei competențe interesează, de regulă, numai calitatea făptuitorului, calitatea celorlalte părți neavând, în principiu, nicio relevanță pe acest plan. Nu orice calitate pe care o are subiectul activ al infracțiunii atrage competența personală a organelor judiciare, ci numai acea calitate prevăzută în mod expres de lege. Astfel, calitatea de militar a inculpatului determină judecata lui în instanțele militare, calitatea de judecător la judecătoria atrage judecarea de către curtea de apel, etc.

Calitatea celorlalte părți din proces este irelevantă din punctul de vedere al determinării competenței personale. De exemplu, calitatea părții vătămate nu poate determina competența instanței ce urmează să judece cauza. Prin reglementările din actuala Constituție determină competența personală a anumitor organe judiciare și calitatea de Președinte al României, calitatea de senator, deputat ori membru al Guvernului, competența de judecată în aceste cazuri revenind numai Înaltei Curți de Casație și Justiție. Cu privire la răspunderea membrilor Guvernului, în art. 109 pct.2 din Constituție se prevede că trimiterea în judecată a unui membru al Guvernului, pentru faptele săvârșite în exercițiul funcției, atrage suspendarea lui din funcție și judecarea acestuia de către Înalta Curte de Casație și Justiție. În privința deputaților și senatorilor, în art. 72 pct. 2 din Constituție se arată că aceștia pot fi urmăriți și trimiși în judecată penală pentru fapte care nu au legătură cu voturile sau cu opiniile politice exprimate în exercitarea mandatului, competența de judecată aparținând Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Calitatea de persoană care aparține organelor judiciare atrage competența personală din necesitatea de a elimina, în cazul unor asemenea persoane, orice îndoială în ceea ce privește modul în care este înlăunțuită justiția de către organele competente.¹⁴ Persoanele își pot modifica în timp calitatea; o persoană poate avea o anumită calitate în momentul săvârșirii infracțiunii și alta în momentul urmăririi, respectiv a judecării cauzei. Aceasta ridică două probleme: de a se cunoaște momentul care trebuie avut în vedere în stabilirea calității infracțorului și de a se vedea în ce măsură schimbările survenite cu privire la această calitate influențează competența. Principiul general este că în determinarea competenței personale hotărâtor este momentul când s-a săvârșit infracțiunea. De aceea, urmează a se avea în vedere întotdeauna calitatea pe care o are făptuitorul în momentul comiterii infracțiunii. Conform art.40, alin.2 C.pr.pen, dobândirea calității după săvârșirea infracțiunii nu determină schimbarea competenței, cu excepția situației în care calitatea dobândită atrage competența instanței supreme.

Dacă infracțorul în momentul săvârșirii faptei prevăzute de legea penală are o calitate care atrage o competență personală, aceasta nu se păstrează prin pierderea calității până în momentul procesului penal. Totuși, competența se menține deși s-a pierdut calitatea, dacă fapta are legături cu

¹⁴ V.Dongoroz et alii, *op.cit.*, p.107.

atribuțiunile de serviciu ale făptuitorului sau dacă s-a dat o hotărâre care a rezolvat cauza în primă instanță.

Competența personală a judecătoriei. În principiu, judecătoria nu are o astfel de competență, deși este reglementată în mod excepțional o competență după calitatea persoanei pentru judecătoriile Constanța și Galați (secțiunile maritime și fluviiale), care judecă în primă instanță infracțiunile împotriva protecției muncii și cele în legătură cu serviciul, comise de personalul marinei civile.

Competența personală a tribunalului. Tribunalul judecă în primă instanță infracțiunile săvârșite de polițiștii care au calitatea de organe de cercetare ale poliției judiciare (agenții de poliție judiciară).

Competența personală a tribunalului militar. Tribunalul militar judecă, în primă instanță doar infracțiunile săvârșite de militari (cele prevăzute în art. 331-352 C.pen), precum și alte infracțiuni săvârșite în legătură cu îndatoririle de serviciu, comise de militari cu gradul până la colonel inclusiv, cu excepția celor date în competența altor instanțe. După adoptarea Legii nr. 356/2006 s-a renunțat la competența tribunalului militar în ceea ce privește infracțiunile prevăzute de art. 348-354 C.pen., săvârșite de civili. Dispar astfel două categorii de infracțiuni: cele ce pot fi săvârșite atât de militari cât și de civili, cât și cele ce pot fi săvârșite doar de civili în legătură cu serviciul militar, rezultat pe de-o parte al renunțării la serviciul militar obligatoriu, cât și al tendinței de reducere a competenței tribunalului militar la infracțiunile săvârșite de militari. Astfel s-a realizat o restrângere fără precedent a competenței acestuia, reducându-se practic la infracțiunile prevăzute în Titlul X din Codul penal și orice alte infracțiuni comise de militari în legătură cu îndatoririle lor de serviciu. La acestea se adaugă judecarea și soluționarea altor cauze prevăzute de lege.¹⁵

Competența personală a tribunalului militar teritorial. În literatura penală s-a subliniat că tribunalul militar teritorial judecă în primă instanță, în ipotezele arătate de art.28 C.proc.pen, atât potrivit competenței personale, cât și potrivit competenței materiale, datorită întrepătrunderii dintre acestea în anumite cazuri (spre exemplu: infracțiunea de omor săvârșită de un militar până la gradul de căpitan inclusiv).¹⁶ În primă instanță, acesta judecă acele infracțiuni arătate în art. 27 pct. 1 lit. a)-e) C.proc.pen dacă sunt săvârșite de militari în legătură cu îndatoririle lor de serviciu și alte infracțiuni date prin lege în competența sa. Așadar, competența este modificată corespunzător în raport de calitatea persoanei, care este corelată cu cea prevăzută de lege pentru tribunal.

Ca instanță de recurs, în concordanță cu modificările aduse prin Legea 202/2010, tribunalul militar teritorial judecă recursurile împotriva sentințelor pronunțate de tribunalele militare privind infracțiunile pentru care punerea în mișcare a acțiunii penale se face la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, precum și recursurile împotriva hotărârilor penale pronunțate de tribunalul militar în materia măsurilor preventive, a liberării provizorii sau a măsurilor asigurătorii, a hotărârilor penale pronunțate de tribunalul militar în materia executării hotărârilor penale sau a reabilitării, precum și în alte cazuri anume prevăzute de lege.

Competența personală a curții de apel. După calitatea persoanei, Curtea de Apel judecă în primă instanță următoarele cauze: infracțiunile săvârșite de judecătorii de la judecătorii și tribunale și de procurorii de la parchetele de pe lângă aceste instanțe; infracțiunile săvârșite de avocați, executori judecătorești, notari publici; infracțiuni săvârșite de controlorii financiari ai Curții de Conturi; infracțiunile săvârșite de către ofițerii de poliție judiciară; infracțiuni săvârșite de șefii cultelor religioase și de ceilalți membri ai înaltului cler, care au cel puțin rangul de arhieru sau echivalent al acestuia; infracțiuni săvârșite de magistrații asistenți de la Înalta Curte de Casație și Justiție, de judecătorii de la curțile de apel și Curtea Militară de Apel, precum și de procurorii de la parchetele de pe lângă aceste instanțe; infracțiuni săvârșite de membrii Curții de Conturi, de președintele Consiliului Legislativ și de Avocatul Poporului.

¹⁵ G. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I*, Editura CH Beck, București, 2007, p.439.

¹⁶ N.Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol.I*, Ed.Paideia, București, 1999, p 293.

Competența personală a Curții Militare de Apel. Potrivit legii, judecă în primă instanță, cauzele date în competența sa după cum urmează: infracțiunile contra siguranței statului prevăzute de Codul penal în art. 155-173 și infracțiunile contra păcii și omenirii prevăzute de Codul penal în art. 356-361 dacă sunt săvârșite de militari; infracțiunile săvârșite de judecătorii tribunalelor militare și ai tribunalelor militare teritoriale, precum și de procurorii militari de la parchetele militare de pe lângă aceste instanțe; alte infracțiuni date prin lege în competența sa.

Ca instanță de apel, Curtea Militară de Apel judecă apelurile împotriva hotărârilor pronunțate în primă instanță de tribunalele militare teritoriale. Ca instanță de recurs, conform Legii 202/2010, judecă recursurile împotriva hotărârilor penale pronunțate de tribunalul militar în primă instanță, cu excepția celor date în competența tribunalului militar teritorial, precum și în alte cazuri anume prevăzute de lege.

Competența personală a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Potrivit art. 29, punctul 1 C.proc.pen, modificat prin Legea 202/2010, Înalta Curte de Casație și Justiție judecă în primă instanță infracțiunile săvârșite de senatori, deputați, europarlamentari, membrii Guvernului, judecătorii Curții Constituționale, mareșali, amirali, generali, chestori, membrii Consiliului Superior al Magistraturii, judecătorii Înaltei Curți de Casație și Justiție, precum și de procurorii de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

Ca instanță de recurs, Secția penală judecă recursurile împotriva sentințelor pronunțate în primă instanță de Curtea Militară de Apel, recursurile împotriva deciziilor pronunțate în apel de Curtea Militară, recursurile împotriva hotărârilor pronunțate în primă instanță, de secția penală a Înaltei Curți (în Complet de 9). Secțiile Unite judecă recursuri în interesul legii. Înalta Curte de Casație și Justiție are în competența sa și judecarea Președintelui României pentru fapte de înaltă trădare.

Competența specială este competența pe care o au organele special înființate în legătură cu infracțiuni dintr-un anumit domeniu și care de regulă necesită o specializare. Competența specială este competența unică și exclusivă pe care o au anumite organe judiciare de a rezolva cauze penale privind infracțiuni ce aduc atingere unei anumite sfere de relații sociale.¹⁷

După unele păreri, competența specială nu trebuie confundată cu competența organelor speciale¹⁸. Astfel, competența este specială atunci când un organ este însărcinat să soluționeze o cauză care intră în competența sa după regulile de competență ordinară.

O situație este cazul căpitanilor de porturi care sunt competenți pentru infracțiunile contra siguranței navigației pe apăși contra disciplinei și ordinii la bord. În urmărirea acestor fapte căpitanul de port este evident specializat (ca un organ anume creat pentru cercetarea infracțiunilor din domeniul respectiv).

În materia judecării o competență specială revine secțiilor maritime și fluviale ale judecătorilor și tribunalelor județene din Constanța și Galați, care au competența de a rezolva cauzele penale privind infracțiunile săvârșite în legătură cu regimul navigației maritime și fluviale.

Competența excepțională. Competența poate fi influențată uneori de împrejurări cu totul excepționale cum ar fi: starea de război, starea de asediu sau altă situație cu totul deosebită. Aceste împrejurări pot determina ca o cauză să fie luată din competența obișnuită a unui organ și dată în mod excepțional și pentru perioada de timp cât durează situația excepțională, în competența altui organ. Prin natura sa, competența excepțională are un caracter temporal. Competență excepțională pot avea atât organele judiciare care funcționează în cadrul sistemului judiciar, câtși organele judiciare create în mod excepțional.¹⁹

Subliniem faptul că potrivit art. 126 pct.5 din noua Constituție a României, este interzisă înființarea de instanțe extraordinare.

¹⁷G.Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I*, Editura CH Beck, București, 2007 p.162.

¹⁸V. Dongoroz, *op.cit.*, p.141.

¹⁹Gr. Theodoru, *Drept procesual penal.Parte generală*, Ed.Cugetarea, Iași, 1996, p.98.

O altă problemă ce prezintă un deosebit interes o reprezintă conflictele de competență.

Din soluționarea greșită a excepțiilor de necompetență se pot naște conflicte de competență. Prin conflict de competență se înțelege situația juridică provocată de hotărârile a două sau a mai multor instanțe de judecată prin care se recunosc competente să judece aceeași cauză sau prin care își declină succesiv una altele judecarea aceleiași cauze penale. Se pot ivi astfel conflicte pozitive și negative de competență.

Există conflict pozitiv de competență când două sau mai multe instanțe judecătorești sunt sesizate cu judecarea aceleiași cauze penale și toate se declară competente să o judece. O astfel de situație se poate ivi mai ales în cazul competenței teritoriale, care prevede mai multe criterii de loc, ceea ce crează posibilitatea ca mai multe instanțe de același grad, în raport de unul din criterii, să se declare competente.

Există conflict negativ de competență când două sau mai multe instanțe judecătorești își declină pe rând competența, una în favoarea celeilalte. Producerea conflictului negativ de competență se explică prin rezolvarea greșită a excepției de necompetență de una din instanțele care și-au declinat competența, fie instanța care și-a declinat prima competența, fie instanța care a refuzat să judece, considerându-se necompetentă. Conflictul negativ de competență se produce mai ales în legătură cu competența după materie sau după calitatea persoanei, astfel încât poate avea loc între instanțe judecătorești de categorii diferite – civile și militare – sau de grad diferit – judecătoria, tribunale, curți, ori de categorii și grade diferite: judecătoria și tribunal militar teritorial.

Conflictele de competență pot avea loc numai între autorități care desfășoară aceeași activitate procesuală; nu pot exista conflicte de competență între un procuror și o instanță judecătorească sau între o instanță judecătorească și un organ administrativ cu atribuții jurisdicționale.

Conflictele de competență trebuie rezolvate pentru a se putea continua judecarea cauzei de către instanța competentă. Rezolvarea conflictelor de competență prin stabilirea instanței competente, potrivit legii, se produce prin regulatorul de competență.

Rezolvarea conflictelor de competență este încredințată instanței ierarhic superioare comune. Astfel, conflictul de competență dintre două judecătoria din circumscripția teritorială a aceluiași tribunal este rezolvat de acesta; dacă însă conflictul se ivește între judecătoria din circumscripția teritorială a două tribunale, dar care se află în circumscripția aceleiași curți de apel, se va rezolva de aceasta; un conflict de competență ivit între două judecătoria care se află în circumscripția teritorială a două curți de apel diferite va fi soluționat de secția penală a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Instanța supremă este îndrituită să rezolve și conflictele de competență între două tribunale din circumscripția teritorială a două curți de apel diferite, dintre două curți de apel. O rezolvare similară este prevăzută și pentru instanțele militare; tribunalul militar teritorial rezolvă conflictele de competență între două tribunale militare, care actualmente au ca instanță ierarhic comună acest unic tribunal militar teritorial; Curtea Militară de Apel rezolvă conflictele de competență între un tribunal militar și tribunalul militar teritorial sau, dacă se va institui și un al doilea tribunal militar teritorial, rezolvă conflictul de competență ivit între acestea; Înalta Curte de Casație și Justiție va rezolva conflictul de competență între un tribunal militar teritorial și Curtea Militară de Apel, precum și orice conflict de competență între o instanță de drept comun și oricare instanță militară.

Sesizarea instanței ierarhic superioare comune se face, în caz de conflict pozitiv de competență, de instanța care s-a declarat competentă ultima, iar în caz de conflict negativ de competență de ultima instanță care și-a declinat competența. Sesizarea conflictului se poate face în toate cazurile de Ministerul Public sau de părțile în proces. Până la soluționarea conflictului de competență, judecarea cauzei se suspendă, iar instanța care și-a declarat ultima competența sau care și-a declinat ultima competența ia măsurile și efectuează actele ce reclamă urgență, cum ar fi luarea măsurilor asigurătorii sau revocarea unor măsuri preventive.

Instanța sesizată cu rezolvarea conflictului de competență – instanța ierarhic superioară comună – citează părțile și, după ce în ședință ascultă concluziile Ministerului Public și ale părților, pronunță o hotărâre prin care soluționează conflictul de competență, în sensul că stabilește instanța

competentă să judece cauza. Pentru a adopta o astfel de hotărâre, instanța de regulator de competență stabilește ea însăși situația de fapt rezultată din dosarul de urmărire penală și, în raport de aceasta, precizează încadrarea juridică în baza căreia se determină competența.

Este posibil ca instanța sesizată pentru regulator de competență să constate că, în realitate, competentă să judece cauza este o altă instanță decât cea aflată în conflict, dar care nu-i este inferioară ierarhic pentru a o îndreptăți să rezolve conflictul de competență; în acest caz, pentru a hotărî asupra conflictului de competență, cauza se trimite la Înalta Curte de Casație și Justiție, care este instanța ierarhic superioară tuturor instanțelor judecătorești din țara noastră.

Hotărârea prin care se soluționează conflictul de competență emanând de la o instanță ierarhic superioară instanțelor în conflict este obligatorie pentru instanța căreia i se trimite cauza spre judecată (atributivă de competență), aceasta neavând dreptul de a refuza judecarea cauzei sub motivul că nu este competentă. Totuși, dacă în urma completării cercetării judecătorești se ajunge la o altă situație de fapt decât cea reținută prin regulator și, ca urmare, la schimbarea încadrării juridice a faptei într-o infracțiune pentru care nu mai este competentă, instanța competentă prin atribuire de competență își poate declina competența în favoarea instanței devenite competentă potrivit noii situații de fapt și de drept. Fiind pronunțată de o instanță de control, hotărârea prin care se rezolvă conflictul de competență este o decizie și nu este supusă unei căi de atac ordinare.

Actele îndeplinite și măsurile dispuse până în momentul regulatorului de competență pot fi folosite de instanță în favoarea căreia s-a soluționat conflictul de competență.

3. Concluzii

Procedura penală reprezintă motorul care duce la realizarea scopului final al dreptului penal, apărarea valorilor sociale în complexitatea lor. Din necesitatea apărării acestor valori sociale reiese și importanța deosebită a competenței instanțelor, singurele care pot pronunța hotărâri ce pot restabili ordinea de drept. Indiferent însă de natura activităților desfășurate pentru realizarea dreptului, în sens mai larg vorbind, pentru înfăptuirea uneia dintre funcțiile statului, autoritățile acestuia trebuie să acționeze pe baza și în limitele competenței prestabilite prin regulile de drept. De aceea este foarte importantă delimitarea competențelor în funcție de teritoriu, infracțiunea comisă și persoana infractorului, pentru că orice persoană care, prin faptele sale, aduce o atingere normelor de drept penal să fie trasă la răspundere în conformitate cu litera legii (nulla poena sine lege) iar acea modalitate de tragere la răspundere penală să se desfășoare prin respectarea drepturilor și demnității persoanei.

Referințe bibliografice:

- Ion Neagu, *Tratat de procedura penala, partea generală*, ed. aII-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010.
- Mateuț Gheorghită, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I*, Editura CH Beck, București, 2007.
- Theodoru Grigore, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București.
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010.
- Dongoroz Vintilă, Kahane Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. I*, Editura Academiei, București, 1976

ARESTAREA NELEGALĂ ȘI CERCETAREA ABUZIVĂ

Andreea ROȘCAN*

Abstract

In the present study we intend to analyze the crime named "Illegal detention and abusive investigation provided by article 266 from the Criminal Code. This offence is one of the most important crimes against justice because not just one time citizens rights are violated and they may feel threatened, stigmatized or injured. In fact this crime is a topic often avoided and contested based on the fact that public institutions do not make mistakes and they are always on duty.

Cuvinte cheie: arestarea nelegală, cercetarea abuzivă, drepturile fundamentale ale omului, înfăptuirea justiției, despăgubiri.

I. Considerații introductive

Împiedicarea înfăptuirii justiției constituie unul dintre pericolele majore de natură să pună sub semnul întrebării însăși existența statului de drept. Înfăptuirea justiției este apărată penal, atât prin incriminarea infracțiunilor săvârșite de către persoanele particulare, cât și a celor comise de către cei însărcinați cu aceasta, din structurile organelor specializate ale statului¹.

Pornind de la definiția din limbajul curent, legiuitorul a reglementat aceste două fapte, dorind să ofere o protecție sporită celor care sunt ținuti sub pază în vederea unui proces sau a cercetărilor penale, față de care se efectuează anchete și se dispun măsuri privative de libertate.

Potrivit art. 1 C.proc.pen., desfășurarea activității judiciare are drept scop constatarea la timp și în mod complet a faptelor care constituie infracțiuni, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală. Acest text de lege constituie o consacrare a principiului procesual conform căruia nicio persoană nevinovată nu trebuie trasă la răspundere penală.

Tot în Codul de procedură penală, în art. 68 alin.(1) se prevede că este interzisă întrebunțarea de violențe, amenințări ori alte mijloace de constrângere precum și promisiuni sau îndemnuri, în scopul de a se obține probe. O reglementare asemănătoare regăsim și în Codul de procedură italian conform căruia probele dobândite prin încălcarea condițiilor stabilite de lege nu pot fi folosite.²

Cu toate acestea, în practică se comit erori judiciare care au drept rezultat grava vătămare a drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei. Această realitate a condus la adoptarea unor

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (roscan.andreea@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Mircea Constantin Sinescu

¹ În art. 266 C.pen. sunt incriminate două fapte distincte (C.Bulai, *Curs de drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*, 1975-1978, p.92), respectiv arestarea nelegală, care constă în reținerea sau arestarea nelegală ori supunerea unei persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative în alt mod decât cel prevăzut prin dispozițiile legale și cercetarea abuzivă, care constă în întrebunțarea de promisiuni, amenințări sau violențe împotriva unei persoane aflate în curs de cercetare, anchetă penală ori de judecată, pentru obținerea de declarații.

Potrivit alin.(3), constituie variantă asimilată a infracțiunii de cercetare abuzivă întrebunțarea de promisiuni, amenințări sau violențe față de un martor, expert sau interpret. Cele două fapte sunt prevăzute în două alineate ale aceluiași text de lege, întrucât reprezintă forme de manifestare ale abuzului în domeniul activității judiciare. Într-o altă opinie (A.Filipaș, *Infracțiuni contra înfăptuirii justiției*, Editura Academiei, București, 1985, p.141), în textul art. 266 C.pen. sunt cuprinse de fapt trei infracțiuni distincte, și anume: arestarea nelegală, apoi fapta de supunere a unei persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative în alt mod decât cel prevăzut de dispozițiile legale și, în sfârșit, în cel de-al doilea alineat, fapta de cercetare abuzivă.

² P.Pajordi și alții, *Codice Penale e di Procedura Penale*, Editore Pirola, Milano, 1991, p.745.

reglementări care să stabilească condițiile în care cel prejudiciat prin desfășurarea unei proceduri judiciare poate cere repararea vătămării.

II. Evoluție legislativă

Încă din 1864, Codul penal în vigoare incrimina în art.149 delictul de arestare nelegală care consta în fapta unui funcționar care aresta sau ordona a se aresta în mod ilegal o persoană sau prelungea într-un mod ilegal ținerea ei în închisoare. Articolul 150 pedepsea ceea ce astăzi numim "cercetare abuzivă". Textul de lege arăta în mod explicit că este pedepsit nu numai cel ce săvârșește efectiv fapta, ci și cel care ordonă. Elementul material consta în supunerea victimei la "casnă", înțelegându-se prin aceasta folosirea unor mijloace deosebit de periculoase prin intermediul cărora se provoacă victimei suferințe și dureri violente, ieșite din comun.

În Codul penal de la 1992 era incriminată în cadrul "Atentatelor contra libertății" fapta funcționarilor publici, agenților sau vreunui însărcinat al Guvernului, "care vor fi ordonat sau vor fi făcut vreun act arbitrar, prin care să încalce libertatea individuală a unuia sau mai multor cetățeni, sau Constituțiunea țării". Conform legii acelei vremi, arestarea presupunea ca o persoană să fie "apucată" de corpul său și momentan să fie lipsită de facultatea sa de a se duce și a veni, a umbla unde vrea, iar detențiunea presupunea ca această persoană să fi fost reținută într-o închisoare sau într-un alt loc pentru o anumită perioadă de timp.

De asemenea, erau sancționați "funcționarii publici, însărcinați cu poliția administrativă sau judecătorească, cari au refuzat, sau cari au neglijat de a da ascultare unei reclamațiuni legale, ținând a constata detențiunile ilegale și arbitrare, fie în închisorile destinate pentru paza deținuților, fie chiar în orice alt loc, și cari nu vor justifica că au denunțat aceasta autorității superioare".

O altă categorie de persoane sancționate în cazul arestării ilegale erau "directorii, superiorii sau custozii închisorilor sau a oricărei alte case de arest, care vor fi primit un arestat fără mandat sau act judecătorec sau fără ordinea provizorie a autorităților competente, acei cari-l vor ținea închis, sau vor refuza de a-l înfățișa ofițerului de poliție sau aceluia ce aduce oridinea sale, fără a justifica că opunerea lui provine din ordinea procurorului sau judecătorului, se vor pedepsi ca culpabili de închidere arbitrară".

Codul Regelui Mihai I prevedea că funcționarul care arestează, deține ori ordonă să se facă acestea, comite delictul de arestare ilegală, iar funcționarul public care întrebuințează sau dispune să se întrebuințeze violențe, torturi sau orice mijloace ilegale de constrângere contra unui martor sau expert, în scopul de a smulge mărturisiri sau declarații, comite delictul de cercetare abuzivă.³

Codul penal al Regelui Carol al II-lea incriminează faptele de arestare nelegală și cercetare abuzivă în aproape aceleași condiții ca și Codul Regelui Mihai I, sancționându-l însă și pe funcționarul public care "având atribuția de a supraveghea executarea pedepselor privative de libertate sau a arestării preventive, abuzează de acest drept și reține pe condamnat sau arestat, după expirarea termenului legal", precum și pe funcționarul public care "arestează, deține sau reține pe cineva sau ordonă să se facă acestea, în alte localuri decât cele determinate prin lege sau regulament".⁴

În Constituția României este prevăzut în art.53 faptul că "exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune", iar măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o și nu poate atinge existența dreptului sau a libertății. De asemenea, în art.52 se prevede că "statul răspunde patrimonial pentru prejudiciile cauzate prin erorile judiciare".

³ Gr.C.Zotta, Codul Penal Regele Mihai I, publicat în Monitorul Oficial nr.65/18 martie 1936 cu rectificări și completări, ediția a 5-a, Ed. Librăriei R.Cioflec, București, 1942, p.65, 66.

⁴ Codul penal Carol al II-lea. Note explicative de M. G. Constantinescu. Editura ziarului "Universul", 1938.

Prevederea acestor infracțiuni în normativul nostru penal este în deplin acord cu art. 9 din Declarația Universală a Drepturilor Omului care prevede că nimeni nu poate fi, în mod arbitrar, arestat ori deținut, precum și cu art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care prevede că orice persoană are dreptul la libertate și la siguranță.⁵ Paragraful 4 al art. 5 se prezintă ca o garanție care prevede că “orice persoană lipsită de libertatea sa prin arestare sau deținere are dreptul să introducă un recurs în fața unui tribunal, pentru ca acesta să statueze într-un termen scurt asupra legalității deținerii sale și să dispună eliberarea sa dacă deținerea este ilegală”.

În noul Cod penal se regăsește numai infracțiunea de cercetare abuzivă în cadrul art.280 (“întrebuințarea de promisiuni, amenințări sau violențe împotriva unei persoane urmărite sau judecate într-o cauză penală, de către un organ de cercetare penală, un procuror sau un judecător, pentru a o determina să dea ori să nu dea declarații, să dea declarații mincinoase ori să își retragă declarațiile, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică”), din al cărei conținut rezultă că, spre deosebire de actualul Cod penal, unde cercetarea abuzivă se exercită în scopul obținerii de declarații, mărturii, expertize sau interpretări prin diferite mijloace, în cadrul noii incriminări se sancționează obținerea de declarații, împiedicarea dării de declarații, precum și determinarea prin promisiuni, amenințări sau violențe de a da declarații mincinoase ori retragerea declarațiilor.

III. Analiza elementelor constitutive

Așa cum am spus și mai sus, din analiza textului incriminator al art. 266 și după cum rezultă și din denumirea marginală este vorba de două infracțiuni distincte, și anume: arestarea nelegală și cercetarea abuzivă.

Conform alin.(1) al art. 266 arestarea nelegală constă în “reținerea sau arestarea nelegală, ori supunerea unor persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative, în alt mod decât cel prevăzut prin dispozițiile legale”. În alin.(2) al aceluiași articol este incriminată infracțiunea de cercetare abuzivă, ca fiind “întrebuințarea de promisiuni, amenințări sau violențe împotriva unei persoane aflate în curs de cercetare, anchetă penală ori judecată, pentru obținerea de declarații”.

În practica C.E.D.O. se regăsește cazul Scundeanu contra României. Aplicantul, Ion Scundeanu, a deținut funcția de director în cadrul unei companii, care a făcut subiectul unei anchete penale, sub acuzația de fraudă. În aceste condiții, aplicantul a fost pus sub acuzație, rămânând în custodia poliției. El a sesizat Curtea, reclamând faptul că autoritățile române nu l-au informat cu privire la motivul detenției, în ciuda sănătății precare, iar durata arestului preventiv a fost excesiv de lungă în raport cu faptele de care a fost acuzat. În aceste împrejurări Curtea a decis încălcarea art. 3 și art. 5 alin.(3) din Convenție.

Săvârșirea arestării nelegale sau a cercetării abuzive se grefează, în mod necesar, pe o anumită situație premisă. Astfel, săvârșirea arestării nelegale presupune săvârșirea sau credința că s-a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală. În lipsa acestei situații premise, fapta nu poate constitui arestare nelegală, ci, eventual, infracțiunea de lipsire de libertate (art.189) sau infracțiunea de represiune nedreaptă (art.268). De exemplu, reținerea unei persoane, timp de aproximativ 24 de ore, mai întâi la postul de poliție și apoi la consiliul popular, fără să existe probe sau indicii temeinice că a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală și fără să se fi întocmit ordonanța de reținere, încalcă prevederile Codului de procedură penală, constituind infracțiunea de arestare nelegală și cercetare abuzivă.⁶

⁵ În acest sens Curtea Europeană a Drepturilor Omului a hotărât, în cauza Pantea c. României nr. 33343/96, C.E.D.O. 2003-VI, că s-au încălcat dispozițiile art.5 din Convenție în ceea ce privește arestarea acestuia și nepunerea sa în libertate la momentul expirării termenului legal.

⁶ Trib.Suprem, secția penală, completul militar, decizia nr. 42/1973.

A comis infracțiunea de arestare nelegală numitul D.P.S., agent de poliție, care, fără a exista indicii temeinice că persoana vătămată a săvârșit fapta prevăzută de legea penală, a privat-o de libertate în perioada 1 aprilie – 4 aprilie 2003.⁷

La rândul său, cercetarea abuzivă are ca situație premisă preexistentă situația procesuală în care se află subiectul pasiv adiacent, și anume acela de învinuit sau inculpat, martor, expert sau interpret. Pentru existența infracțiunii de cercetare abuzivă, se cere ca întrebuintarea de promisiuni, amenințări sau violențe să aibă loc față de o persoană împotriva căreia a început urmărirea penală sau se află în curs de judecată, faze în care trebuiau respectate cu strictețe garanțiile procesuale în vederea aflării adevărului.⁸

A săvârșit infracțiunea de cercetare abuzivă inculpatul, ajutor de șef de post în comuna H., care a întreprins violențe față de minorul P.F. în exercitarea activității de cercetare penală, în vederea obținerii declarației de recunoaștere a unei fapte de furt.⁹

De asemenea, prin hotărârea Iambor contra României, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că autoritățile judiciare ale statului român au mușamalizat agresiuni asupra persoanelor aflate în stare de deținere. Deși autoritățile române au infirmat susținerile reclamantului, Curtea a observat diferențe între actul medical întocmit la momentul reținerii și actul medical întocmit ulterior, diferențe din care rezultă că persoana reținută avea mai multe leziuni ulterior privării de libertate.

III. 1. Obiectul juridic

Obiectul juridic generic este reprezentat de relațiile sociale a căror existență este asigurată prin apărarea unor valori sociale referitoare la înfăptuirea justiției.

În cazul infracțiunii de arestare nelegală, obiectul juridic îl constituie relațiile sociale privitoare la înfăptuirea justiției penale care implică respectarea întru totul a prevederilor legale, referitoare la luarea măsurilor de reținere sau arestare a unei persoane, precum și a legalității executării pedepselor, măsurilor de siguranță și educative. În secundar, arestarea nelegală are ca obiect juridic relațiile sociale privitoare la libertatea persoanei.

Infracțiunea de cercetare abuzivă are ca obiect juridic special relațiile sociale privitoare la activitatea de înfăptuire a justiției, activitate a cărei desfășurare normală este incompatibilă cu folosirea mijloacelor ilegale împotriva persoanelor prevăzute de textul legal, iar ca obiect juridic special secundar relațiile sociale privitoare la libertatea psihică, morală și integritatea corporală a persoanei.¹⁰

III. 2. Subiecții infracțiunii

În cazul arestării nelegale, subiectul activ este circumstanțiat, în sensul că nu poate fi decât un funcționar public care are atribuții în legătură cu luarea, punerea în executare sau executarea reținerii ori a arestării preventive sau în legătură cu punerea în executare ori executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative (judecător, procuror, lucrător de poliție, lucrător la locul de executare, etc.). Pe de altă parte, trebuie subliniat că infracțiunea de cercetare abuzivă poate fi comisă numai de un funcționar care, potrivit atribuțiilor sale, desfășoară activități de cercetare sau urmărire penală ori judecată. Cel care privează de libertate o persoană în caz de infracțiune flagrantă nu răspunde penal pentru comiterea infracțiunii de arestare nelegală deoarece în asemenea situație orice persoană,

⁷ I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 224/2004.

⁸ CBulai, *Curs de drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*, 1975-1978, p.94

⁹ I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 6218/2006, în *Jurisprudența secției penale 2006*, p.60-61.

¹⁰ V.Dobrinou, N.Neagu, *Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*, Ed. Wolters Kluwer, 2008, p.548.

potrivit art. 465 alin. (3) C. proc. pen, are dreptul să-l prindă pe făptuitor și să-l conducă înaintea autorității.

Participația penală, în cazul ambelor infracțiuni, este posibilă sub toate formele sale (coautorat, instigare, complicitate). Coautori pot fi doar făptuitorii care au calitatea specială cerută de lege, în timp ce instigator sau complice poate fi orice persoană.

Subiectul pasiv principal al faptei de arestare nelegală și cercetare abuzivă este statul, ca titular al valorii sociale, al înlăturării justiției penale apărută prin incriminarea în text. În cazul săvârșirii infracțiunii de arestare nelegală subiect pasiv secundar poate fi orice persoană. În situația săvârșirii acestei infracțiuni prin supunerea la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță ori educative, subiectul pasiv poate fi numai o persoană condamnată la pedeapsa închisorii sau cel față de care s-a pronunțat o măsură de siguranță ori un minor împotriva căruia s-a luat o măsură educativă.

În cazul infracțiunii de cercetare abuzivă, subiect pasiv secundar este cel care se afla în curs de cercetare, anchetă penală sau de judecată. În situația prevăzută de alin. (3) al art. 266, subiect pasiv secundar poate fi numai un martor, expert sau interpret. Infracțiunea de cercetare abuzivă subzistă indiferent dacă a început sau nu urmărirea penală deoarece legea nu prevede o asemenea cerință.

III. 3. Latura obiectivă

Infracțiunea de arestare nelegală se realizează prin comiterea uneia dintre următoarele acțiuni: reținerea sau arestarea nelegală ori supunerea unei persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță ori educative, în alt mod decât cel prevăzut în Codul de procedură penală.

Reținerea unei persoane presupune a se lua față de aceasta măsura preventivă a reținerii, a pune în executare ori a executa această măsură. Prin arestarea unei persoane se înțelege a lua față de aceasta măsura arestării preventive, a pune în executare sau a executa această măsură ori a ordona sau a aduce la îndeplinire mandatul de executare a pedepsei închisorii, emis de către instanțele de judecată.

În practica judiciară s-a considerat că este ilegală reținerea unei persoane atât timp cât nu există indicii temeinice că a săvârșit o faptă penală și fără a se întocmi ordonanța de reținere, motiv pentru care reținerea, în aceste împrejurări, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute în art. 266 alin.(1).¹¹

Cercetarea abuzivă se realizează sub aspectul elementului material prin următoarele trei acțiuni alternative: promisiuni, amenințări sau violențe exercitate față de o persoană aflată în curs de cercetare, anchetă penală ori de judecată sau față de un martor, expert ori interpret, în scopul obținerii de declarații, expertize sau traduceri.

Prin promisiuni se înțeleg unele avantaje materiale sau morale de care ulterior ar putea beneficia cel implicat într-o cauză penală în situația în care ar fi de acord să dea declarații în sensul solicitat de făptuitor. Întrebuințarea de amenințări reprezintă folosirea de mijloace de constrângere psihică susceptibilă de a produce o stare de temere, iar întrebuințarea de violențe constă în folosirea de mijloace de constrângere fizică, folosirea forței sub presiunea căreia persoana față de care acționează această forță cu greu ar putea să se împotrivească.¹²

Inculpatul M.D. a fost condamnat de Tribunalul Militar Teritorial pentru săvârșirea a trei infracțiuni de cercetare abuzivă. Instanța a reținut că inculpatul, în calitate de ofițer la Poliția Municipiului Bacău, în timp ce îi cerceta pe R.N., D.A.P și U.V. în legătură cu săvârșirea infracțiunii de tâlhărie, i-a lovit în mod repetat pentru a-i determina să recunoască săvârșirea faptei.¹³

¹¹ Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 42/1973, în R1, p.49.

¹² V. Dobrinou, N. Neagu, op. cit., p.551.

¹³ Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, Probleme de drept din jurisprudența Curții Supreme de Justiție în materie penală 1990-2000, Ed. Juris Argessis.

În cazul infracțiunilor analizate, urmarea imediată constă în crearea unei stări de pericol pentru desfășurarea normală a activității de înfăptuire a justiției. În cazul ambelor infracțiuni există o inerentă legătură de cauzalitate între activitatea declanșată de făptuitor și urmarea lor imediată care, provenind dintr-o stare de pericol, rezultă în mod indubitabil din acțiunile realizate.

III. 4. Latura subiectivă

Infracțiunea de arestare nelegală, ca și cercetarea abuzivă, există numai când făptuitorul a acționat cu intenție directă sau indirectă. Faptele de arestare nelegală și cercetare abuzivă săvârșite din culpă nu sunt incriminate. Intenția cu care se săvârșește însă cercetarea abuzivă este calificată. Legiuitorul fixează un scop al faptei, și anume acela al obținerii de declarații din partea subiectului pasiv imediat. Prevederea scopului în text face ca acest element al laturii subiective să devină indispensabil calificării faptei. El indică totodată că fapta nu se poate săvârși din culpă, dar nu exclude intenția indirectă deoarece scopul nu se confundă cu urmarea socialmente periculoasă. Obținerea de declarații în cauzele judiciare nu este un scop în sine, ci unul subordonat procesului înfăptuirii justiției.¹⁴

În acest sens, reclamantul I.S. a sesizat C.E.D.O, solicitând despăgubiri pentru deținerea sa ilegală și pentru supunerea la rele tratamente. El a susținut că la data de 7 iulie 1996, aflându-se împreună cu alți trei minori, suspectați de a fi comis o tâlhărie asupra minorului V.A., au fost prinși de polițiștii N.I. și M.D. În drum spre secția de poliție ei au fost loviți de cei doi polițiști. Cei patru minori și victima V.A. au fost conduși într-o încăpere unde au fost interogați de M.D. și N.I. care le-au dictat ce să scrie. Reclamantul a fost forțat să rescrie declarația de mai multe ori, fiind bătut continuu, întrucât niciuna din declarațiile sale nu părea să le convină polițiștilor. Interogatoriul a avut loc fără ca un avocat să fie prezent. În aceste situații Curtea a admis cererea reclamantului și a luat ulterior act de convenția de rezolvare pe cale amiabilă asupra căreia au convenit părțile.¹⁵

IV. Reparația în cazul dispunerii unei măsuri preventive pe nedrept

Persoana vătămată se poate constitui ca parte civilă în contra învinuitului sau inculpatului, precum și a părții responsabile civilmente care, în astfel de cazuri, este statul reprezentat prin Ministerul de Finanțe.

Art. 52 din Constituție, în alin.(3) prevede faptul că statul răspunde patrimonial pentru prejudiciile cauzate prin erorile judiciare. În acest mod, dreptul persoanelor de a fi despăgubite de stat pentru prejudiciile suferite în urma erorilor judiciare a devenit un drept constituțional fundamental.

Condamnarea unei persoane pe nedrept provoacă importante traume psihice. Se instalează, în acest mod, o acută stare de frustrare. Individul își pierde încrederea în sistemul judiciar, resimte degradarea imaginii de sine. Pronunțarea unei hotărâri penale de condamnare conduce invariabil la fenomenul de etichetare socială. Societatea reacționează prin stigmatizarea condamnatului și, deseori, a membrilor familiei acestuia.¹⁶

Procedura de reparare va putea fi declanșată dacă se va face dovada că s-a dispus o măsură preventivă în mod nelegal (reținere, arestare preventivă, obligarea de a nu părăsi localitatea ori obligarea de a nu părăsi țara), ori dacă se constată că libertatea învinuitului sau inculpatului a fost îngrădită, în mod nelegal, în orice alt mod. În această ultimă categorie ar putea fi incluse situații în care cereri ale învinuitului sau inculpatului, având drept finalitate starea de libertate a acestuia, ar fi respinse în mod nelegal. Spre exemplu, instanța de judecată respinge cererea de revocare a măsurii arestării preventive, deși din dosarul cauzei rezultă dispariția temeiurilor care au determinat luarea măsurii preventive ori respinge nejustificat cererea învinuitului sau inculpatului de liberare provizorie

¹⁴ A. Filipaș, *Infracțiuni contra înfăptuirii justiției*, Ed. Academiei, București, 1985.

¹⁵ *Cazurile României la C.E.D.O, selecțiuni 1998-2004*, prefață: prof. univ. dr. Corneliu Bîrsan, București, 2004.

¹⁶ *Condamnarea sau dispunerea unei măsuri preventive pe nedrept*. Despăgubiri, R.D.P., an XI, nr.3, 2004.

pe cauțiune sau sub control judiciar. De asemenea, și în cazul în care împotriva învinutului sau inculpatului s-a dispus măsura internării medicale, în lipsa datelor din care să rezulte că acesta este bolnav mintal sau toxicoman, se poate declanșa procedura reparatorie.

Potrivit art. 506 C.proc.pen acțiunea poate fi declanșată de persoana îndreptățită, respectiv de cel față de care s-a procedat la privarea sau restrângerea de libertate în mod nelegal, în termen de 18 luni de la data rămânerii definitive a hotărârilor instanței de judecată sau a ordonanțelor procurorului. După moartea acestuia acțiunea poate fi pornită sau, după caz, continuată de către persoanele care se aflau în întreținerea sa.

Nu are dreptul la repararea pagubei persoana care, în cursul urmăririi penale sau în timpul judecării, cu intenție sau din culpă gravă, a stânjenit sau a încercat să stânjenească aflarea adevărului. Un exemplu în acest sens există atunci când, în lipsa constrângerii, din anumite motive de ordin personal, învinutul sau inculpatul recunoaște o faptă pe care nu a comis-o, inducând în eroare organele judiciare, aceasta fiind o comportare care dovedește lipsa de loialitate.¹⁷

Cu privire la stabilirea întinderii reparației, se va 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. Aceasta reparație poate consta, după caz, în plata unei sume de bani, în constituirea unei rente viagere ori în obligația ca, pe cheltuiala statului, cel privat de libertate să fie încredințat unui institut de asistență medicală și socială. Totodată, persoanelor care înainte de privarea de libertate erau încadrate în muncă li se va calcula la vechime și durata cât au fost private de libertate.

În practică se pot ivi situații în care, datorită unor împrejurări obiective ori subiective, sunt suficiente motive pentru a pune la îndoială imparțialitatea sau obiectivitatea poliștului, procurorului sau judecătorului. În asemenea împrejurări este necesar ca organul de urmărire penală sau judecătorul vizat să fie împiedicat a cerceta ori judeca, respectiv să i se preia cauza și să fie dată în competența altor organe, obiective și imparțiale. Numai în acest fel se va putea asigura o cercetare și judecată dreaptă și, respectiv, încrederea deplină în activitatea justiției.

De multe ori patima, antipatia sau chiar parțialitatea anchetatorului poate duce la abuzuri, încălcări ale drepturilor învinutului, care deseori pot îmbrăca forma infracțiunilor. Practica a dovedit că se pot ivi situații când, pe plan local, judecătoria sau tribunalul poate suferi unele influențe și, astfel, anumite persoane nu pot fi judecate în mod corect, obiectiv și legal, existând riscul unei erori judiciare. Strămutarea judecării cauzei în alt oraș sau județ constituie un remediu prevăzut de lege, la care se poate apela în situațiile care pun în pericol desfășurarea normală a procesului. Dintre motivele care ar putea constitui temeiul cererii de strămutare exemplificăm: intimidarea martorilor, acordarea de amânări fără reală justificare, respingerea nejustificată a probelor propuse spre administrare, etc.

V. Elemente de drept comparat

Leontin-Jean Constantinesco spunea: "Compararea reprezintă un procedeu general al spiritului. De aceea, numeroase științe sau discipline au preluat-o, făcând din ea o metodă proprie de cercetare, în vederea realizării anumitor obiective. Metoda comparativă, acceptată de majoritatea țărilor lumii, este deosebit de utilă în procesul de elaborare a actelor normative și în cel de interpretare a acestora".

Cu privire la infracțiunea de arestare nelegală și cercetare abuzivă, în cazul altor state, regăsim uneori reglementări asemănătoare cu cele din Codul penal român ori, în alte situații, numai reglementări cu privire la arestarea nelegală.

Codul penal al Rusiei¹⁸ reține, printre infracțiunile contra justiției, fapta de arestare sau reținere ilegală, precum și cea de cercetare abuzivă. În ceea ce privește arestarea sau reținerea ilegală, în linii generale fapta este asemănătoare cu cea din Codul penal român. Obiectul juridic special este,

¹⁷ Despre dreptul și arta apărării, Valerică Dabu, Regia Autonomă "Monitorul Oficial", București, 1994.

¹⁸ A.Filipas, op.cit.

de asemenea complex, iar subiect activ poate fi numai un organ de stat competent a lua măsura arestării sau reținerii. În doctrină se consideră că fapta este consumată în momentul arestării sau reținerii efective a victimei.¹⁹

În Codul penal italian este incriminată infracțiunea de arestare nelegală, în art.606, care prevede că "reprezentantul forțelor de ordine care efectuează o arestare abuzând de puterile legate de funcțiile sale e pedepsit". Ca și în codul nostru penal, arestarea ilegală este o infracțiune proprie, nu poate fi săvârșită decât de o persoană care are calitatea de reprezentant al forțelor de ordine și se poate comite numai cu intenție, adică trebuie să existe voința reprezentantului forțelor de ordine de a efectua o arestare ilegală.

În art.608 este incriminată infracțiunea de abuz de putere împotriva arestaților sau deținuților, ca fiind "fapta funcționarului public care supune la măsuri aspre, nepermise de lege, o persoană arestată sau deținută a cărei supraveghere îi revine, fie și temporar, se pedepsește".²⁰

Codul penal francez incriminează atentatul la libertatea persoanei ca fiind fapta unei persoane investite cu autoritate publică sau care, potrivit atribuțiilor sale legate de serviciul public și care acționează în exercițiul sau în legătură cu exercițiul funcției sau însărcinării sale, ordonă sau îndeplinește în mod arbitrar un act care atentează la libertatea persoanei. Fapta este mai gravă dacă detenția sau reținerea se realizează pe o perioadă mai mare de șapte zile. De asemenea, este incriminată și fapta funcționarului public cu atribuțiuni judiciare care uzează violențe contra unei persoane, fără a avea un motiv legitim.

Legislația penală engleză sancționează arestarea ilegală ca formă a unei prelungiri a deținerii și prevede faptul că persoana condamnată are dreptul la o liberare provizorie în baza unei cauțiuni, liberare care poate fi dispusă numai de o instanță competentă și pentru juste temeiuri.

Dreptul fundamental la siguranță este numit de englezi "habeas corpus", ei înțelegând prin această sintagmă garanția oferită de Constituție fiecărui cetățean, conform căreia din momentul în care o persoană este reținută sau arestată, aceasta va fi prezentată, fără întârziere unui juriu chemat să se pronunțe fie pentru menținerea învinutului în stare de detenție, fie pentru punerea acestuia în libertate. În țara noastră, prin siguranță ca drept fundamental se înțelege garanția dată de Constituție cetățenilor și tuturor persoanelor care se află pe teritoriul statului împotriva oricăror forme abuzive de represiune și, în special, împotriva oricăror măsuri arbitrare ale organelor de stat, având ca obiect privarea lor de libertate prin arestare sau detenție.

Codul penal german incriminează, în art. 343, infracțiunea de cercetare abuzivă în vederea obținerii de declarații, iar conform art. 344 există infracțiunea de urmărire penală a unei persoane nevinovate dacă o persoană care participă, în calitate de funcționar public, la o procedură penală urmărește penal, cu bună știință, o persoană nevinovată sau o persoană care, potrivit legii, nu ar trebui să fie urmărită penal sau participă la o astfel de urmărire penală.

VI. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Preocupările puterilor publice și ale oamenilor cu privire la drepturile și libertățile omului, între care libertatea individuală și siguranța persoanei, sunt mereu în actualitate. În România nu s-a definitivat încă o legislație penală ireproșabilă, practica judecătorească scoțând la iveală multe slăbiciuni în aplicarea corectă a dispozițiilor legale. S-au dat hotărâri judecătorești criticabile, multe din ele respinse de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, așa cum am arătat și în această lucrare.

De lege ferenda, se impune ca legislația dreptului penal să fie îmbunătățită cu privire la respectarea demnității umane pe întreg parcursul procesului penal. Deși România a aderat la Convenția împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante, în dreptul penal nu a fost instituit niciun principiu cu privire la respectarea demnității umane și nici

¹⁹ S. Rașkovskaia, în *Ugolovnoe pravo, Ciasti osobennaia, Izdatelstvo "Iuridiceskaia literatura", Moskova, 1996, p.405.*

²⁰ C. R. Romițan, *Aspecte de drept comparat privind infracțiunea de arestare nelegală și cercetare abuzivă, Dreptul nr.6/2004.*

reglementări clare în acest sens, astfel ca persoana lezată să se poată adresa mai ușor organelor competente.

De asemenea, se cerea o resistemizare a textelor privind arestarea nelegală și cercetarea abuzivă, întrucât se poate observa un dezechilibru între pedeapsa aplicată în caz de arestare nelegală (de la 6 luni la 3 ani) și cea aplicată pentru cercetare abuzivă (de la 1 la 5 ani). Această problemă se va rezolva în momentul intrării în vigoare a noul Cod penal care prevede pentru infracțiunea de cercetare abuzivă pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.

Cu privire la infracțiunea analizată în această lucrare, se impune mai mult profesionalism și responsabilitate din partea organelor de cercetare, a procurorului și a judecătorului în exercitarea atribuțiilor conferite de funcția îndeplinită. Trebuie reduse la stadiul de excepții cazurile în care sunt încălcate drepturile fundamentale ale omului cu ocazia efectuării cercetării penale sau a dispunerii unei măsuri preventive, prin reglementarea mai strictă și mai clară a modalităților prin care persoana vătămată se poate apăra de eventuale abuzuri.

Au existat opinii potrivit cărora, de lege ferenda, se impune ca aceste două infracțiuni să fie reglementate în cadrul infracțiunilor contra persoanei, întrucât ar aduce o vătămare semnificativă persoanei²¹. Considerăm însă că se aduce o atingere mai mare îndeplinirii justiției, gravitatea acestei infracțiuni rezultând din calitatea subiectului activ de funcționar public care este investit cu autoritate și săvârșește acest fapt în exercițiul funcției sale, deși el este cel care trebuie să execute și să supravegheze îndeplinirea întocmai a prevederilor legale. Este adevărat însă și faptul că această infracțiune poate produce și o vătămare semnificativă persoanei. În acest caz va putea exista un concurs cu alte infracțiuni cum ar fi: vătămarea corporală, vătămarea corporală gravă, amenințarea, etc.

Referințe bibliografice:

- Gr. C. Zotta, Codul Penal Regele Mihai I, publicat în Monitorul Oficial nr. 65/18 martie 1936 cu rectificări și completări, ediția a 5-a, Editura Librăriei R. Cioflec, București, 1942
- P. Pajordi și alții, Codice Penale e di Procedura Penale, Editore Pirola, Milano, 1991
- C. Bulai, Curs de drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară, 1975-1978
- A. Filipaș, Infracțiuni contra îndeplinirii justiției, Editura Academiei, București, 1985
- Vasile Dobrinoiu, Norel Neagu, Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară, Ed. Wolters Kluwer, 2008
- Condamnarea sau dispunerea unei măsuri preventive pe nedrept. Despăgubiri, R.D.P., an XI, nr. 3, 2004
- Valerică Dabu, Despre dreptul și arta apărării, Regia Autonomă "Monitorul Oficial", București, 1994
- S. Rașkovskaia, în Ugolovnoe pravo, Ciasti osobennaia, Izdatelstvo "Iuridiceskaia literatura", Moskova, 1996
- C.R.Romișan, Aspecte de drept comparat privind infracțiunea de arestare nelegală și cercetare abuzivă, Dreptul nr.6/2004
- Gh. Nistoreanu, Al. Boroș, I. Molnar, V. Dobrinoiu, I. Pascu, V. Lazăr, Drept penal. Partea specială, Ed. Europa Nova, București, 1997
- Gabriel Ionescu, Iosif Ionescu, Probleme de drept din jurisprudența Curții Supreme de Justiție în materie penală 1990-2000, Ed. Juris Argessis
- Cazurile României la C.E.D.O., selecțiuni 1998-2004, prefață: prof. univ. dr. Corneliu Bîrsan, București, 2004
- Codul penal Carol al II-lea. Note explicative de M. G. Constantinescu. Editura ziarului "Universul", 1938.

²¹ Gh. Nistoreanu, Al. Boroș, I. Molnar, V. Dobrinoiu, I. Pascu, V. Lazăr, Drept penal. Partea specială, Ed. Europa Nova, București, 1997, p.400.

PRUNCUCIDEREA

Marta-Oana CARAGEA*

Abstract

In this article we analyze the crime of infanticide, and as it evolved over time.

Infanticide is the most monstrous crime since the victim is a frail creature "the fruit of eroticism", one being totally helpless, yet she is punished by criminal law lighter than any other murder, because psycho-physiological condition that causes the mother birth emotion, disorder, physiological and psychological changes that may influence this one, in taking the decision to kill her own child.

Keywords: murder, new-born child, disorder, mother, expert's report.

1. Introducere

Pruncuciderea constituie infracțiunea care contrazice instinctul matern și datoria sacră de reproducere, cât timp, erosul ca formă a instinctului de conservare, constituie cea mai naturală și accesibilă posibilitate de a ieși din precaritatea și temporalitatea morții și a aspira către transcendență, alături de frică, foame și apărare, forme ale aceluiași instinct de conservare.¹

Termenul de pruncucidere are o semnificație proprie mai restrânsă decât termenul de "infanticid". Infanticidul se referă, în general, la uciderea unui copil și este considerat în legislațiile penale moderne ca o formă calificată de omor. Pruncuciderea se referă, nu la suprimarea vieții oricărui copil, ci numai la uciderea de către mamă a copilului său nou-născut.

Cu privire la fundamentarea juridică a incriminării pruncuciderii ca formă atenuată a omorului, există două concepții fundamentale: concepția burgheză și concepția socialistă.

În concepția burgheză fundamentarea acestei atenuări rezidă în sensul că mama care naște un copil este împinsă să-și omoare copilul nou-născut din cauza greutăților și a grijilor materiale precum și a sentimentului de rușine și dezonoare care o copleșește în momentul nașterii și în primele zile după aceasta.

În concepția socialistă atenuarea răspunderii penale pentru pruncucidere rezidă în cauze de ordin psiho-fiziologic. Ea se bazează pe datele oferite de știința medicală care relevă că pot exista stări psiho-fiziologice anormale consecutive nașterii care pot provoca femeii o tulburare psiho-fizică de natură să o împingă la uciderea propriului copil.

Aceste stări de tulburare fără a echivala cu inconștiența și a exclude imputabilitatea și vinovăția, diminuează imputabilitatea femeii și justifică atenuarea răspunderii penale.

Legislația actuală ține cont în reglementarea acestei infracțiuni de datele medicinei ce pot conferi uneori un pericol social redus.

2. Dinamica reglementării

Deși pruncuciderea², adică uciderea de către mamă a propriului copil, constituie o infracțiune autonomă, un tip aparte de omucidere cu o denumire proprie, în esență rămâne o faptă de omor

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (marta.caragea@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Mircea Constantin Sinescu.

¹ G. Scripcaru, Călin Scripcaru, *Medicina legală pentru jurnaliști*, Editura Cugetarea, Iași, 1999, p. 130

² Art. 177 C. Pen. "Uciderea copilului nou-născut, săvârșită imediat după naștere de către mama aflată într-o stare de tulburare pricinuită de naștere, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani."

sanționată mai blând, în considerarea condițiilor speciale în care acționează subiectul activ al infracțiunii cu toate consecințele pe care le atrage o asemenea caracterizare.

Infrațiunea de pruncucidere a impresionat întotdeauna prin aceea că a contrazis instinctul matern firesc și atât de bine fixat.³ Pruncuciderea a fost incriminată sub variate forme din cele mai vechi timpuri. În Lex Carolina, mama ce năștea singură era considerată vinovată de moartea copilului și ea trebuia să facă dovada că nou-născutul nu a trăit.⁴

În C. pen. din 1864, pruncuciderea –aidoma omorului „ cu precugetare”, omorului „prin otrăvire” și „părintuciderii” – era pedepsită cu extremă severitate – muncă silnică pe viață -, atenuarea nesemnificativă a răspunderii – reclusiunea pe viață – fiind acordată doar în cazul că mama își ucidea copilul nelegitim.⁵

Codul penal din Transilvania în art. 234 pedepsea de asemenea cu reclusiune de până la 5 ani pe mama care cu intenție își va ucide copilul natural în timpul nașterii sau imediat după naștere.⁶

Preluând incriminarea pruncuciderii, făuritorii C. pen. din 1936 au pus însă un accent aparte pe circumstanțele în care mama își ucide copilul la scurt timp de la naștere și, dozând răspunderea în principal prin reevaluarea acestor circumstanțe, au atașat o sancțiune mult mai rezonabilă decât cea precedentă. Acest tratament era justificat de starea de tulburare a mamei care a dat naștere unui copil în afara căsătoriei, de rușinea pe care o încerca mama aflată în această situație, teama de dezonoare, sentimente care, pe fondul slăbiciunii fizice și psihice pricinuite de naștere, puteau să determine hotărârea de a ucide copilul.⁷

Această poziție a legiuitorului față de mama naturală are o istorie relativ recentă, chiar în legislația presocialistă.

În antichitate pruncuciderea era pedepsită la fel de sever ca orice omor. La fel, legile medievale nu distingeau între infanticid și orice altă omucidere.

Unele legi prevedeau chiar o pedeapsă mai gravă, ca de exemplu arderea pe rug, pentru această faptă.

Cesare Beccaria, combătând cu vehemență legiuirile feudale, a fost promotorul ideii că mama naturală trebuie pedepsită mai blând. El avea în vedere mai ales pe mama care în urma unui viol sau în alte împrejurări deosebite dădea naștere unui copil și care se vedea în alternativa: dezonoarea oriuciderea copilului.⁸ Această concepție s-a oglindit în codurile penale ale majorității țărilor.

Inspirându-se din Codul penal francez, Codul penal român din 1864⁹ avea o prevedere similară (art.232 alin.2); tot astfel și Codul penal din 1936.¹⁰

Reglementarea din art. 177 C. pen. a fost preluată și de art. 180 din C. pen. din 2004, însă prof. Avram Filipaș s-a opus menținerii pruncuciderii într-o legislație modernă, așa cum rezultă din cuprinsul cursului universitar apărut la începutul anului 2008.¹¹

Prof. Filipaș a adus ca argument, printre altele și reglementarea din noul C. pen. francez, prin care s-a renunțat la incriminarea acestei infracțiuni.

³ Daniel Vasile, Ionuț Ciprian Dascălu, *Pruncuciderea*, Editura Lumen, 2008, p. 11

⁴ Idem.

⁵ Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, *Tratat de drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

⁶ Daniel Vasile, Ionuț Ciprian Dascălu, *Pruncuciderea*, Ed. Lumen, 2008, p.7.

⁷ T. Vasiliu și colaboratorii, *Codul penal comentat și adnotat, partea specială*, vol. I, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1975, p. 101.

⁸ Daniel Vasile, Ionuț Ciprian Dascălu, *Pruncuciderea*, Editura Lumen, 2008, p. 7

⁹ C. pen. din 1864 sub denumirea „pruncuciderea”, incrimina în art. 230 „omorârea copilului născut de curând” care se pedepsea conform art.232 alin.(1) cu munca silnică pe viață afară de pruncuciderea prevăzută în art.232 alin.(2) când „se va săvârși asupra unui copil nelegitim de către mama sa” care se pedepsea cu reclusiunea.

¹⁰ Art. 465 C. Pen. “Mama care își ucide copilul natural mai înainte de a fi expirat termenul legal de declarare la oficiul stării civile, comite crima de pruncucidere și se pedepsește cu temniță grea de la 3 la 5 ani.”

¹¹ A. Filipaș, op. cit., p. 200.

Codul penal actual oglindește o altă concepție asupra pruncuciderii, în raport de realitățile orânduirii socialiste, în care nașterea unui copil, în afara căsătoriei nu mai pune în fața mamei aceea alternativă dramatică care să-i inspire gânduri criminale.

În trecut, sentimentul disperării pe care îl încerca mama naturală era provocat mai ales de primejdia lipsurilor materiale care o amenințau știind că îi va fi refuzat orice ajutor din partea părinților, a rudelor, prietenilor, ca și din partea societății, că va avea greutate în stabilirea paternității copilului ș.a. Sancționarea mai blândă a pruncuciderii nu însemna decât recunoașterea realității acestor situații care puteau duce la disperare pe mama naturală.

Cauzele sociale de mai sus, ca justificare a tratamentului pruncuciderii, nu mai subzistă în societatea socialistă unde mama se bucură de o atență ocrotire din partea societății și de aceea, sub acest aspect nu se mai justifică nici o diferențiere între suprimarea vieții copilului născut în afara căsătoriei și a copilului născut în timpul căsătoriei.

Există însă alte cauze care ar putea să justifice, chiar în condițiile orânduirii socialiste, un tratament juridic deosebit al pruncuciderii. Datele științelor medicale și experiența confirmă că în procesul nașterii orice mamă trece prin anumite stări psihofiziologice speciale care, fără a echivala cu inconștiența și deci a exclude vinovăția, sunt de natură să explice, în anumite condiții și într-o oarecare măsură, uciderea copilului.

Starea de tulburare pricinuită de naștere este astăzi valorificată doar în conținutul infracțiunii de pruncucidere, nu și în cazul altor infracțiuni de violență ce s-ar putea comite de mama aflată într-o asemenea stare, asupra copilului, ca de exemplu, vătămarea corporală gravă. În plus, existența infracțiunii de pruncucidere ca incriminare distinctă, a generat numeroase controverse și soluții neunitare în materia participației penale.

De aceea, proiectul noului C. pen. propune renunțarea la reglementarea actuală a infracțiunii de pruncucidere, starea de tulburare provocată de naștere fiind însă valorificată ca un caz special de reducere a pedepsei, în cap. III „Infracțiuni săvârșite asupra unui membru de familie”, prin art. 200 „Uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă”¹²

În privința infracțiunii de avort s-a precizat în mod explicit nepedepsirea femeii însărcinate care comite această faptă, punându-se astfel capăt discuțiilor din doctrină în jurul acestei probleme, în cap. IV care cuprinde incriminările prin care se protejează fătul împotriva agresiunilor, prin art. 201 „Înteruperea cursului sarcinii”. În același sens și dreptul norvegian prin art. 245 C. pen.

Cadrul incriminărilor în această materie a fost completat însă cu dispoziția art. 202 „Vătămarea fătului”. Această incriminare vine să asigure protecția vieții în devenire, pe durata unei perioade rămasă neacoperită în reglementarea actuală. Este vorba despre intervalul cuprins între momentul declanșării procesului nașterii, moment din care nu se mai poate discuta despre o infracțiune de avort, și momentul încheierii acestui proces, moment de la care avem o persoană, ce poate fi subiect pasiv al infracțiunilor din capitolele precedente. Practica a demonstrat că în interiorul acestui interval se pot comite numeroase infracțiuni împotriva fătului, de la cazuri de culpă medicală în asistarea nașterii, soldate cu moartea sau vătămarea fătului și până la fapte intenționate.¹³

În același timp, au fost incriminate faptele de violență comise asupra mamei pe durata sarcinii, care nu au fost comise cu intenția de a provoca avortul și nici nu au avut acest rezultat, dar au condus la lezarea fătului și în final la vătămarea corporală sau chiar moartea copilului după naștere.

Redactarea textului a fost inspirată de dispozițiile art. 157 - 158 C. pen. spaniol.

¹² Art. 200 C.pen. “(1) Uciderea copilului nou-născut imediat după naștere, dar nu mai târziu de 24 de ore, săvârșită de către mama aflată într-o stare de tulburare psihică se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani; (2) Dacă faptele prevăzute în art. 193-195 sunt săvârșite asupra copilului nou-născut imediat după naștere, dar nu mai târziu de 24 de ore, de către mama aflată în stare de tulburare psihică, limitele speciale ale pedepsei sunt de o lună și, respective, 3 ani.”

¹³ Codul penal, Legea Nr. 286 din 17 iulie 2009, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 79-81.

3. Conținut constitutiv

3.1. Obiectul infracțiunii

a. Obiectul juridic special al infracțiunii sunt relațiile sociale în legătură cu ocrotirea copilului nou-născut.

b. Obiectul material al infracțiunii de pruncucidere este corpul copilului asupra căruia se îndreaptă acțiunea făptuitoarei.

Legea apără copilul nou-născut indiferent dacă este diform, monstruos, ori dacă sunt frați siamezi. În acest din urmă caz, va exista o dublă infracțiune de pruncucidere, chiar dacă numai unul din frați a fost ucis în mod direct, iar celălalt a murit ca o consecință a primului deces.

De menționat că Legea celor XII Table, ca și legislația medievală, permitea uciderea copiilor cu semne de malformații.¹⁴

Copilul trebuie să fie viu nu viabil, în momentul în care mama acționează pentru a-i suprima viața.

Împrejurarea că, potrivit actelor medico-legale, copilul era neviabil din cauza unei afecțiuni congenitale, este irelevantă – a decis instanța supremă – de vreme ce în momentul nașterii copilul era viu.¹⁵

Deasemenea nu interesează dacă este vorba despre un copil din căsătorie sau din afara căsătoriei.

Infracțiunea de pruncucidere există și atunci când se suprimă viața copilului în procesul nașterii, după expulzarea din uter și înainte de a se elimina placentă. Nu există, în acest caz, infracțiunea de avort care presupune o întrerupere a procesului fiziologic al gravidații, situație în care nu se verifică dacă acest proces s-a terminat prin expulzarea fătului.

3.2. Subiecții infracțiunii

a. Subiectul activ nemijlocit, deci autor al pruncuciderii, nu poate fi decât mama copilului nou-născut, deoarece numai ea poate să se afle în acea stare de tulburare psiho-fiziologică specifică nașterii.

Nu prezintă relevanță, pentru calitatea de subiect activ al infracțiunii natura relațiilor sexuale întreținute de femeie în urma cărora a conceput copilul, voite sau silite (viol), intra sau extraconjugale.

La comiterea infracțiunii pot participa și alți făptuitori, respectiv instigatori și coplici.

În legătură cu încadrarea juridică a faptei comisă de alți participanți la săvârșirea infracțiunii de pruncucidere s-au conturat, pe parcursul anilor, două linii de gândire, fundamental opuse, ambele susținute prin argumente judicioase motivate.

Într-o primă opinie s-a considerat că persoana care determină sau ajută mama aflată în stare de tulburare pricinuită de procesul nașterii să ucidă copilul nou-născut, săvârșesc și răspund, după caz, pentru infracțiunea de omor, chiar dacă au cunoscut starea specială în care se află aceasta, opinie la care aderăm. Deosebirea de tratament juridic este datorată faptului că infracțiunea de pruncucidere poate fi săvârșită doar de mama nou-născutului, marcată puternic de o tulburare provocată de naștere, iar această circumstanță personală, aidoma tuturor circumstanțelor de această natură, nu se răsfrânge, potrivit prevederilor art.28 alin (1) din C. pen., și asupra participanților.¹⁶

¹⁴ T. Vasiliu și colaboratorii, *Codul penal comentat și adnotat, partea specială*, vol. I, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1975, p. 101

¹⁵ C.S.J., dec. nr. 922/2003, R.D.P. nr. 3/2004, p. 171

¹⁶ G. Antoniu, op. cit., vol.I, p. 91; R.M. Stănoiu, op. cit., vol.III, p. 203; O.A. Stoica, *Drept penal. Partea specială*, E.D.P., 1976, p. 78; Al. Boroi, *Infracțiuni contra vieții*, Ed. Național, 1996, p. 161; V. Cioclei, op. cit., p. 67; Gh. Diaconescu, *Infracțiuni în codul penal roman*, Ed. Oscar Print, 1997, p. 183.

Această opinie a fost confirmată și de plenul instanței supreme, care, într-o decizie de îndrumare, a statuat: „activitățile complicelui ori instigatorului la suprimarea vieții copilului nou-născut, imediat după naștere, de către mama care s-a aflat într-o stare de tulburare pricinuită de naștere, se consideră complicitate ori instigare la infracțiunea de omor calificat potrivit art. 175 lit. d) sau, după caz, lit. a) ori c) din același art., iar nu la infracțiunea de pruncucidere.”¹⁷

În cealaltă opinie s-a susținut că soluția propusă, aceea a încadrării juridice distincte a faptei participanților de aceea a autoarei infracțiunii de pruncucidere este de neacceptat pentru că este în total dezacord cu principiul unității de infracțiuni, precum și cu dependența formelor de participație la infracțiunea pe lângă care există și de care sunt legate.¹⁸

b. Subiectul pasiv trebuie să aibă calitatea de copil nou-născut, deși societatea este desigur și ea lezată prin dispariția unui membru al său.

Pentru ca fapta să constituie infracțiunea de pruncucidere, trebuie comisă „imediat după naștere”. Se consideră nou-născut, copilul care mai poartă semnele nașterii recente.¹⁹

Săvârșirea faptei după ce copilul a pierdut calitatea de nou-născut constituie infracțiunea de omor calificat.

3.3. Latura obiectivă

a. Elementul material. Sub aspectul elementului material, fapta se realizează prin activitatea de ucidere a noului născut. Infracțiunea se poate comite prin acțiune (lovire, axfisiere, înecare, compresiune toraco-abdominală etc.), sau prin inacțiune sau atitudine omisivă (nehrănirea copilului, neacordarea oricăror îngrijiri vitale pentru copil, abandonarea în frig etc.).

Pentru ca suprimarea vieții copilului de către mamă să poată fi considerată pruncucidere în sensul art. 177 C. pen. trebuie să rezulte că uciderea, imediat după naștere, a fost săvârșită de mama aflată într-o stare de tulburare pricinuită de naștere.

Exemplificăm cu fapta unei mame care după expulzarea fătului, respectiv imediat după naștere când noul-născut își începuse existența sa de sine stătătoare, aceasta, aflată într-o stare de tulburare pricinuită de naștere, lucru confirmat prin expertiza medico-legală, cât și prin alte mijloace de probă, își ucide copilul prin astuparea orificiilor căilor respiratorii.²⁰

Dacă femeia nu s-a aflat într-o astfel de stare de tulburare, care să fi influențat asupra responsabilității sale în momentul săvârșirii faptei, aceasta nu va constitui pruncucidere, ci omor calificat în condițiile prevăzute de art. 175 lit. c) și d) C. pen. (omor săvârșit asupra unei rude apropiate și profitând de starea de neputință a victimei de a se apăra).

Ceea ce determină încadrarea uciderii copilului nou-născut, de către mama sa, imediat după naștere, în prevederile art. 177 C. pen., și nu în ale art. 174, 175 lit. c) C. pen., nu este existența unei tulburări determinate de împrejurările adiacente procesului fiziologic al nașterii, ci a unei stări psihofizice anormale produse în timpul nașterii.²¹

Stările conflictuale premergătoare și extrinseci nașterii, ca, de exemplu, temerea de reacția soțului, a socrilor și a părinților sau oprobiul celor din jur, ce au putut fi de natură a influența psihicul inculpatei, nu constituie decât mobiluri ale săvârșirii faptei, care nu au nici o semnificație juridică în înțelesul de „tulburare pricinuită de naștere”, în sensul art. 177 C. pen.²² Un exemplu

¹⁷ Plenul T.S., dec. nr. 2/1976, C.D., 1976, p. 333

¹⁸ Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, *Tratat de drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009; în același sens: H. Diaconescu, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 100-101, și I. Dobrinescu, op. cit., p. 125.

¹⁹ V. Dongoroz ș.a., op. cit., vol. III, p. 203.

²⁰ Vasile Dobrinoiu, Norel Neagu, *Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*, Ed. Wolters Kluwer, România, p. 109.

²¹ Constantin Sima, *Codul penal adnotat. Cu practică judiciară 1969-2000*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 472.

²² T.S., s.p., d. 111/1979, R.R.D. nr. 8/1979, p. 62.

relevant în acest sens este situația inculpatei în vârstă de 16 ani care, după ce și-a dat seama că în urma relațiilor intime avute cu prietenul său a rămas însărcinată și dat fiind faptul că acesta o părăsise, iar ei îi era frică de părinți, s-a hotărât ca atunci când va naște, dacă copilul va fi viu, să-l omoare. În momentul în care au început durerile prenatale, inculpata care locuia într-o altă familie, a ieșit din casă și s-a dus la w.c.-ul aflat în curtea imobilului, pentru a nu fi văzută de cineva când va naște și acolo a născut un copil viu de sex feminin, pe care imediat l-a ucis prin obstrucția căilor respiratorii cu pământ, după care l-a aruncat în w.c.²³

Pentru a se reține infracțiunea de pruncucidere, și nu cea de omor calificat, este necesară să se facă dovada că inculpata a comis fapta imediat după naștere și că, în acel moment, ea se afla într-o stare de tulburare pricinuită de naștere.²⁴

În speță, după mai mult de o lună și jumătate de la uciderea copilului, s-a efectuat o expertiză medicală care a conchis că „în momentul comiterii faptei inculpata s-ar fi putut găsi într-o stare psihică modificată de tulburări generate de naștere”. Față de caracterul incert al acestei concluzii, este necesar a fi avute în vedere celelalte probe, din care rezultă că inculpata a ascuns sarcina, s-a sustras de la controlul femeilor însărcinate efectuat de organele sanitare, n-a solicitat asistența unei persoane în momentul nașterii, iar ulterior, când mama sa a văzut în camera ei pete de sânge, a spus acesteia că a avut o hemoragie și că nu a născut. În raport cu aceste împrejurări, se impune concluzia că, atunci când și-a ucis copilul, inculpata nu s-a aflat sub stăpânirea unei tulburări pricinuite de naștere, astfel că fapta sa constituie infracțiunea de omor calificat.²⁵

b. Urmarea imediată a infracțiunii o constituie moartea copilului nou-născut; această urmare se poate produce imediat ori mai târziu, deoarece legea nu cere ca moartea victimei să se producă imediat după naștere. Moartea victimei trebuie să fie consecința acțiunii făptuitorului asupra copilului nou-născut; dacă aceasta a acționat asupra fătului provocându-i moartea, nu va exista infracțiunea de pruncucidere, ci eventual aceea de avort.

Dacă se produce un alt rezultat, cum ar fi vătămarea gravă a sănătății ori infirmitatea copilului, nu prezintă interes pentru pruncucidere, deoarece tentativa nu este incriminată.

În cazul în care activitatea de ucidere a fost în întregime efectuată, dar rezultatul (constând în moartea copilului) nu s-a produs, din motive independente de voința făptuitoarei (când intervenția medicului îl salvează), aceasta răspunde pentru infracțiunea de vătămare corporală în raport de numărul de zile de îngrijiri medicale necesare pentru vindecare.

c. Raportul de cauzalitate. Între acțiunea sau inacțiunea făptuitorului și moartea victimei trebuie să existe legătura de cauzalitate care de regulă, rezultă din materialitatea faptelor dar, fără a fi exclusă posibilitatea unor probe contrarii.

Legătura causală trebuie să existe nu numai între activitatea mamei și moartea victimei, dar și între nașterea victimei și starea de tulburare a mamei; dacă tulburarea a avut alte cauze, nu va exista infracțiunea de pruncucidere, ci, așa cum s-a arătat, infracțiunea de omor calificat.

3.4. Latura subiectivă

Pruncuciderea se săvârșește cu intenție în ambele ei modalități, directă sau indirectă. Atitudinea subiectivă a autoarei de a urmări sau accepta producerea rezultatului manoperelor sale trebuie însă să fie spontană, determinată exclusiv de starea de tulburare pricinuită de naștere și să se manifeste simultan sau în intervalul de timp cât există această stare.

Dacă femeia își ucide copilul nou-născut din culpă imediat după naștere, va exista infracțiunea de ucidere din culpă prevăzută în art. 178 C. pen.

În cazul când fapta este premeditată, nu va exista pruncucidere, ci omor calificat.

²³ Al. Boro, *Pruncuciderea, op.cit.*, p.32

²⁴ Constantin Sima, *Codul penal adnotat. Cu practică judiciară 1969-2000*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 471.

²⁵ T.S., s.p., d. 1101/1984, R.R.D. nr. 6/1985, p.74.

În acest sens, în practica judiciară s-a decis că nu există infracțiunea de pruncucidere dacă femeia nu a acționat cu intenție spontană, determinată de starea de tulburare pricinuită de naștere, ci a pus în executare o hotărâre luată anterior. Cum ar putea fi, de exemplu, atunci când mama a ascuns sarcina, iar după ce a născut a sugrumat copilul.²⁶

Într-o altă speță, inculpata a născut în spital, fiind externată după 8 zile și în drum spre casă și-a lăsat copilul și bagajele în gară, s-a deplasat pe malul Dunării, a examinat împrejurimile, după care s-a întors în gară, și-a luat copilul, a revenit pe malul apei, a așteptat ca pontonul plutitor să plece pe malul opus, după care a aruncat copilul în apă; întrucât acesta nu s-a scufundat, a intrat după el, l-a dezbrăcat de scutece și l-a aruncat din nou în apă, așteptând ca acesta să se scufunde. Instanța supremă a schimbat încadrarea din pruncucidere în omor calificat deoarece din ansamblul de probe rezultă cu certitudine premeditarea faptei.²⁷

De asemenea nu constituie infracțiunea de pruncucidere fapta învinuitei de a da naștere unui copil fără să fie asistată medical, de a înfășura copilul nou născut într-un pulovăr de lână imediat după naștere și a-l lăsa la un bloc de locuit în casa scării, în imediata apropiere a apartamentelor, cu intenția vădită ca acesta să fie găsit de îndată de locatari, ceea ce s-a și întâmplat, copilul fiind internat în spital. Deși din raportul de expertiză medico-legală psihiatrică rezultă că fapta de abandon a copilului nou-născut a fost comisă de învinuită pe fondul unei puternice tulburări pricinuită de naștere, datorită unei reacții depresiv-anxioase, cu fenomene de deconcertare mintală, iar comportamentul învinuitei a fost determinat de reacții de scurtcircuit de intensitate psihologică, care i-au alterat discernământul, fapta sus-menționată a învinuitei nu constituie infracțiunea de pruncucidere, prevăzută d art. 177 C. pen., întrucât asupra nou-născutului nu s-au exercitat acte de violență și nici alte manevre de curmare a vieții, intenția mamei fiind aceea ca copilul să fie găsit.²⁸

4. Considerații specifice referitoare la expertiza medico-legală

Din definiția pruncuciderii rezultă că în cadrul expertizei medico-legale trebuie demonstrat că nou-născutul a fost omorât de către mamă, imediat după naștere și că mama a prezentat o stare de tulburare psihoclinică determinată de naștere.

Obiectivele expertizei medico-legale vizează două aspecte: examenul medico-legal al noului-născut și expertiza psihiatrică a mamei pruncucigașe. Ea trebuie să se desfășoare în condiții de exigență sporite, deoarece are ca obiectiv probarea unei infracțiuni grave care aduc atingere și, implicit, valori sociale ocrotite de legea penală.

Pentru a ajunge la o soluție juridică cât mai apropiată de adevăr într-un caz de pruncucidere, este nevoie în primul rând de un raport de expertiză medico-legală a cadavrului. Exemplul potrivit în acest sens este cazul unei femei M.M. care după ce și-a ucis copilul nou născut a încercat să ascundă cadavrul în dulapul de pe palierul unui bloc, palier la care toți locatarii aveau acces. Mai mulți vecini care știau că M.M. era însărcinată au întreat dacă a născut. După eschivarea de care a dat dovadă vecinii au început să aibă îndoieli. După două zile vecinii au început să se întrebe de unde avea să vină mirosul foarte urât ca de cadavru. După anumite cercetări s-a dovedit că mirosul venea dinspre dulapul femeii M.M. La îndemnul vecinilor, M.M. a scos un săculeț și la lăsat la gheana de gunoi. Fiind bănuită că ar fi un săculeț ce ar fi suspect, vecinii au mers și l-au cercetat. Atunci au fost confirmate bănuielile vecinilor că M.M. este suspectă pentru «**pruncucidere**». După sosirea specialiștilor criminaliști, M.M. a fost arestată.²⁹

²⁶ Trib. Suprem., secția penală, decizia nr. 1101/1984, R.R.D. nr. 6/1985, p. 74

²⁷ Harald Jung, Mihai Ardeleanu, *Expertiza medico-legală*, în R.R.D. nr.10/2002, p.169

²⁸ Parchetul de pe lângă Tribunalul Dolj, rezoluția nr. 811/P din 24 februarie 1997, în A. Boroi, N. Neagu, V. Radu-Sultănescu, op. cit., p. 23-24 și 172.

²⁹ Daniel Vasile, Ionuț Ciprian Dascălu, *Pruncuciderea*, Editura Lumen, 2008, p. 105-106.

Problema cheie a expertizei nou-născutului constă în stabilirea sau excluderea unei legături de cauzalitate între o acțiune externă violentă, comisivă sau omisivă și moartea copilului.

Uciderea comisivă a nou-născutului se realizează cel mai frecvent prin sufocare, sugrumare, strangulare sau înecare. Frecvent, se pot constata traumatisme cranio-cerebrale sau plăgi înțepate localizate la nivelul gâtului.

Pruncuciderea omisivă presupune neacordarea îngrijirilor necesare imediat după naștere sau tardiv.

Uneori rezultatele expertizei nu sunt concludente, ceea ce conduce la cerința participării expertului încă din primele momente ale anchetei și anume la cercetările de la locul comiterii faptei. Contribuția medicului legist constă în descoperirea și stabilirea împrejurărilor în care a avut loc nașterea, a urmelor biologice produse în timpul nașterii neasistate și a particularităților acestora. Trebuie specificat locul infracțiunii care poate fi altul decât cel în care a avut loc nașterea și, deasemenea, locul în care a fost descoperită victima, cadavrele se găsesc, de obicei, în spații nelocuite sau pe stradă, sub garduri, poduri etc. foarte adesea se găsesc părți tăiate și îngropate.

La fața locului se pot găsi urme biologice, ca de exemplu: placenta, cordon ombilical, sânge, diferite secreții și o serie de instrumente ce ar putea fi incriminate în suprimarea vieții nou-născutului. Ele trebuie minuțios examinate, pentru a putea face coroborarea între unele calități ale acestora și caracteristicile leziunilor traumatiche gasite pe corpul victimei.

Este necesar să se stabilească, deasemenea, dacă leziunile de pe corpul victimei au putut fi produse prin mijloace proprii mamei ca: mâini, unghii etc. și în legătură cu acestea, aprecierea diagnosticului diferențial cu urme de autoasistare a nașterii în funcție de poziția și locul localizării lor. Leziunile de autoasistare sunt sub formă de excoriații și echimoze dispuse la cap, față și gât, determinate de tracțiune.³⁰

La fața locului medicul legist va menționa în procesul verbal semnele morții reale constatate, va preciza stadiul fenomenelor cadaverice, în vederea aprecierii datei aproximative a morții. După terminarea cercetărilor, cadavrul va fi transportat la morga serviciului medico-legal teritorial, în vederea efectuării autopsiei.

Expertiza psihiatrico-legală se desfășoară de o comisie formată dintr-un medic legist și doi medici psihiatri. Nu rareori același medic legist execută și autopsia victimei și expertiza psihiatrică a mamei. Legea prevede ca examenul psihiatric să se efectueze cât mai aproape de momentul comiterii faptei, având în vedere caracterul tranzitor al unor tulburări psihiatrice cu manifestări grave de comportament social.

Examenul mamei este un examen complet cuprinzând examenul clinic, ginecologic și psihiatric.

Pentru stabilirea inculpatei în infracțiunea de pruncucidere se pun două probleme:

- Identificarea femeii care a născut, fiind necesar un examen genital pentru evidențierea transformărilor morfofiziologice suferite de organism în timpul nașterii și, eventual, depistarea unor urme de violență pe abdomen, organe genitale etc.

Uneori se recurge la identificare pe baza grupei sanguine.

- Stabilirea capacității de discernământ în momentul nașterii și comiterii faptei, deci a responsabilității din punct de vedere medical. În caz de omor prin omisiune, aprecierea conduitei mamei este mai dificilă necesitând observarea spitalicească mai îndelungată și analiza detaliată a dosarului cauzei.

Examenul locului nașterii. Când aceasta s-a petrecut în afara spitalului, explică uneori starea de tulburare a mamei, ajutând la stabilirea diagnosticului medico-legal de pruncucidere și încadrarea penală corectă a faptei.

³⁰ Vladimir Belîș, *Medicina legală în practica judiciară*, Editura Juridică, București 2002, p. 264

Metodologia expertizei medico-legale psihiatrice este sinteza unei cercetări multidisciplinare cu scopul de obiectivare riguros științifică a problemelor ce-i stau în față dar, în același timp, trebuie pusă în legătură și cu necesitatea continuă de gasire a unor soluții în vederea asigurării și creșterii eficienței judiciare de prevenire și combatere a infraționalității.³¹

5. Aspecte de drept comparat

Infrațiunile contra persoanei sunt reglementate într-un capitol special destinat, în legislațiile tuturor statelor.

Codul penal italian incriminează în art. 578 fapta mamei care „provoacă moartea propriului copil nou-născut imediat după naștere sau al fătului în timpul nașterii, atunci când aceasta se află într-o stare de abandon material și moral în timpul nașterii sau imediat după naștere”. Legiuitorul italian a avut astfel în vedere, la incriminarea faptei, două variante normative ale acestei infrațiuni, după cum mama își ucide copilul în timpul nașterii sau imediat după naștere.

Majoritatea legislațiilor europene au renunțat la consacrarea pruncuciderii ca incriminare distinctă: dreptul francez, dreptul spaniol, iar de dată relativ recentă și dreptul german prin abrogarea art. 217 C. pen.³² Astfel în prezent în legislația acestor state pruncucideria a fost asimilată faptelor de omor, urmând ca la individualizarea pedepsei să se aibă în vedere situația mamei care a comis fapta.

Noul Cod penal francez, în Titlul II – denumit „Fapte care prejudiciază persoana umană” – incriminează faptele îndreptate contra vieții persoanei în două secțiuni ale Capitolului 1 și anume: „Fapte voluntare contra vieții” și „Fapte involuntare contra vieții”. În această privință, în prezent, pruncucideria este sancționată ca omor comis asupra unui minor până la 15 ani (art.221-4 C.pen.fr.).³³

Legislația și doctrina americană clasifică formele de omucidere în raport cu poziția subiectivă a făptuitorului în: omor (murder), omor atenuat (manslaughter) și omucidere din neglijență. Constituie omucidere criminală fapta de a cauza anume, cu știință, cu temeritate sau din neglijență moartea altei ființe umane (secțiunea 210.1). „Manslaughter” presupune săvârșirea faptei cu temeritate sau sub influența unei tulburări mentale sau emoționale pentru care există o explicație rațională sau o scuză, din punctul de vedere al unei persoane raționale care s-ar afla în situația autorului și în circumstanțele în care aceasta acționează (secțiunea 210.3).³⁴

Codul penal rus, un cod recent adoptat, incriminează pruncucideria ca un omor de sine stătător și atenuat, datorită faptului că sarcina (îndeosebi cea nedorită), ca și nașterea, pot acționa nefavorabil asupra psihicului mamei. În articolul 106 al acestui cod pruncucideria este definită ca „uciderea de către mamă a copilului nou-născut, în timpul sau imediat după naștere, în condițiile de traumă psihică sau în stare de tulburare psihică care nu exclude responsabilitatea”.

O reglementare asemănătoare o găsim în Codul penal elvețian care în articolul 116 incriminează fapta mamei „care își ucide copilul în timpul nașterii sau cât timp ea de găsește sub influența stării puerperale sub denumirea de infanticid”.³⁵

6. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Considerăm că uciderea fătului în timpul nașterii, deci pe cale de a deveni nou-născut nu constituie avort, ci infrațiunea de pruncucidere, deoarece, după cum am arătat, dacă datorită stării de

³¹ Alexandru Boroi, *Infrațiuni contra vieții*, Editura Național, București, 1996, p. 153

³² Codul penal, Legea Nr. 286 din 17 iulie 2009, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 79-81.

³³ L.Deplino, *Diritto penale, parte speciale*, Edizioni Simone, Napoli în R.D.P. nr.4/1999, p.10

³⁴ G.Antoniou, *Ocotirea penală a vieții persoanei* în R.D.P. nr.1/2002, p.20-21

³⁵ Idem.

tulburare mama suprimă viața copilului imediat după naștere și fapta primește calificarea de pruncucidere, cu atât mai mult această calificare trebuie să o atragă și fapta săvârșită în timpul nașterii.

Deasemenea, considerăm că ascunderea sarcinii nu este prezentată de intenția prealabilă cât timp rezoluția criminală e spontană sau datorită stresului nașterii. Frica sau nevoia de a ascunde sarcina creează o adevărată stare de psihoză în care poate să fie femeia și să-șiucidă copilul.

Infracțiunea de pruncucidere nu se asimilează cu omorul, în ceea ce privește aplicarea unor agravante speciale, de exemplu, dacă o inculpată, care a săvârșit o infracțiune de pruncucidere, săvârșește un omor, nu se face pentru acest omor aplicarea agravantei privind pluralitatea de crime,³⁶ în cazul decretelor de grațiere care exceptează de la grațiere pe infractorii vinovați de omor, nu se extinde excepția și la pruncucidere.³⁷

Concluzia ce reiese din acest studiu este aceea că legiuitorul nostru a avut în vedere la edictarea normei juridice, starea neuropsihică specifică și contribuția ei la săvârșirea faptei. Tratatul penal care se aplică infractorilor nu are rolul de a o intimida pentru ca în viitor să nu mai săvârșească fapte penale; luând în considerare caracterul episodic al tulburărilor pricinuite de nașterea copilului, o asemenea intimidare nici nu ar avea sens. Rezultatul așteptat, ca urmare a executării pedepsei moderate ce i se aplică infractorilor, este acela ca în viitor să se mobilizeze într-o mai mare măsură, să elimine contradicțiile psihice care o înconjoară și care au determinat-o să recurgă la un asemenea gest, și să dea dovadă de o forță mai mare de stăpânire de sine, astfel încât să nu mai săvârșească acte infracționale.

Acest tratament penal ar putea fi și mai mult îmbunătățit prin axarea lui pe un alt regim decât cel de privare de libertate, și anume, un regim semideschis de executare a pedepsei, care să permită condamnatului să păstreze legăturile de grup social în timpul executării pedepsei și să-i formeze un alt orizont asupra demnității ei de femeie și a îndatoririlor pe care le are în societate.

Referințe bibliografice

- Codul penal & Codul de procedură penală în vigoare;
- Vasile Dobrinioiu, Norel Neagu, *Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*. Editura Wolters Kluwer, România;
- Codul penal, Legea Nr. 286 din 17 iulie 2009, Lumina Lex, București, 2009;
- Constantin Sima, Codul penal adnotat. Cu practică judiciară, 1969-2000, Ed Lumina Lex, 2000;
- G. Scripcaru, Călin Scripcaru, *Medicina legală pentru jurnaliști*, Editura Cugetarea, Iași, 1999;
- Daniel Vasile, Ionuț Ciprian Dascălu, *Pruncuciderea*, Editura Lumen, 2008;
- Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, *Tratat de drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- T. Vasiliu și colaboratorii, *Codul penal comentat și adnotat. Partea specială*, vol. I, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1975;
- Vasile Păvăleanu, *Drept penal special. Infracțiuni contra persoanei, patrimoniului și autorității*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2009;
- Vladimir Beliș, *Medicină legală în practica judiciară*, Ed. Juridică, București 2002;
- V. Dragomirescu, *Metodologia expertizei medico-legale psihiatrice* – Comunicare la Conf. Naț. Med. Leg., Iași, 1968;
- Alexandru Boroi, *Infracțiuni contra vieții*, Editura Național, București, 1996;
- O. A. Stoica, *Drept penal. Partea specială*, E.D.P., 1976;
- Gh. Diaconescu, *Infracțiuni în Codul penal român*, Ed. Oscar Print, 1997;
- H. Diaconescu, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, ed. a II –a, Ed. All Beck, București, 2005;
- C. Aionițaie, V. Bercheșan, I. N. Dumitracu, C. Pletea, I.E. Sandu, *Tratat de metodică criminalistică*, Ed. Carpați, Craiova, 1994;

³⁶ V. Papadopol, Notă în R.R.D. nr. 2, 1977, p. 45.

³⁷ Trib. Supr., Secț. Pen., Dec. nr. 51, 1975, în C.D., p. 320.

- O. Loghin, *Sanționarea participanților în cazul pruncuciderii*, R.R.D., nr. 1/1973, p. 94;
- I. Dobrinescu, *Infrațiunea de pruncucidere*, R.R.D., nr. 11/1971, p. 38-45;
- O.A. Stoica, *Unele considerații cu privire la infrațiunea de pruncucidere*, Studia Universitatis Babeș Bolay Series Jurisprudentia, 1972, p. 41-59;
- V. Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, Ed. Academiei Române, București, 1971;
- C. Naneș, *Medicină legală*, Editura Teora;
- Ungureanu Augustin, *Jurisprudența penală a Curții de Apel Bacău pe anul 1997*, Ed. Lumina Lex, 1998;
- Tudorel Toader, *Drept penal român. Partea specială. Culegere de probleme din practica judiciară*, Ed. Șansa, București, 1999;
- N. Jung, *Expertiza medico-legală psihiatrică în pruncucidere: dificultăți și soluții*, Dreptul, nr. 10/2002, p. 166;
- M. Cora, *Aspecte teoretice în materia infracțiunii de pruncucidere*, Dreptul, nr. 5/2003, p. 126;

ACCESUL, FARA DREPT, LA UN SISTEM INFORMATIC

Cătălin MARIN*

Abstract:

The act of mounting a device reading the magnetic stripe bank cards in front of an ATM, constitute the crime of illegal acces to a computer system, committed by infringing security measures provided by Law no.161/2003. By mounting a device reading the magnetic stripe bank cards in front of ATM, the offender acts without right because has no authorization under the law or under a contract and has no permission form the person or entity, competent under the law to grant and, by mounting the device, security measures – aimed at ensuring the secrecy of account numbers and the operations performed and also the protection against use by another person of bank cards in order to fraud - are breached.

Cuvinte cheie: sistem de informații, acces neautorizat, atac electronic.

Introducere

Profesorul G.Fr. Puchta, reprezentant al Școlii Istorice Germane a dreptului, afirma spre sfârșitul secolului XIX: “precum viața popoarelor se schimbă de-a lungul veacurilor, tot astfel dreptul, ramură a acestei vieți, se schimbă și el cu vremea, se dezvoltă odata cu poporul căruia îi aparține și se adaptează diferitelor faze din dezvoltarea lui”. Astfel, dreptul apare ca un produs istoric iar teoria dreptului natural, începută de Marcus Tullius Cicero și dezvoltată de Hugo Grotius, este vehement contestată de Școala Istorică Germană a dreptului.

Distinsul profesor Costică Voicu susține în lucrarea sa, “Teoria generală a dreptului” că: “Mobilitatea conținutului dreptului este dată de capacitatea acestuia de a reglementa noi aspecte și domenii ale socialului, care apar și se dezvoltă în dinamica societății. Conținutul dreptului nu este imuabil, el având puterea de a exprima în norme juridice nevoile schimbătoare ale societății”. Ca urmare, conținutul dreptului român din prezent este fundamental separat de conținutul pe care acesta l-a avut în urmă cu 10-15 ani. Esența dreptului rămâne neschimbată, fiind expresia voinței juridice, dar conținutul este drastic modificat.

Alături de componenta statică, în care sunt postate constantele dreptului (normele juridice și instituțiile care au o anumită vechime, cum ar fi norme și instituții de drept civil, drept penal, dreptul familiei etc) conținutul dreptului are în vedere și o secvență dinamică reflectată prin normele juridice noi, elaborate ca expresie a voinței juridice și intereselor societății față de noi domenii ale realității juridice, cum sunt și acelea care au în vedere relațiile sociale privitoare la ocrotirea și apărarea datelor și sistemelor informatice.

Prin intermediul calculatoarelor și al interconectării acestora, se obțin multiple beneficii dar apar și aspecte negative, cum ar fi apariția noilor tipuri de infracțiuni (de exemplu distribuirea de viruși informatici) dar și opțiunea de a comite infracțiuni tradiționale cu ajutorul noilor tehnologii (spre exemplu fraudă sau falsul).

„Un hoț modern poate să jefuiască mai mult cu un calculator decât cu o armă.” (Morris, 2001)

Textul incriminator

Art. 42 din Legea nr. 161/2003 - (1) Accesul, fără drept, la un sistem informatic constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea de la 3 luni la 3 ani sau cu amenda.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea Româno-Americană din București ; (mssc_23@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ. Simona Tache.

(2) Fapta prevăzută la alin. (1), săvârșită în scopul obținerii de date informatice, se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 5 ani.

(3) Dacă fapta prevăzută la alin. (1) sau (2) este săvârșită prin încălcarea măsurilor de securitate, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 12 ani.

Obiectul ocrotirii penale

Obiectul juridic generic al infracțiunilor contra confidențialității și integrității datelor și sistemelor informatice îl constituie acele relații referitoare la ocrotirea și apărarea datelor și sistemelor informatice.

Obiectul juridic special constă în relațiile sociale care se nasc și se dezvoltă în legătură cu securitatea sistemului informatic. În doctrină, există și opinia conform căreia acesta este reprezentat de acele relații sociale care asigură inviolabilitatea “domiciliului informatic”.¹

Obiectul material se compune din entitățile materiale ce reflectă rețelele ori sistemele informatice (software: baze de date, aplicații, programe; precum și hardware: cabluri, servere, plăci etc).

Subiectul activ nemijlocit (autorul) poate fi orice persoană fizică ce însumează condițiile de natură generală pentru a răspunde din punct de vedere penal. În principiu, persoanele în cauză sunt acclimatizate cu spargerea măsurilor de securitate cu privire la protecția calculatoarelor sau a rețelelor acestora, posedând un set de cunoștințe solide în domeniu.

Participația penală este posibilă sub toate formele sale: coautorat, instigare sau complicitate.

Subiectul pasiv al infracțiunii este reprezentat de persoana fizică sau juridică, deținătoare de drept a respectivului sistem informatic. În împrejurarea în care datele de ordin informatic avute în vedere la accesul ilegal privesc o altă persoană fizică ori juridică, alta decât cea deținătoare a sistemului informatic, avem de-a face cu un subiect pasiv secundar. Spre exemplu, făptuitorul pătrunde ilegal în rețeaua de evidență informatizată a persoanei și extrage date personale referitoare la un anumit individ și le folosește astfel încât îi creează acestuia o serie de probleme de natură administrativă sau juridică².

Latura obiectivă

Elementul material (actus reus) constă în accesul, fără drept într-un sistem ori într-o rețea informatică. În înțelesul atribuit de legea penală, accesul indică intrarea, fie în tot, fie numai în parte, în sistemul informatic. Nu prezintă importanță metoda de comunicare; aceasta poate fi de aproape sau de la distanță, de exemplu datorită legăturii prin satelit.

Accesul fără drept la un sistem informatic, în forma sa cea mai simplă, necesită interacțiunea făptuitorului cu tehnica de calcul avută în vedere cu ajutorul tastaturii sau al mouse-ului. Manipularea acestor dispozitive se transformă în solicitări către Unitatea Centrală de Prelucrare (UCP) a sistemului, care va procesa date ori va rula programe de aplicații în beneficiul intrusului.³

În privința alin. (2) acțiunea făptuitorului vizează obținerea datelor informatice prin vizualizarea lor pe monitor, prin copierea pe un suport extern de memorie, prin intermediul unei imprimante alfanumerice sau prin proiectarea unor aplicații sau programe apte să gestioneze date informatice, cum ar fi programele care administrează bazele de date într-o instituție sau programele de poșta electronică. De regulă, la protejarea sistemelor informatice, se întrebuițează măsuri standard de securitate. Protecția fizică are în vedere izolarea tehnicii de calcul într-un spațiu închis, securizat, asigurarea cu ajutorul dispozitivelor mecanice cu cifru metalic sau cheie, sau prin controlul

¹ Ioana VasIU, Lucian VasIU, Informatica juridical si drept informatic, Editura Alabastra, Cluj-Napoca, 1997, p.166

² Maxim Dobrinou, Vasile Dobrinou, Nicolae Conea, Ciprian Raul Romitan, Camil Tanasescu, Norel Neagu, Drept penal. Partea speciala, vol. II, Lumina Lex, Bucuresti, 2004, p. 527.

³ Maxim Dobrinou, op. cit., vol. II, p. 528

manual asupra sursei de curent electric. Protecția logică este realizabilă prin utilizarea parolilor sau a codurilor de acces.

Cu privire la alin. (3), făptuitorul acționează împotriva sistemului informatic prin forțarea protecțiilor. În privința forțării protecției logice, aceasta variază; se poate, astfel, încerca aflarea combinației corecte prin introducerea în mod repetat a unor secvențe alfanumerice, cu ajutorul tastaturii, sau identificarea secvenței de acces prin intermediul rulării unor programe specializate. Aceste sisteme pot, de asemenea, să comande sistemului instrucțiuni prin care se “ocolește” dispozitivul logic de blocare.

Întru existența elementului material, trebuie ca accesul la un sistem informatic să se efectueze “fără drept”, în înțelesul atribuit sintagmei prin art. 35 alin. (2) din Legea nr. 161/2003. Acționează, așadar, fără drept, persoana care se află în una dintre următoarele situații:

a) nu este autorizată, în temeiul legii sau al unui contract;

b) depășește limitele autorizării;

c) nu are permisiunea, din partea persoanei fizice sau juridice competente, potrivit legii, să o acorde, de a folosi, administra sau controla un sistem informatic ori de a desfășura cercetări științifice sau de a efectua orice altă operațiune într-un sistem informatic.

În înțelesul atribuit în art. 35 alin. (1), prin sistem informatic se înțelege orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relație funcțională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic.

Urmarea imediată are în vedere starea de pericol la adresa valorii sociale pe care legea penală o apără, respectiv securitatea sistemelor informatice.

Legătura de cauzalitate între activitatea făptuitorului și urmarea produsă trebuie să existe, rezultând din materialitatea faptei (ex re).

Latura subiectivă

Forma de vinovăție (mens rea). În variantele prevăzute în alin. (1) și (3) teza I, accesul ilegal la un sistem informatic se săvârșește cu intenție directă sau indirectă. În privința variantelor prevăzute în alin. (2) și (3) teza a II-a, forma de vinovăție specific delictului este intenția directă calificată prin scop. Cerința referitoare la scop este esențială și constă în obținerea de date informatice. Fiind o condiție esențială care afectează latura subiectivă a infracțiunii, pentru consumarea acesteia nu este necesar să se realizeze, prin acțiunea ilicită a făptuitorului, obținerea de date informatice. Pentru existența elementului subiectiv, în această ipoteză de incriminare, este suficient să se constate că făptuitorul, prevăzând rezultatul faptei sale (punerea în pericol a sistemului informatic) a urmărit obținerea unor date informatice.⁴

Cu excepția aratăată, mobilul determinant și scopul urmărit de făptuitor nu interesează pentru existența componentei subiective și a infracțiunii însăși, care, însă nu vor fi pierdute din vedere la stabilirea gradului de pericol social concret al faptei și la individualizarea pedepsei.

Forme. Modalități. Sancțiuni

Accesul ilegal la un sistem informatic este o infracțiune comisivă, de execuție lentă și poate, astfel, avea un iter criminis, fiind susceptibilă de forme imperfecte. În principiu, actele pregătitoare nu sunt incriminate și, implicit, nu sunt pedepsite. Cu toate acestea, potrivit art. 46 din legea în discuție, unele acte pregătitoare sunt incriminate ca infracțiuni de sine stătătoare.

Tentativa se pedepsește, potrivit art. 47 din lege.

Momentul realizării acțiunii incriminate (urmarea imediată este inerentă comiterii acesteia) coincide cu momentul consumării infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic.

⁴ Idem, vol. II, p. 529

Fapta studiată poate avea o formă continuă sau continuată de săvârșire, ca atare vom întâlni și un moment al epuizării, situat, după caz, la data încetării acțiunii ilicite sau la data comiterii ultimei acțiuni.

Modalități

Infrațiunea îmbracă trei modalități normative corespunzătoare celor trei variante de incriminare. Modalităților normative le pot corespunde numeroase și variate modalități de fapt (sub aspectul împrejurărilor în care se săvârșește fapta, de calitatea făptuitorului ș.a.m.d), care vor fi analizate la individualizarea pedepsei.

Sanțiuni

În art. 1 este prevăzută pedeapsa principală pentru persoana fizică și anume închisoarea de la 3 luni la 3 ani sau amenda.

Pentru fapta prevăzută în alin. (2), persoana fizică se pedepsește cu privarea de libertate, de la 6 luni la 5 ani, iar în varianta prevăzută în alin. (3), pedeapsa aplicabilă persoanei fizice este închisoarea de la 3 la 12 ani.

Persoana juridică se sancționează cu amenda cuprinsă între 5000 și 600000 lei, pentru faptele prevăzute în alin. (1) și (2) și cu amenda de la 10000 la 900000 lei în cazul faptei prevăzute de alin. (3).

Riscul de atac electronic

În activitățile lumii moderne, sistemele de informații computerizate au căpătat o însemnătate incontestabilă. În consecință, protecția acestor sisteme ar trebui privită cu un interes deosebit de către organizații.

O serie de factori pot fi considerați drept factori ce au contribuit la creșterea riscului de atac electronic la adresa sistemelor de informații⁵:

- a) dificultățile de securizare inerente
- b) globalizarea crescândă
- c) insuficienta conștientizare și educare a utilizatorilor sistemelor de informații și atitudinile sau practicile care nu respectă procedurile de folosire
- d) disponibilitatea de informații privind penetrarea fără autorizare a sistemelor de informații
- e) reglementări legislative neclare și anumite dificultăți jurisdicționale

Richard J. Welke și Detmar W. Straub denumesc “risc de sistem” eventualitatea ca sistemele de informații computerizate aparținând unei organizații să nu fie suficient protejate împotriva anumitor pierderi sau atacuri⁶. Informațiile stocate electronic sunt purtătoare de anumite valori. În cazul în care acestea sunt afectate, ca o consecință și organizația va fi afectată, aceasta folosindu-se de respectivele informații sau depinzând de ele.

Riscul apare, în contextul sistemelor de informații computerizate, ca suma amenințărilor (evenimente ce pot fi cauzatoare de daune), vulnerabilităților și valoarea informațiilor expuse. J. Adams și M. Thompson califică riscul ca fiind ceva subiectiv, ce se referă la un viitor existent strict în imaginație.

Posibili atacatori

a)a) Angajați. Aceștia au acces la informații și cunosc punctele slabe ale sistemului. Pot realiza operațiuni în contra organizației, ei beneficiind și de încredere. Un caz recent și intens mediatizat de presă privește fapta unui membru al Guvernului României de a instiga la infrațiunea de acces fără drept la un sistem informatic săvârșită prin încălcarea măsurilor de securitate prevăzute

⁵ Ioana VasIU, Lucian VasIU, Riscul de atac electronic asupra sistemelor de informații

⁶ Detmar W. Straub, Richard J. Welke, Coping with system risk: security planning models for management decision-making

de art. 25 Cod Penal raportat la art. 42 alin. (1) și (3) din Legea 161/2003, cu modificările și completările ulterioare și instigare la infracțiunea de ștergere de date informatice fără drept prevăzute de art. 25 Cod Penal raportat la art. 44 alin. (1) din Legea 161/2003 cu modificările și completările ulterioare, totul cu aplicarea art. 33 lit. a) Cod Penal. La cererea numitei I.R.M., M. M. l-a contactat telefonic pe M.D.P spunându-i că dorește să șteargă din calculatoare date informatice pentru a nu fi descoperite de D.N.A. Ulterior, acesta a accesat sistemele informatice ale Ministerului Tineretului și Sportului și a șters din calculatoarele utilizate de cei doi e-mailurile indicate iar din calculatorul utilizat de P.D.E au fost șterse mai multe date informatice. Fiind audiat, M.D.P a recunoscut în totalitate faptele comise, descriind modul de operare.

b) Consultanți/Personal de întreținere a sistemului: aceste persoane au în repetate rânduri acces la sistemul de informații și astfel pot executa o paletă largă de operațiuni;

c) Furnizori/Clienți: Rațiunile lor economice nu sunt uneori conforme cu cele ale organizației. Prin acțiunile lor pot prezenta un grad de risc, mai mare sau mai mic, de securitate;

d) Competitori: În această categorie regăsim organizațiile sau indivizii care au în mod direct de câștigat dacă prin atacurile asupra sistemului de informații aparținând organizației competitorilor vor fi cauzate pierderi;

e) Mercenari informatici/Crackeri/Infracționiști: Aceștia pătrund, în mod ilegal, în sistemele de informații și cauzează prejudicii în mod intenționat, din variate motive;

f) Experți în spionaj: Sunt persoanele pregătite temeinic în vederea obținerii de informații de pe urma cărora vor obține beneficii alte organizații. Pot întreprinde acțiunile fără a fi detectați. Din această categorie pot face parte, de exemplu, ofițeri ai Serviciului de Informații Externe. “Cei care sunt parte a serviciului sunt cetățeni români. Asupra lor acționează legea română și ei funcționează în contextul legilor statului român. Când sunt afară, singurele legi pe care le respectă sunt doar ale statului român. Ei afară sunt infractori. Scopul prezenței lor afară este cu totul altul decât cel pe care un cetățean cu frica legii îl poate gândi sau îl poate proiecta în interiorul propriei țări. Dar sunt singurele legi pe care le respectă afară. Nu respectă legile statului unde își desfășoară activitatea. Nu există spionaj ieftin.”⁷

g) Accidente/Dezastre naturale: Pot provoca indisponibilitatea ori distrugerea informațiilor substanțiale.

După motivație, atacatorii sistemelor de informații se clasifică în patru mari categorii⁸:

a) Motivație socială: Atacatorii vor să se integreze într-un grup, să fie astfel acceptați de alți atacatori urmărind a obține un sentiment de control;

b) Motivație tehnică: Atacatorii privesc “înfrângerea” sistemului ca o provocare intelectuală;

c) Motivație politică: Se urmărește acapararea atenției politice în scopul promovării unei cauze;

d) Motivație financiară: În această categorie intră atacatorii care urmăresc atingerea unui câștig personal, cum ar fi mercenarii informatici.

Tipuri de amenințări

În vederea selecționării măsurilor de securitate corespunzătoare, amenințările necesită a fi bine înțelese. Din punctual de vedere al modului de producere, amenințările sunt non-frauduloase (accidentale) și frauduloase (intenționate)⁹.

Conform cu o altă potențială clasificare, amenințările la adresa sistemelor de informații sunt:

1) Amenințări naturale: sau “forță majoră”, după cum sunt numite în domeniul asigurărilor (incendiu, cutremur, inundație etc);

⁷ Interviu Directorului Serviciului de Informații Externe, Mihai-Răzvan Ungureanu, acordat cotidianului „Jurnalul Național” în perioada 29.11.2010 – 3.12.2010

⁸ Ioana Vasii, Lucian Vasii, Totul despre hackeri, Editura Nemira, 2001

⁹ S. Castano, M. Fugini, G. Martella, P. Samarati, Database security, 1995

2) Amenințări accidentale: cum ar fi procedurile neexecutate în mod corect, ruperea unui cablu etc

3) Amenințări intenționate: accesul neautorizat, sabotajul, infectarea cu viruși informatici, ștergerea sau utilizarea în mod neautorizat a informațiilor, plantarea cailor troieni informatici etc.

W.J. Buffam clasează amenințările la adresa sistemelor de informații în amenințări fundamentale, amenințări care facilitează și amenințări indirecte.

Amenințările fundamentale reprezintă divulgarea de informații, repudierea, alterarea de informații, refuzul serviciului și folosirea nelegitimă. Aceste amenințări sunt ceea ce un atacator are în vedere să facă.

Amenințările care facilitează sunt amenințările care permit a se accesa amenințările fundamentale. Aceste amenințări sunt realizate pentru “poziționare” și sunt: programele malițioase, mascarada, eludarea măsurilor de securitate și violarea autorizării.

Amenințările indirecte provin din atributele de bază ale Internetului și ale infrastructurii informației. Sub-categoriile propuse de către W.J. Buffam sunt: interceptarea, scavenging, indiscreția și eroarea administrativă.

Vulnerabilități

Vulnerabilitățile reprezintă porțițe prin intermediul cărora amenințările se exteriorizează. Capătă această calitate orice fapt ce prezintă o dificultate în ceea ce privește securitatea sistemului informatic.

O “vulnerabilitate universală” constituie o stare într-un sistem de informații care¹⁰:

- a) Permite executarea comenzilor de către atacator impersonând un utilizator autorizat;
- b) Permite atacatorului să acceseze informații contrar procedurilor de acces
- c) Permite unui atacator să conducă un atac de refuz al serviciului (denial of service)

Clasificarea delictelor informatice

Tipurile de infracțiuni din domeniul supus studiului sunt multe și diverse. Acesta ar putea fi primul motiv pentru care ar trebui să ne îngrijorăm iar autoritățile să acorde atenția cuvenită¹¹. Potrivit autorului Petre Rău, acestea sunt:

- falsificarea de dovezi, voalarea înșelătoriilor prin computer și cifrarea spargerilor mafioate
- teletransmisia de date pentru tănuire
- pornografia de toate genurile, inclusiv cea infantilă
- comandă de organe pentru transplant
- sabotarea prin viruși
- distribuirea materialelor ilegale (propagandist-teroriste, pornografice) sau software nelicențiat
- spionajul economic și militar
- spargerea de jocuri
- fapte ilegale de șantaj și constrângere
- falsificări de monede, înscrisuri, acte
- digitalizarea fotografiilor false și falsificări pe baza aparatelor foto cu schițare digitală
- traficul de stupefiante
- comerțul ilegal cu arme
- diverse forme de delict economice
- infracțiuni privind protecția mediului înconjurător
- furtul de carduri

¹⁰ Lucian Vasii, Ioana Vasii, Riscul de atac electronic asupra sistemelor de informații

¹¹ Petre Rău, Infracționalitatea pe calculator

-omorul săvârșit prin intermediul calculatorului (spre exemplu, modificarea premeditată a diagnosticului)

-comerțul cu carne vie

-atacuri de tip terorist

-manipularea sistemelor de pază și protecție

-utilizarea frauduloasă a Internetului

-frauda datorată falsei identități și a spionilor în rețea (snipers)

-furtul timpului de navigare pe Internet

-blocarea rețelelor prin supraîncălzire

-fraude datorate acțiunilor protestatare, elitist sau de afirmare a hackerilor

-atacurile împotriva serverelor DNS (Domain Name Server)

-fraude datorate intrușilor (furtul de parole – password sniffers), compromiterea securității la nivelul întregii rețele

-conectarea anonimă prin serviciile telnet și socks ale proxy-urilor Wingate, prost configurate

-fraude asupra informațiilor sau calculatoarelor

-atacul în centrale PABX private și publice (prin servicii DISA sau voicemail)

-fraude asupra rețelelor virtual private (VNP)

-intrarea în bănci de date și rețele

-abuz de informații – obținerea de informații “folositoare” sau coduri de acces și vânzarea acestora (de regulă cu colaborare din interior)

-mesaje electronice nesolicitate (spams)

Consiliul Europei R(89)9 include printr-o recomandare, infracțiunile realizate cu ajutorul calculatorului. Acestea au fost întâlnite în practică, perturbând în mod grav unele relații sociale și sunt enumerate în lista principală:

-frauda informatică

-falsul informatic

-prejudiciile aduse bazelor de date, datelor și programelor de calculator

-sabotajul informatic

-accesul neautorizat

-interceptarea neautorizată

-reproducerea neautorizată de programe protejate

Lista secundară cuprinde:

-alterarea datelor sau programelor de calculator

-spionajul informatic

-utilizarea neautorizată a unui calculator

-utilizarea neautorizată a unui program de calculator

Arta și psihologia hackerilor

Catalogați drept vrăjitori ai calculatoarelor, hackerii au contribuit adesea la divulgarea soluțiilor de acoperire a slăbiciunilor de protecție a sistemelor. De regulă, hackerii au drept țintă un cont, un card, o parolă de acces, anumite programe sau licențe. Cunoscutul virus de tip worm numit “I love you”, care a produs una dintre cele mai mari pagube din lume (cca. 6 mld. usd), a fost raportat de unii hackeri cu câteva luni înainte, însă, nefiind luat în seamă, a produs pagubele amintite mai sus. Mărturisirile hackerilor reflectă faptul că există site-uri cu programe ce pot fi utilizate cu o așa pricepere încât nu pot fi depistați de nimeni.

Hackerii și-au creat organizații pentru a revendica diferite drepturi, ce provin chiar din “Declarația universală a drepturilor omului”. Titlul cărții de căpătâi a acestora se numește “Etica hackerului” și, printre altele, prevede:

-toate informațiile trebuie să fie gratuite

-accesul la calculatoare trebuie să fie total și nelimitat

- hackerii trebuie să fie judecați după faptele lor, nu după alte criterii, cum ar fi vârsta, diplomele, rasa sau poziția socială
- poți crea artă și poți aduce frumusețe cu ajutorul calculatorului
- calculatoarele îți pot schimba viața în bine

După apariția acestui Cod deontologic, hackerii au intensificat atacurile referitoare la drepturile cetățenești în detrimentul acelor referitoare la câștigurile bănești.

Instrumentele folosite de hackeri au fost produse în vederea constatării calculatoarelor dintr-o rețea dar și a slăbiciunilor acestora. Aceste instrumente se găsesc la dispoziția oricui, pe Internet sau din alte surse. Uneori, hackerul își fabrică singur instrumentele necesare, în funcție de necesitățile întâmpinate. Cele mai cunoscute metode de atac sunt: Denial-of-Service (DoS), Port Scan, Host Scans¹².

Fraude informatice autohtone

Un hacker român, supărat pe prețurile aflate în continuă creștere ale RomTelecom, a accesat rețeaua societății, modificând tarifele afișate pe site la un leu pentru 5 ore de convorbire.

Ministerele Justiției, Finanțelor și cel de Interne au fost atacate în mod repetat de viruși provocatori de modificări importante ale informațiilor oficiale.

Un alt hacker român a accesat site-ul FBI unde a postat poza lui Ion Iliescu.

În privința comerțului electronic, românii s-au perfecționat în efectuarea de cumpărături de la magazine virtuale din afara României, prin utilizarea cărților de credit furate sau falsificate. Sunt avute în vedere site-urile specializate în comerțul electronic precum și bazele de date cu numere de cărți de credit. Timpul dintre data plății nelegitime și momentul în care titularul cărții de credit sesizează și refuză plata este unul îndeajuns de mare, astfel favorizându-se atacurile de acest gen.

La începutul lunii octombrie, anul 1999, Judecătoria Ploiești a pronunțat prima sentință de condamnare a administratorului firmei ANDANTINO la șase luni de închisoare cu suspendare condiționată a executării pedepsei. Pe data de 18 septembrie 1998, inculpatul a fost surprins de polițiști și inspectori ai Oficiului Român pentru Drepturi de Autor în timp ce vindea CD-uri cu programe de calculator la punctul de lucru al societății sale. "Aceasta este prima sentință penală în materie de piraterie software de la adoptarea în anul 1996 a Legii nr. 8 a Drepturilor de Autor și Drepturilor Conexe.

Atacurile de skimming la bancomate

Infractorii întrebunțează adeseori elemente componente ale dispozitivelor audio portabile și camere de luat vederi cu scopul de a asambla ATM skimmere compacte. Acestea, fiind ascunse și eficiente, sunt gândite pentru a fi alăturate la bancomate în vederea clonării cardurilor bancare și a datelor PIN asociate.

În conformitate cu un raport EAST (European ATM Security Team), națiunile europene, în majoritate, au înregistrat o creștere referitoare la atacurile de tip skimming. Deopotrivă, au fost constatate unele cazuri în care dispozitivele anti-skimming au fost sustrate din bancomate pentru a fi convertite în mecanisme skimmer, utilizându-se tehnologia audio, micro-camerele de luat vederi pentru datele PIN. Acestea au fost montate în același loc de unde au fost sustrate.

Augmentarea numărului acestor dispozitive este cauzată de faptul că ele sunt relativ ieftine și procesul de montare este realizat într-un timp scurt și într-un mod deloc complicat.

Un recent tip de dispozitive skimmer, ce utilizează tehnologii audio, a fost descoperit de EAST. Aceste inedite tipuri de dispozitive au fost regăsite în 5 state din Europa.

Folosirea tehnologiei audio în scopul de a înregistra datele depozitate pe banda magnetică din spatele cardurilor magnetice este cunoscută de o bună bucată de timp. Această manieră de a proceda a fost publicată în anul 1992 în revista electronică "Phrack", în ediția 37. De la acel moment, au fost

¹² Petre Rau, Infracționalitatea pe calculator

publicate numeroase rezultate în domeniul electronicii (cum ar fi crearea, dintr-un casetofon vechi, a unui dispozitiv apt de citire a cardurilor magnetice).

Pe “piața neagră” a Europei de Est are loc comercializarea dispozitivelor ATM skimmer care folosesc tehnologia audio și cea necesară citirii datelor înregistrate de aceste dispozitive.

Tehnologia Bluetooth dă voie falsului cititor de carduri și tastaturii de a comunica. Totodată, descărcarea datelor furate se face rapid și ușor. Ca urmare, utilizatorii nu-și pot da seama dacă bacomatul a fost sau nu aranjat. Una dintre practicile obișnuite ale infractorilor este de a instala dispozitivele sâmbătă dimineața și de a le extrage duminică seara. Datele furate sunt trasmise în alte țări în numai câteva ore.

În Europa, atacurile cu skimming s-au dezvoltat cu 24% în prima jumătate a anului 2010 (situația fiind mult mai delicată ca în America). Numărul atacurilor, respectiv 5743, reprezintă cel mai ridicat număr înregistrat pe o perioadă de 6 luni, începând cu 2004, an în care a început monitorizarea.¹³

Avivah Litan, analist la firma de cercetare Gartner apreciază că fraudă cu carduri și POS-uri a sporit în ultimii 5 ani cu 400%. O tehnică utilizată de către infractori este “atacul-fulger”. Făptuitorii, constituiți în grupări, crează sute sau mii de carduri false, după care merg în diferite orașe unde acționează, scoțând din conturi sume mici de bani, pentru a nu fi detectați de software-ul de protecție. După totalizarea respectivelor sume, se adună o sumă finală impresionantă.

O tehnologie ce vine în ajutorul clienților este reprezentată de noul card “chip-and-PIN”, pentru a proteja datele de skimming. Aceste carduri oferă o protecție suplimentară datorită cipurilor pe care le au; au fost adoptate de Canada dar și de mai multe țări din Europa. Totuși, ele nu oferă o protecție totală iar experții în materie de securitate spun că este de preferat utilizarea telefoanelor pentru a face sau a confirma plăți.

Sfaturi la utilizarea ATM-ului

-Protejarea codului PIN prin poziționarea cât mai apropiată de bancomat și acoperirea tastaturii cu cealaltă mână

-În circumstanța observării unui element suspect la dispozitivul de citire al cardurilor ori tastatură, este de recomandat a nu se folosi respectivul bancomat precum nici îndepărtarea dispozitivelor neobișnuite

-Monitorizarea soldului contului (SMS banking) și verificarea extraselor bancare în vederea raportării oricărei discrepanțe la bancă sau la centrul de procesare a cardurilor.

-Folosirea unui ATM interior, mai puțin expus la atacuri

Practică judiciară

1. Fapta de a monta, la un bancomat, un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de acces, fără drept, la un sistem informatic prin încălcarea măsurilor de securitate, prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003, întrucât bancomat-ul constituie sistem informatic în sensul art. 35 alin. (1) lit. a) din această lege, iar prin montarea dispozitivului de citire a benzii magnetice se încalcă măsurile de securitate ale bancomatului, care au ca scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și prevenirea folosirii frauduloase a cardurilor.

2. Faptele de a falsifica instrumente de plată electronică, cum sunt cardurile, de a deține astfel de instrumente falsificate și de a retrage sume de bani în numerar cu ajutorul acestora, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute în art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 referitoare la falsificarea instrumentelor de plată electronică și ale infracțiunii prevăzute în art. 24 alin. (2) din aceeași lege referitoare la punerea în circulație a instrumentelor de plată electronică falsificate sau deținerea lor în vederea punerii în circulație, întrucât punerea în circulație a instrumentelor de plată

¹³ Gândul.info, Cum îți dispar banii de pe cardul de credit, 28 noiembrie 2010

electronică falsificate se poate realiza prin retragerea sumelor de bani în numerar, nefiind necesară transmiterea posesiei instrumentelor de plată electronică falsificate către alte persoane.

Practica judiciară

1) Tribunalul Dolj, Secția penală, prin sentința nr. 3603/63/2009, a soluționat în fond cauza penală în conformitate cu dispozițiile art. 345 alin. (2) C. proc. pen., pronunțând condamnarea inculpatului S.C. la pedepsele de:

- 3 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de acces fără drept la un sistem informatic, faptă penală prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003;

- câte 3 ani și 6 luni închisoare și interzicerea drepturilor prevăzute în art. 64 alin. (1) lit. a) teza a II-a și b) C. pen. pe durata de un an și 6 luni (2 pedepse principale și complementare) pentru săvârșirea infracțiunilor concurente de falsificare și respectiv punere în circulație de instrumente de plată electronică falsificate, prevăzute în art. 24 alin. (1) și respectiv art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic (prin schimbarea încadrării juridice, potrivit art. 334 C. proc. pen., din infracțiunea unică prevăzută în art. 24 alin. 1 și 2 din Legea nr. 365/2002);

- un an și 6 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de deținere de echipamente în vederea falsificării instrumentelor de plată electronică prevăzută în art. 25 din Legea nr. 365/2002, aplicându-i-se în final prin contopire, în baza art. 33 lit. a), art. 34 alin. (1) lit. b) și art. 35 C. pen., pedeapsa principală rezultantă de 3 ani și 6 luni închisoare și interzicerea drepturilor prevăzute în art. 64 alin. (1) lit. a) teza a II-a și b) C. pen. pe durata de un an și 6 luni (pedeapsă complementară rezultantă).

Conform art. 71 alin. (1) și (2) C. pen., pe durata executării pedepsei principale i s-a interzis inculpatului și exercitarea drepturilor prevăzute în art. 64 alin. (1) lit. a) teza a II-a și b) C. pen., ca pedeapsă accesorie.

Hotărând astfel judecătorul cauzei a constatat că faptele ilicite referitor la care a fost dispusă trimiterea în judecată a inculpatului prin rechizitoriul din 27 martie 2009 al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism - Serviciul Teritorial Craiova, există ca atare și au fost săvârșite cu vinovăție de inculpat, în următoarele împrejurări:

A. În dimineața zilei de 31 ianuarie 2009, folosind un autoturism închiriat - sub filajul lucrătorilor Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism - Serviciul Teritorial Craiova, informați în prealabil de operațiunea respectivă - inculpatul s-a deplasat de la domiciliul acestuia din Craiova în municipiul Sibiu având asupra sa în autoturism: un dispozitiv artizanal tip „gură de bancomat” - format dintr-o carcasă metalică în care erau asamblate în interior module și componente electronice și video care se întrebuințează la stocarea frauduloasă a datelor cardurilor bancare aparținând titularilor de drept ori instituțiilor bancare în momentul utilizării acestora; un laptop; un card blank de culoare albă cu bandă magnetică neagră; un adaptor; un alt dispozitiv artizanal prevăzut cu trei baterii, racordat la o mufă tip serial, un cablu cu mufe tip USB serial și un încărcător laptop.

Ajuns la destinație, în jurul orelor 9⁵⁰ a atașat ATM-ului bancar al Sucursalei T. dispozitivul artizanal tip „gură de bancomat” și a trecut apoi la supravegherea locului faptei din autoturismul staționat în imediata apropiere. În intervalul 9⁵⁰-11⁵⁰, bancomatul respectiv a fost accesat de mai multe persoane; în jurul orelor 11⁵⁰, doi titulari de drept obișnuiți ai ATM-ului respectiv au observat neregularitățile fantei de introducere a cardului și au forțat gura bancomatului constatând că aceasta era aplicată artizanal. Situația frauduloasă amintită a fost observată imediat și de inculpat, care s-a apropiat de bancomat, probabil cu intenția de a-și recupera dispozitivul montat, a realizat că se adunaseră prea multe persoane și a urcat din nou în autoturism, fiind blocat și reținut de lucrătorii Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism aflați în zonă.

B. La percheziția autoturismului au fost găsite, ridicate și sigilate bunurile anterior arătate; dispozitivul artizanal tip „gură de bancomat” a fost, de asemenea, ridicat de pe ATM-ul unde fusese montat de inculpat și sigilat. Expertiza efectuată ulterior de Institutul pentru Tehnologii Avansate

București a concluzionat - prin raportul de constatare tehnico-științifică - faptul că fragmentul de dispozitiv prezentat provine foarte probabil dintr-un dispozitiv artizanal de tip gură de bancomat; prezența capului magnetic în fanta acestui dispozitiv, precum și poziționarea acestuia la o distanță de marginea fantei, corespunzătoare pistei a doua a cardurilor magnetice, indică posibilitatea ca dispozitivul din care provine să fie destinat achiziționării datelor aflate pe pista a doua a cardurilor bancare ce tranzitează fanta sa; atașarea unui astfel de dispozitiv peste fanta unui echipament de tip ATM permite achiziționarea datelor confidențiale de tip bancar aflate pe cardurile utilizatorilor echipamentului; dispozitivul reprezintă un dispozitiv tip gură de bancomat ce are atașat și un modul destinat supravegherii video ce poate fi utilizat, prin atașarea la un echipament de tip ATM, în scopul fraudării mijloacelor de plată electronică. Suplimentul ulterior de expertiză întocmit la 24 aprilie 2009, la cererea instanței, a concluzionat, de asemenea, că dispozitivul tip „gură de bancomat”, prin caracteristicile sale evidențiate în raportul de constatare tehnico-științifică menționat anterior, este apt să falsifice mijloacele de plată electronică. Astfel, considerând că etapele procesului de falsificare a mijloacelor de plată electronică sunt constituite din preluarea neautorizată a datelor confidențiale de tip bancar și din valorificarea acestora prin diferite metode (realizarea de clone ale cardurilor utilizatorilor sau realizarea de cumpărături în medii de comerț electronic on-line), se constată că dispozitivul „gură de bancomat” investigat poate fi utilizat pentru realizarea funcției de achiziție a datelor confidențiale de tip bancar, date stocate pe pista a doua a cardurilor bancare și respectiv codul PIN asociat, aceasta reprezentând prima etapă componentă a procesului de falsificare a mijloacelor de plată electronică.

- La perchezițiile efectuate la domiciliul/reședința inculpatului din municipiul Craiova au mai fost ridicate, ca prezentând relevanța sub aspectul învinuirilor formulate împotriva inculpatului, 4 plăcuțe tip circuit integral din textolit, două adaptoare pentru carduri de memorie, două cabluri de transfer date prevăzute la unul din capete cu USB, iar la celălalt cu mufă pentru camera video și celelalte bunuri supuse confiscării speciale inițial arătate.

- Percheziția în sistem informatic asupra hard disk-ului laptop-ului găsit în autoturism la momentul flagrantului a identificat următoarele date și informații interesând cauza: Folderul denumit „M.” ce conține aplicația informatică cu același nume, aplicația informatică denumită „d.” și un număr 4 fișiere document cu extensia „.txt”, toate acestea conținând la rândul lor serii de cifre asemănătoare celor inscripționate pe banda magnetică a cardurilor bancare; Folderul denumit „C.P.M.”, conținând aplicația informatică cu același nume; Folderul denumit „C.C.N.G.”, conținând aplicația informatică cu același nume.

Deși inculpatul a susținut că nu se face vinovat de acces fără drept la un sistem informatic, instanța a înlăturat apărarea inculpatului, argumentând justificativ, în sens contrar, astfel:

Bancomatul este un mijloc de colectare, prelucrare și transmitere a unor date informatice, reprezentate de numărul de cont al titularului, care este stocat pe nivelul 2 al benzii magnetice de culoare neagră.

Prin montarea frauduloasă a dispozitivului de citire a benzii magnetice a cardurilor (skimmer) în fanta bancomatului și stocarea informațiilor astfel obținute au fost încălcate măsurile de securitate care aveau drept scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și apărarea împotriva folosirii de către o altă persoană a acestor date în vederea fraudării; probele dosarului relevă că inculpatul a acționat, fără drept, asupra sistemului informatic al instituției bancare, lipsindu-i orice autorizare în temeiul legii sau a unui contract ori permisiunea persoanei juridice în acest sens. În consecință, s-a reținut că fapta inculpatului de a monta pe un bancomat al Băncii T. un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor, precum și o mini cameră, accesând astfel, fără drept, prin încălcarea măsurilor de securitate, bancomatul băncii care reprezintă sistem informatic în sensul legii - întrunește elementele constitutive ale infracțiunii contra confidențialității și integrității datelor și sistemelor informatice prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003.

De asemenea, deși inculpatul a susținut că nu a falsificat instrumente de plată electronică și nici nu a pus în circulație asemenea instrumente falsificate, în baza probelor în acuzare aflate la dosar a reținut și existența acestor fapte ilicite.

În conformitate cu dispozițiile art. 334 C. proc. pen., a schimbat parțial încadrarea juridică a activității ilicite prevăzută în art. 24 alin. (1) și (2) din Legea nr. 365/2002 în două infracțiuni concurente, distincte, prevăzute în art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 și respectiv art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002.

2) Prin sentința penală nr. 21/2006 a Tribunalului Hunedoara au fost condamnați inculpații C.C., G.M., T.I. și I.F. pentru săvârșirea infracțiunii contra confidențialității și integrității datelor și sistemelor informatice prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003, a infracțiunii de falsificare a instrumentelor de plată electronică prevăzută în art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002, a infracțiunii de falsificare a instrumentelor de plată electronică prevăzută în art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002, a infracțiunii de efectuare de operațiuni financiare în mod fraudulos prevăzută în art. 27 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 și a infracțiunii de furt calificat prevăzută în art. 208 alin. (1), art. 209 alin. (1) lit. a) și e) C. pen., toate cu aplicarea art. 41 alin. (2), a art. 33 lit. a) și b) și a art. 34 alin. (1) lit. b) C. pen.

Instanța a reținut că, în luna mai 2005, inculpații C.C., G.M., T.I. și I.F. s-au înțeles să folosească dispozitivele de citire a benzii magnetice a cardurilor și o minicameră, pe care le-au procurat anterior, în vederea obținerii datelor necesare pentru clonarea mai multor carduri și pentru efectuarea retragerilor de numerar.

În acest scop, la mai multe date, inculpații s-au deplasat în diferite localități, au montat dispozitivele de citire a benzii magnetice a cardurilor și minicamera pe mai multe bancomate și au obținut datele de pe cardurile folosite la aceste bancomate, pe care le-au descărcat și le-au stocat într-un computer de la domiciliul inculpatului I.F.

După ce toate datele obținute au fost stocate în computer, inculpații au achiziționat carduri neinscripționate și au lipit pe fiecare dintre acestea câte o etichetă colantă pe care au scris codul sau codurile PIN citite anterior cu minicamera, la computerul inculpatului I.F. fiind atașat și un dispozitiv de inscripționare electronică, cu ajutorul căruia inculpatul G.M. a realizat inscripționarea benzii magnetice a fiecărui blank, cu contul copiat anterior, corespunzător codului PIN înscris pe etichetă.

La 28 iunie, 7 iulie, 8 iulie, 11 iulie și 21 iulie 2005, inculpații au retras numerar cu ajutorul cardurilor clonate de la bancomatele mai multor bănci.

Prin decizia nr. 197/A din 22 iunie 2006, Curtea de Apel Alba Iulia, secția penală, a admis apelurile declarate de inculpați, a schimbat încadrarea juridică din infracțiunile prevăzute în art. 27 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 și art. 208 alin. (1), art. 209 alin. (1) lit. a) și e) C. pen., cu aplicarea art. 41 alin. (2) din același cod, într-o singură infracțiune prevăzută în art. 27 alin. (1) din Legea nr. 365/2002, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., a condamnat pe inculpați în baza acestor din urmă texte de lege și a redus pedepsele aplicate inculpaților.

Recursul declarat, între alții, de inculpatul C.C., prin care a invocat cazul de casare prevăzut în art. 385⁹ alin. (1) pct. 12 C. proc. pen., este nefondat.

Referitor la cererea inculpatului C.C. prin care solicită achitarea sa în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. d) C. proc. pen., pentru infracțiunile prevăzute în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003 cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen. și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002, în varianta punerii în circulație a instrumentelor de plată electronică falsificate, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., se constată că nu este fondată.

Dispozițiile art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002 prevăd că falsificarea unui instrument de plată electronică se sancționează cu închisoare de la 3 la 12 ani și interzicerea unor drepturi, iar art. 24 alin. (2) din aceeași lege incriminează punerea în circulație, în orice mod, a instrumentelor de plată electronică falsificate sau deținerea lor în vederea punerii în circulație.

Din examinarea laturii obiective a acestor fapte, rezultă că există două infracțiuni distincte, prima privind falsificarea instrumentelor de plată electronică, iar cea de-a doua, punerea în circulație sau deținerea în vederea punerii în circulație a instrumentelor de plată electronică falsificate.

În cauză punerea în circulație a instrumentelor de plată electronică s-a realizat prin retragerea de numerar, nefiind necesară transmiterea posesiei cardurilor falsificate altor persoane.

Or, faptele celor patru inculpați care, în baza aceleiași rezoluții infracționale, au falsificat circa 200 de instrumente de plată electronică, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de falsificare a instrumentelor de plată electronică, prevăzută în art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.

De asemenea, faptele inculpaților care, în baza aceleiași rezoluții infracționale, au deținut în vederea punerii în circulație și au pus în circulație instrumente de plată electronică falsificate, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de falsificare a instrumentelor de plată electronică, prevăzută în art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.

Prevederile art. 42 alin. (1) din Legea nr. 161/2003 incriminează accesul, fără drept, la un sistem informatic, acesta fiind pedepsit cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amenda, iar alin. (3) al aceluiași articol prevede că, dacă fapta de la alin. (1) este săvârșită prin încălcarea măsurilor de securitate, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 12 ani.

Este de precizat faptul că bancomatul este un mijloc de colectare, prelucrare și transmitere a unor date informatice, reprezentate de numărul de cont al titularului, care este stocat pe nivelul 2 al benzii magnetice de culoare neagră.

Pe de altă parte, prin montarea dispozitivului de citire a benzii magnetice a cardurilor („skimmer”) în fanta bancomatului, prin care se introduce cardul și se realizează citirea benzii magnetice a fiecărui card în parte, stocându-se informația astfel obținută, au fost încălcate măsurile de securitate care aveau drept scop asigurarea secretului numărului de cont și al operațiunilor efectuate, precum și apărarea împotriva folosirii de către o altă persoană a acestor carduri în vederea fraudării.

Or, din probele dosarului rezultă că inculpații au accesat un sistem informatic, fără drept, încălcând astfel măsurile de securitate.

Așadar, faptele inculpaților care, în baza aceleiași rezoluții infracționale, au montat pe diverse bancomate un dispozitiv de citire a benzii magnetice a cardurilor, precum și o minicameră, accesând astfel fără drept, prin încălcarea măsurilor de securitate, bancomatele băncilor, care reprezintă un sistem informatic în sensul legii, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii contra confidențialității și integrității datelor și sistemelor informatice, prevăzută în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.

Cum, în cauză, faptele săvârșite de inculpatul C.C. întrunesc elementele constitutive ale infracțiunilor prevăzute în art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., și art. 24 alin. (2) din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, în varianta punerii în circulație a instrumentelor de plată electronică falsificate, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., nu există temeiuri pentru achitarea sa în sensul solicitat.

Pentru aceste considerente, recursul inculpatului a fost respins.

Concluzii

Buna funcționare a organizațiilor reclamă și buna funcționare a sistemelor de informații computerizate. Chestiunea luării celor mai eficiente măsuri de securitate sporește în importanță, organizațiile devenind tot mai dependente de buna funcționare a acestora. (Kankanhalli A., 2003)

G. Stoneburner propune bazarea programelor de atenuare a riscului asociat cu sistemele de informații computerizate pe următoarele:

-Cooperarea utilizatorilor; aceștia trebuie să respecte regulile în materie de securitate și procedurile de folosire

-Competența celor însărcinați a se ocupa de analiza și atenuarea riscurilor

-O evaluare permanentă a riscurilor

-Suportul personalului, în totalitatea lui

Riscul de atac electronic este neuniform, după tipul organizației, potențialul pentru vulnerabilități, feluriți catalizatori, inhibitori și amplificatori. Este necesară o abordare cu caracter de sistem și un set de procese avute în vedere atenuării riscurilor pentru a diminua simțitor atacurile sau chiar a elimina anumite tipuri de atac.

În războiul împotriva acestei forme noi de criminalitate se impune existența unui cadru legislativ bine definit în vederea prevenirii, descoperirii și sancționării faptelor antisociale. În contextul relațiilor sociale contemporane, putem afirma că funcția de represiune poate apărea ca funcție subsecventă funcției de preveniune, întrucât reglementarea unor relații sociale nu se realizează în vederea reprimării ordinii de drept încălcate, ci preponderent în vederea disciplinării comportamentului social prin înțelegerea legitimității normei¹⁴.

Grație actelor internaționale la care România este parte, țara noastră și-a luat angajamentul de a dezvolta sistemul legislativ caracteristic acestui revoluționar tip de infracțiuni. Infracțiunile tradiționale se săvârșesc azi prin mijloace moderne, de la distanțe de mii de kilometri. De lege ferenda, în acest tablou general, cooperarea internațională se impune să apară ca o formă indispensabilă pentru stoparea acestui mănunchi de "acțiuni neconvenabile". Pe zi ce trece, se nasc noi direcții ale acestor atacuri (de curând, presa a anunțat conceperea unei noi generații de viruși ce ataca terminale GSM).

Activitatea legislativă nu trebuie a se întrerupe la Legea nr. 161/2003. Aceasta reprezintă un debut, fiind necesară continuarea activității legislative pentru a fi posibilă ținerea pasului cu varietatea impresionantă de infracțiuni ce se înfăptuiesc cu lejeritatea unui simplu click de mouse.

De lege ferenda, pentru descurajarea săvârșirii de astfel de infracțiuni, tratamentul sancționator ar trebui înăspriț, în contextul conturării mijloacelor tot mai diversificate pe care tehnologia informației le aduce în comiterea concretă a faptelor antisociale, astfel majorarea limitelor pedepselor este justificată. Deși proiectul Codului penal prevede un regim de sancționare sensibil mai blând pentru un număr mare de infracțiuni, o atare politică penală cu aplecare specială asupra acestor noi tipuri de infracțiuni, nu ar fi potrivită societății românești, nepregătite pentru adoptarea unor politici penale mai puțin ferme. De asemenea, acest tip de criminalitate, fiind în continuă creștere în cadrul general al condițiilor economice din România reclamă o politică penală înăspriță ce nu riscă a transmite un mesaj eronat indivizilor predispuși a săvârși astfel de infracțiuni.

Nepierzând din vedere noutatea unor astfel de infracțiuni și faptul că se probează destul de greu, cadrul legal trebuie adaptat în permanență la progresul tehnologic și informațional și cu ajutorul experților în domeniul informatic.

Referințe bibliografice

- Costică Voicu, „Teoria generală a dreptului”, Universul Juridic, 2008
- Petre Rău, „Infracționalitatea pe calculator”, Galați, 2001
- Victor Ponta, Daniel Dragnea, Mihai Mitroi, „Drept penal. Partea generală” Editura Hamangiu, 2006
- Ioana VasIU, Lucian VasIU, „Totul despre hackeri”, Editura Nemira, 2001
- Ioana VasIU, Lucian VasIU, „Informatică juridică și drept informatic”, Editura Albastră
- Ioana VasIU, Lucian VasIU, „Riscul de atac electronic asupra sistemelor de informații”
- Georg Friedrich Puchta, „Curs asupra instituțiilor”, Leipzig, 1875
- Daniel A. Morris, „Tracking a computer hacker”

¹⁴ Victor Ponta, Daniel Dragnea, Mihai Mitroi, Drept penal. Partea generală

- Detmar W. Straub, Richard J. Welke, „Coping with system risk: security planning models for management decision-making”, 1998
- J. Adams, M. Thompson, „Taking account of societal concerns about risk: framing the problem”, 2002
- Maxim Dobrinou, Vasile Dobrinou, Nicolae Conea, Ciprian Romitan, Camil Tănăsescu, Norel Neagu, „Drept penal. Partea specială”, Lumina Lex, 2004
- G. Stoneburner, A. Goguen, A. Feringa, „Risk management Guide for Information Technology systems”, 2001
- Mihai Răzvan-Ungureanu, Interviuul directorului S.I.E acordat cotidianului „Jurnalul Național”, 29 Noiembrie 2010
- S. Castano, M. Fugini, G. Martella, P. Samarati, „Database security”, 1995
- A. Kankanhalli, H. Teo, „An integrative study of information systems security effectiveness”, 2003
- Gândul.info, „Cum îți dispar banii de pe cardul de credit”, 28 Noiembrie 2010

ETNOBOTANICELE. APARIȚIE ȘI EFECȚE

Alexandru Cristian URSARU *
Andra Larisa FLOREA **

Abstract

The ethnobotanical are a real social danger for the Romanian young. This phenomenon, cause this is what it became, is more and more present in our schools, streets and homes.

We chose this topic to show the injuriousness of these substances and the impact they have had since their penetration in the Romanian market. Every day we see on television or in real life young people who suffer from consumption of these substances and no one does anything. These plants are sold on the Internet without any hindrance. Ethnobotanical consumption is more dangerous than drugs, just because it is not known their real effects. Consequently, the doctors do not know what treatments to apply in the case of young people arriving at the hospital and their number is growing. Can anyone do something about it? Why are we running in circles and we can not get an accurate measurement? One would be the total ban of these stores just because it was demonstrated that these "dream bags" contains not only plants but substances produced in laboratories. Even if a law with a list of banned substances is approved, the next day some other new substances are entering the "dream stores". This is why we approached this topic, to show how dangerous can legal drugs be. We hope that through this study we will draw attention to those able to intervene to solve this problem.

Cuvinte cheie: drog, consum, etnobotanice, incriminare, pedeapsă

Introducere

Noțiune: aparent etnobotanicele sunt amestecuri de plante aromatice, dar în urma unor teste foarte amănunțite și dificil de interpretat s-au descoperit diverse substanțe (pe lângă cele naturale), cum ar fi substanțe înrudite cu THC (din marijuana) sau PEA (fenetilamina- din care pot deriva întregi grupe de substanțe psihoactive). De asemenea o doză poate conține cantități variabile de substanțe active și contaminanți, făcând riscul de supradoză să crească. Etnobotanicele conțin în funcție de producător diferite amestecuri de ierburi. Exemplu: coriandru, coadă de leu, floare de lotus albastră, Maconha Brava, cunoscută și sub denumirea de "marijuana falsă" și multe altele. În urma unor serii de teste efectuate s-a găsit în aceste amestecuri chiar și tămâie.

Pe lângă aceste plante, amestecurile conțin compuși chimici, cum ar fi: agenți chimici canabiomimeticici, adică compuși ce mimează efectele canabisului (ex: CP-47, 497 - canabicyclohexan). Alte exemple de compuși chimici ce imită efectul halucinogen al canabisului: JWH-018, JWH-073 sau HU-210 (sunt tot agenți canabiomimeticici).

Efecte: după ce se fumează, substanțele canabiomimetice declanșează o stare de amețelă „high” asemănătoare cu cea de ebrietate. Efectul acesta de amețelă este mult mai puternic decât al THC-ului din canabis. În alte cazuri s-a raportat: agitație psihomotorie, tremur, delir, stări confuzionale cu halucinații vizuale și auditive, necesitând de cele mai multe ori spitalizarea consumatorului.

Cel mai frecvent, pe lângă starea de amețelă, s-au raportat tulburări digestive (greață, vărsături, dureri stomacale), care în unele cazuri a necesitat spitalizarea.

Cantitatea de substanță care se consumă o dată (la o priza) nu este pe deplin cunoscută, deoarece compușii chimici sunt pulverizați peste amestecurile de plante, iar dozarea nu este foarte

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" anul III grupa 7; Acest studiu a fost coordonat de asis.univ.dr Alexandra Jipa

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" anul III grupa 7; Acest studiu a fost coordonat de asis.univ.dr Alexandra Jipa

exactă, astfel că, în ciuda testelor de laborator efectuate până în prezent, nu se știe câtă substanță chimică se consumă o dată. De aceea și medicilor le este foarte greu să reacționeze în cazul pacienților ce au consumat astfel de substanțe.

În 2009, Germania, în urma studiilor de laborator și la insistența farmaciștilor cu privire la interzicerea etnobotanicelor, a decis interzicerea comercializării lor pe piață. Acum sunt interzise și în Franța, Letonia, Irlanda, precum și în alte țări lucru pe care ar trebui să-l facă și România.¹

În România de când au pătruns pe piață acestea au avut efecte devastatoare dintre care cele mai importante sunt creșterea infraționalității pe fondul consumului de droguri și vârsta tot mai fragedă a consumatorilor deoarece în foarte multe localități așa-zisele magazine de vise se găsesc în apropierea școlilor și liceelor noastre. În ceea ce urmează vom vorbi despre reglementarea legală a etnobotanicelor în România despre încercarea eșuată a autorităților de a stopa acest fenomen ce face victime în rândul populației tinere în fiecare zi, de asemenea vom prezenta și o serie de infracțiuni săvârșite în urma consumului de etnobotanice.

CUPRINS

Etnobotanicele sunt substanțe ce nu se regăsesc în tabelele cu substanțe interzise din legea 143/2000 și legea 339/2005 care au fost modificate prin Ordonanța de Urgență a Guvernului numărul 6/2010 al carui scop a fost acela să interzică drogurile legale. Prin OUG NR 6/2010 se introduceau 36 de noi substanțe și plante în tablele cu substanțe interzise.

Cele 36 de produse introduse în anexe la tabelul I-III sunt:

- specii de salvie - *Salvia divinorum* Epling & Jativa - halucinogen;

- specii de *Mitragyna speciosa* Korth (Kratom) - planta cu efecte similare cocainei, ce creează dependență;

- ciuperci: *Amanita muscaria* (conține muscinol - agonist puternic GABA - deprimare SNC); *Amanita pantherina* (halucinogen foarte puternic) și toate speciile din genul *Psilocybe* - produc halucinații, cu efecte similare LSD (acidul lisergic);

- substanțe: LSA (amida acidului lisergic); Ketamina - creează dependență, deces; derivați de piperazină - produc halucinații; mefedronă. Aceste produse se comercializau sub formă de țigări, comprimate, pulberi, fragmente vegetale ambalate în plicuri, sub diverse denumiri, prețurile de vânzare variind în funcție de gramaj, ca de exemplu: sare de baie (mefedrona), Special gold - sare - 0,25g, Pulse - pulbere 0,5g, Fly Agaric Mushroom - ciuperci uscate 12g, Spice Diamond - fragmente vegetale 1g, Spice Gold Spirit - pulbere 3g.

Ketamina² se prezenta ca flacoane sau fiole a 2 ml, 5 ml și 10 ml, cu un conținut de 50 mg/ml clorhidrat de ketamina.

Acțiune terapeutică: anestezie generală de scurtă durată. Acționează asupra cortexului cerebral și a mezencefalului, în special asupra sistemului limbic. Contraindicat în eclampsie, hipertensiune. După inhalare apare efectul de "a fi în afara corpului", halucinații, limbaj neclar. Efectul psihic durează 3 ore. În perioada de revenire, poate apărea hipertensiune, tahicardie, salivatie, greață, vomă, tulburări respiratorii, agitație psihomotorie și confuzie mentală.

Kratom produs din planta *Mitragyna speciosa*³, familia Rubiaceae, din aceeași familie cu cafeaua. Este folosită din timpuri vechi ca ceai, pentru efectul stimulant. Este comercializat ca substituent pentru opiacee, alternativă la MDMA, ingredientul principal fiind BZP (benzilpiperazina).

¹ <http://www.farmacistul.eu/2011/01/pe-scurt-despre-etnobotanice.html>

² Anestezic folosit în medicina veterinară

³ Provine din pădurile tropicale din Sud-Estul Asiei în principal Thailanda, Bali și Malaysia. Mitragyna este un înlocuitor al opiaceelor

Salvia divinorum⁴ Epling & Jativa planta cultivată în Mexic, folosită prin fumat și mestecare, pentru obținerea unei stări de beție, diferită de cea a alcoolului. Efectele asupra psihicului uman cu distorsionare a timpului, halucinații cu detașarea sufletului de trup, comunicare cu lumea spiritelor, schimbarea identității. Efectele sunt asemănătoare cu cele date de alcaloizi, dar structura chimică diferită a salviei față de alcaloizi a făcut din cele două specii de salvie o alternativă necontrolată legislativ. Produsul era inscripționat ca "Noul Extasy" - drogul ideal. A fost introdus sub control legal la cererea Comitetului Științific al OEDT (Observatorul European pentru Droguri și Toxicomanie) în 2007 în Suedia și 2008 în Germania.

Sarea de baie "Special Gold", Magic, Charge sunt produse ce au în compoziție mephedrona (derivat de efedrina), cunoscută și ca: 2-methylamino-1-p-tolylpropane-1-one, 4-methylmethcathinone sau 4-methylephedrone. În urma consumului prin inhalare a acestor produse, au fost semnalate sângerari nazale, erupții cutanate, contracturi musculare, dilatarea pupilelor, transpirație abundentă, scrâșnet al dinților, anxietate, halucinații, comportament antisocial, agresivitate crescută, paranoia, depresie, scăderea atenției, diminuarea capacității de concentrare, afectarea memoriei pe termen scurt, probleme cardiace (tahicardie, palpitații), coma și chiar deces.

Spice gold spirit pulbere, are în compoziție următoarele plante:

- *Pedicularis densiflora* - cunoscută de triburile de indieni din America de nord, care fumau florile uscate ale plantei; Efecte: relaxante și sedative;
- *Nymphaea caerulea* și *nymphaea alba* - cunoscută și folosită de egipteni; Efecte: relaxante și euforice;
- *Scutellaria galericulata* - cunoscută și utilizată de către indienii Cherokee din America de Nord;

Efecte: benefice contra insomniei și nervozității;

- *Canavalia maritima* - cunoscută și fumată de către indigenii din Golful Mexic; Efecte: relaxante și sedative;

- *Leonotis leonorus* - cunoscut și sub numele de cânepă sălbatică, frunzele și petalele florii erau fumate, de către triburile din Africa de sud;

Efecte: euforice, relaxante și psihoactive;

- *Zornia latifolia*. Fumată de către indienii din Amazonia; în limba acelor triburi, Maconha Brava însemna falsă cânepă;

Efecte: relaxante și psihoactive;

- *Nelumbo nucifera*, lotusul roz cunoscut în cultura indiana - consumat sub forma de ceai sau fumat pentru efectele sale;

Efecte: relaxante;

- *Leonorus sibiricus*⁵ - cunoscută și utilizată în America centrală și latină de sute de ani. Descoperită și adusă în Europa de către spanioli;

Efecte: relaxante și psihoactive; Ca adjuvanți, Spice gold spirit conține aromatizanți naturali extrași din trandafir, vanilie, miere de albine și trifoi roșu.

- Spice Diamond are aceleași ingrediente ca Spice gold spirit, dar cu un efect mai puternic.

Toate aceste substanțe consumate în mod frecvent duc la diverse reacții organice, dintre care cele mai des întâlnite fiind: creșterea apetitului alimentar, uscăciunea gurii, ochii strălucitori și înroșiți, tahicardie, transpirație abundentă, somnolență, lipsa coordonării mișcărilor.

Riscuri în plan psihologic:

⁴ Salvia divinorum este o plantă care crește în munții din regiunea Oaxaca, Mexic. Face parte din familia mentei. Salvia divinorum este utilizată pentru efectele ei psihoactive. Sunt mai multe specii de salvia, dar numai salvia divinorum are efecte psihoactive.

⁵ Marijuanella sau mica marijuana era consumată sub formă de frunze uscate și mărunțite de către triburile din America Latină și adusă în Europa de conchistadorii spanioli. Efectele narcotice sunt cauzate de un complex de alcaloizi foarte toxici (leonurina, leonuridina, stachydrina).

- consumul regulat poate încetini funcționarea mecanismelor psihice, ca de exemplu capacitatea de învățare, concentrarea atenției și memoria;

- trebuie menționate efectele asupra executării unor sarcini complexe care necesită luciditate mentală și coordonare psihomotorie cum ar fi, aceea de a conduce un automobil. Pot apărea reacții acute de panică și de neliniște;

- în cazul persoanelor cu predispoziții patologice pot apărea o serie de tulburări psihiatrice de tip schizofrenic.

Riscuri în plan fiziologic:

- respiratorii: tuse cronică și bronșită în cazul persoanelor ce consumă în mod regulat doze mari;

- cardiovasculare: amplificarea simptomelor cardiace la persoanele ce suferă de hipertensiune sau insuficiență cardiacă;

- ale sistemului endocrin: alterarea hormonilor responsabili cu sistemul reproducător și cu maturizarea sexuală;

- reducerea capacității de funcționare a sistemului imunitar.

Efectele fiziologice cele mai des întâlnite sunt: creșterea apetitului alimentar, uscăciunea gurii, ochii strălucitori și înroșiți, tahicardie, transpirație abundentă, somnolență, lipsa coordonării mișcărilor.

Deși se spune că aceste substanțe nu produc dependență ele o fac, acest lucru a fost demonstrat și mai mult ne stau drept martori mărturiile consumatorilor care au avut de suferit de pe urma acestor substanțe. De aceea în cele ce urmează vom expune mărturia unui tânăr consumator.

“Eu am început să fumez iarbă de pe la 16 ani, acum am 25 (totul a fost frumos în acești ani și recunosc cu mâna pe inima că nu am avut vreodată vreo dorință de a fuma, chiar dacă făcusem o pauză foarte mare) nici nu mi-am dorit să mai încerc și altceva până când, vara asta niște prieteni de ai mei și-au deschis un legal shop în centru Mamaiei, toate bune și frumoase până când (m-au vrăjit să încerc prafurile de tras pe nas - precizez că nu am trecut de la verde la ceva mai tare ci pur și simplu am fost convins de "prieteni") am dat de special gold/Magic/Charge care mi-au schimbat viața la 360 de grade, am devenit dependent de aceste droguri ajung să strâng ultima fărâmă de praf, mă gândesc cum să fac rost de bani imediat cum s-a terminat și ultima linie, spre norocul meu familia mea este destul de înstărită încât să imi pot întreține viciile fără probleme și fără ca ei să știe, dar am avut (până acum) tăria de caracter să mă rezum la a "trage" pe nas, alții și majoritatea heavy userilor au ajuns să se injecteze cu așa ceva direct în venă (specific că din vară până acum am slăbit 15 kg și arăt mai pladid, credeți-mă nu ați vrea să îi vedeți pe cei ce se injectează pielea și os) ajung fără să vrea cobai!”⁶

După modificările aduse de OUG 6/2010 se credea că s-a terminat cu etnobotanicele, dar surpriză: ingeniozitatea chimiștilor a dat naștere la noi droguri etnobotanice astfel că guvernul a mai adăugat 8 substanțe celor 36 inițial stabilite și publicate Aceste substanțe sunt: etanona, metanona, dimetoxi-fenetilamina, etcatinona, dimetocaina,

metilendioxiptovalerona, metilbenzilpiperazina, metoxitriptamina. Tot în această perioadă tinerii consumatori au găsit o alternativă când etnobotanicele au dispărut complet după piață. Au început să consume „Tantum Rosa”⁷ un drog aparent legal. Farmaciștii susțineau că tot mai mulți tineri cereau această substanță astfel încât au început să ceară o rețetă, deși pentru eliberarea acestui medicament nu este necesară. Produsul conține benzidamină, care în combinație cu alcoolul are efect halucinogen. Prospectul nu conține prea multe informații despre această substanță sau efectele sale, pentru că probabil producătorii nu s-au gândit la această aplicabilitate. Cert este că poate da dependență și produce ulcer, deoarece este un iritant gastric.

⁶ http://www.dependenta.ro/droguri_etnobotanice.htm

⁷ Antiinflamator local vaginal

Praful a devenit subiect de discuție și pe forumuri, consumatorii dând chiar soluții și modalități de consum. Tinerii care se droghează cu aceste granule le înghit, în combinație cu alcool sau suc, ca mai apoi să aibă parte de halucinații și diferite senzații asemănătoare cu cele date de consumul drogurilor cu risc mare.

Un plic de Tantum Rosa, granule pentru soluție vaginală, conține 500 mg de clorhidrat de benzidamină, trimetilcetilamoniu-p-toluensulfonat, povidonă și clorură de sodiu. Chiar dacă descoperirea efectelor halucinogene ale benzidaminei, atunci când substanța este înghițită, a fost făcută în urmă cu câțiva ani, foarte mulți consumatori au apărut în ultima vreme.

Deși au fost interzise în repetate rânduri etnobotanicele continuă să fie vândute chiar dacă unele consilii locale au încercat să le interzică. Această hotărâre a consiliilor locale a fost atacată în instanțe. Deja au fost instanțe care au pronunțat hotărâri în favoarea magazinelor de vise.

Deși credem că am scos în evidență pericolul social pe care îl reprezintă etnobotanicele prin cele relatate mai sus, pentru a aprofunda mai bine problema etnobotanicelor vom prezenta o serie de infracțiuni săvârșite pe fondul consumului de "droguri legale".

Potrivit unei statistici a Poliției Capitalei, majoritatea furturilor de mașini, a poșetelor doamnelor și a spargerilor de locuințe care au loc pe raza sectorului 2 sunt săvârșite de ilfoveni, giurgiuveni, teleormăneni, argeșeni și dâmbovițeni care sunt clienți fideli ai magazinelor de plante etnobotanice. Potrivit poliștilor, unii dintre ei fură special pentru a avea bani de astfel de substanțe.

1. O prostituată care a consumat substanțe etnobotanice și-a dat foc într-o benzinărie din Piața Sudului. Flăcările au ajuns la peste șase metri și au pus în pericol întreaga zonă.

Femeia a lăsat întâi să curgă benzină la una dintre pompe, după care a scos o brichetă, a făcut scânteie și într-o fracțiune de secundă combustibilul s-a aprins. Focul a fost stins imediat de angajații benzinăriei, iar la scurt timp la fața locului au ajuns pompierii, poliștii și ambulanțele.

2. Un tânăr din București și-a înjunghiat un prieten în piept și în gât, în urma unui conflict spontan izbucnit pe fondul consumului de substanțe etnobotanice. Acesta a ieșit apoi pe stradă cu un cuțit, iar la vederea echipajelor de poliție a încercat să se sinucidă.

3. Un tânăr și-a ucis iubita după ce a consumat etnobotanice, iar apoi a încercat să se sinucidă. Cei doi consumau etnobotanice de câteva luni.

4. Un tânăr de 23 de ani a fost adus de poliție la Spitalul de Urgențe "Sfântul Ioan" după ce a încercat să-și omoare mama. Băiatul a vrut să-și pună capăt zilelor, aruncându-se de la etaj.

Chiar dacă familia a declarat că băiatul frecventează magazinele de vise de mai bine de un an, analizele medicale nu au indicat prezența drogurilor în sânge. De aceea, medicii cred că "ieșirea nervoasă" a tânărului ar putea fi pusă pe seama sevrajului.

5. Consumul de etnobotanice dăunează grav și liniștii publice. 13 elevi din liceele Agricole, Contactoare și nr. 8 au ajuns joi într-o dubă a Poliției Comunitare, după un scandal pe care l-au provocat în scara unui bloc din oraș. La perchezițiile corporale au fost găsite mai multe pliculețe de plante etnobotanice și un praf de culoare maronie, suspect a fi hașis.

6. A fumat etnobotanice și și-a alergat tatăl cu un cuțit! A fost nevoie de 4 brancardieri, doi medici și doi jandarmi să-l poată ține în pat pe acest tânăr de 28 de ani. În cele din urmă l-au legat ca să-l poată trata. Părinții lui spun că a început să petreacă de Crăciun, cu prietenii, și împreună au consumat etnobotanice.

Mai mult s-ar părea că la baza sinuciderilor tot mai dese în România de astăzi stau tot etnobotanicele. Foarte mulți tineri au ajuns la spital sau și-au pus capăt zilelor pe fondul consumului unor astfel de substanțe. Se pare că polii etnobotanicelor în România se găsesc în București și mai ales în Iași unde săptămânal ajung tineri intoxicați în urma consumului de „droguri legale sau plante relaxante”.

În prezent se presupune că România ar avea peste 3000 de consumatori⁸ de etnobotanice, iar ceea ce este îngrijorător este faptul că vârsta la care încep să consume astfel de substanțe a scăzut dramatic, astfel avem consumatori de 12 și de 13 ani. Cel mai tânăr consumator a avut vârsta de 7 ani

⁸ <http://www.exclusivnews.ro/stiri/stiri-nationale/romania-se-situeaza-pe-locul-4-in-europa-in-privin%C8%99Ba-consumului-de-etnobotanice.html>

- acest caz a fost înregistrat la spitalul de copii din Brașov. Situația în România a atins un prag îngrijorător, deoarece din 2008, când țara noastră nu figura în topul țărilor cu consumatori de etnobotanice, a ajuns pe un onorabil loc 4. Această situație cere luarea unor măsuri inteligente și rapide care să oprească acest fenomen.

Controlul legal al etnobotanicelor

În legislația noastră există o lacună destul de mare în ceea ce privește controlul asupra acestor substanțe. Singurul instrument de care dispun autoritățile sunt controale exercitate de reprezentanții Brigăzii de combatere a criminalității organizate București – Serviciul Antidrog, Gărzii Financiare și Comisariatului pentru Protecția Consumatorilor. Cel mai eficace instrument la acest moment pentru lupta împotriva acestor substanțe a fost creat de OUG 6/2010. Printr-un ordin al Ministerului Sănătății se pot scoate în afara legalității noi substanțe printr-o Hotărâre de Guvern. O Hotărâre de Guvern care să scoată o mare parte din substanțele etnobotanice în afara legalității ar bloca această piață o perioadă de timp.

Concluzii

Sperăm că prin studiul nostru am reușit să prezentăm pericolul social pe care îl reprezintă aceste substanțe „legale”. Am încercat să punctăm cele mai importante detalii pentru a atrage atenția decidenților și pentru ai face să ia o decizie care să oprească acest joc al „morții legale” cu care ne confruntăm zi de zi pe stradă, la televizor în ziare și uneori acasă acesta este cazul părintelui neputincios care nu poate face mai nimic pentru a-și scăpa copilul din ghearele „morții legale”.

Acest fenomen trebuie să ia sfârșit cât mai curând pentru ca noi toți să nu mai pierdem prieteni, frați, colegi datorită acestor substanțe.

Propunem ca guvernul să înființeze un organ care să monitorizeze această piață dacă nu le pot scoate în afara legalității. Mai întâi ar trebui interzise toate substanțele etnobotanice care se afla pe piață în acest moment. Apoi înființarea organului specializat cu atribuții în acest domeniu al plantelor aromatice. Una din atribuțiile cele mai importante ale acestui organ ar fi aceea să avizeze și să analizeze conținutul noilor substanțe pe care vor vrea să le comercializeze magazinele de vise după interzicerea substanțelor anterioare. Avizul ar trebui dat doar substanțelor care au doar efect aromatic. Dacă în urma analizelor substanțelor se găsesc elemente necunoscute sau halucinogene sintetice acestea nu vor primi avizul și astfel vor fi ilegale deci nu vor putea fi comercializate.

Referințe bibliografice:

- Traian Dima, Traficul și consumul ilicit de stupefiante. Combaterea lor prin mijloace de drept penal, Ed Lumina Lex
- Traian Dima, Augustin Fuerea, Mihai Adrian Hotca, lect.univ.dr. Norel Neagu și Alexandru Cristian Marin, „Prevenirea și combaterea traficului și consumului de droguri în România”, Editura Hamangiu, București, 2008, Vol. I-Vol. II
- Traian Dima, Alina Paun, Droguri Ilicite, legea nr 143/2000, Universul Juridic 2010
- Legea 143/2000
- Legea 339/2005
- Ordonanța de Urgență a Guvernului 6/2010
- www.farmacistul.eu
- www.infobrila.ro
- www.dependenta.ro
- www.ziare.com
- www.adevarul.ro
- www.jurnalul.ro
- www.realitatea.net
- www.exclusivnews.ro

ABANDONUL DE FAMILIE

Ana-Maria IONIȚĂ*

Abstract

Family relationships are based on mutual affection and friendship between its members which are due to give each other moral support or material. But because there are violation of the duty of moral and material support which seriously undermine family relationships, the legislator persuading to protect these relationships by criminal law has incriminated in article 305 of the criminal Code the crime of family abandonment. In this study I will present the crime of family abandonment. First of all, I explain the concept of family abandonment in sociological, psychological, legal terms. Then I will establish the place of the crime of family abandonment in the romanian criminal law and I will present the evolution of this crime from its origins to the present. I will also refer to the legal frame of that crime in new criminal Code and I will do a comparison between the crime of family abandonment provided in the criminal Code in force and future criminal Code. In the second part of the reserch I will refer to the offenses against family and I will make a comparison between them. In the third part I looked under consideration to maintenance and legal content of the crime of family abandonment. The presentation will be supported by both theoretical and practical elements in terms of criminal law based on romanian and comparative law. In the end there will also be presented some suggestions for improving the legal framework.

Cuvinte cheie: *family abandonment, maintenance obligation, criminal Code, family relationships, comparative law*

I. Considerații introductive

Preocupări privind viața socială au existat din cele mai vechi timpuri, gânditorii interesându-se de organizarea și funcționarea societății, de locul și rolul omului în diversele forme de asociere umană. Unele dintre aceste probleme se regăsesc într-o formă sau alta și în interogațiile omului simplu cu privire la fenomenele socio-umane.¹

În orice societate, familia reprezintă factorul primordial al socializării integrării sociale a descendenților, cadrul fundamental în interiorul căruia sunt satisfăcute trebuințele membrilor săi.²

În condițiile în care se acceptă teza că societatea este un mediu natural al omului, atunci se impune ca aceasta să aibă nevoie de echilibru, fiindcă, deseori există mari contraste între tendințele individuale ale membrilor săi și interesele vieții sociale, colective.

Individul trebuie să-și limiteze interesele și dorințele sale în măsura în care i-o cere interesul colectiv, iar pentru ca toți membri societății să-și poată conforma conduita și activitatea lor echilibrului social, este nevoie de prescripții normative și coercitive, care să stabilească limitele libertăților individuale, iar dacă acestea nu vor fi respectate, ele vor atrage măsuri coercitive. Această putere normativă și coercitivă de care este nevoie, constituie, în esență, dreptul, adică legea.³

Familia a fost –nimeni n-a negat-o vreodată–elementul de bază al oricărei societăți umane. Dacă nu în ordine obiectivă, cel puțin subiectiv, familia este prima societate a fiecărui om.⁴

Familia, din punct de vedere sociologic, desemnează grupul de persoane unite prin căsătorie, filiație sau rudenie, care se caracterizează prin comunitate de viață, interese și întraajutorare.⁵ Astfel,

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (anamaria89_6radoi@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. drd. Mircea Constantin Sinescu.

¹ Maria Voinea, Sociologie generală și juridică, Ed. Sylvi, București, 2000

² Maria Voinea, op. cit.

³ Traian Pop, Drept penal, vol. I, Ed. Ardealul, Cluj, 1924

⁴ Aleandru Boroi, Infrațiuni contra unor relații de conviețuire socială, Ed. All, 1998

familia reprezintă grupul social fundamental care asigură menținerea continuității biologice a societății prin procreere, îngrijirea și educarea copiilor, precum și menținerea continuității culturale prin transmiterea către descendenți a limbii, obiceiurilor, modelelor de conduită.

Din această definiție, rezultă că familia îndeplinește funcții fundamentale în raport cu individul și cu societatea. În această optică, accentul se pune pe ansamblul și pe natura relațiilor manifestate în grup, ca și pe latura dinamică, funcțională care conferă specificitatea familiei în raport cu alte forme de comunitate.

În sens juridic, familia desemnează grupul de persoane între care există drepturi și obligații care izvorăsc din căsătorie, rudenie (inclusiv adopție), precum și din alte raporturi assimilate relațiilor de familie.⁶

Dacă privim familia, nu ca fenomen juridic ci ca pe unul sociologic, trebuie să observăm că în pofida neînregistrării căsătoriei la oficiul de stare civilă, uniunea liberă are darul de a stabili între părinți și copii o familie care nu este numai o simplă familie de fapt, ci chiar una bazată pe legăturile de filiație legal stabilite.

Un congres de dreptul familiei, desfășurat la Uppsala, cu mai bine de un deceniu în urmă, propunându-și ca temă „uniunea de fapt”, semnala apariția în arsenalul instituțiilor de drept a unei noi, care alături de căsătorie reglementează raporturile dintre două persoane de sex opus care conviețuiesc împreună. Este de netăgăduit că între două persoane care trăiesc în concubinaj și au împreună copii apar o serie de raporturi juridice care periclitează această relație. Statistic vorbind, în nici unul dintre continente concubinajul nu ajunge cotele la care se ridică instituția căsătoriei iar sociologic, se poate constata că multe concubinaje se transformă, în final, în căsătorii.

Relația familie-societate este reciprocă și e greu de afirmat că unul dintre acești termeni ar fi tributar celuilalt.

Dacă familia conferă societății valori de solidaritate umană, de sens al existenței, de perpetuare a unor concepții, mentalități sau interese materiale, societatea la rândul său este datoră să asigure familiei protecție, condiții de perpetuare și dezvoltare care să asigure familiei protecție, condiții de perpetuare și dezvoltare care să-i permită să-și realizeze plener funcțiile.

Din această necesitate a apărut conceptul de politică familială. Politica familială poate fi definită tocmai ca reacție a societății în sensul îndeplinirii îndatoririlor sale față de familie. Aceasta reușește, în principiu, un ansamblu mai mult sau mai puțin coerent de măsuri și programe, un cadru legislative adecvat și are ca obiect modul în care aceste măsuri structurează condițiile de existență ale familiilor. Motivațiile politicilor familiale sunt variate, ca și gradele de elaborare a unor astfel de politici. Ele variază de la simpla mentalitate referitoare la familie care se reflectă în atitudinea statului față de aceasta, până la elaborarea unor politici științifice vizând promovarea și ocrotirea familiei, care presupune o serie de măsuri complexe privind îndeosebi securitatea socială și sănătatea familiei.

Familia, care are funcții de cea mai mare însemnătate, se bucură de o atență și continuă ocrotire. Relațiile de familie, parte componentă a relațiilor privind conviețuirea socială, sunt reglementate de norme-morale și juridice-ce prevăd drepturi și obligații pentru participanții la aceste relații, drepturi și obligații prin a căror realizare se asigură permanenta consolidare a familiei.

Este interesant de observat că textul Pactului internațional referitor la drepturile omului recunoaște că familia este elementul natural și fundamental al societății și are dreptul de a fi ocrotită din partea societății și a statului.

În statul nostru, familia, ca instituție și ca expresie a valorii sociale speciale pe care o constituie relațiile de familie, face obiectul unei permanente atenții și apărări pentru a se asigura în acest fel normala desfășurare și dezvoltare a acestor relații de familie.

⁵ Versavia Brutaru, Abandonul de familie în Revista de Drept Penal nr.2/2007

⁶ Versavia Brutaru, op.cit.

Orice proces de dezorganizare a familiei începe cu tensiuni familiale care se manifestă prin neînțelegeri, discordii și chiar violențe. Uneori, rezultatul acestei tensiuni familiale conduce la divorț, abandon, separație în cadrul aceleași familii.⁷

II. Noțiune, reglementare și evoluție istorică

2.1. Noțiune și reglementare legală

În normele de conviețuire socială cu caracter moral, ca și în normele cu caracter juridic-Codul familiei-se cuprind prescripții care prevăd drepturi și îndatoriri prin respectarea cărora familia este ocrotită și îndrumată a se desfășura pe linie de continuă consolidare.

Astfel, mai întâi, familia are la baza căsătoria liber consimțită între soți și este monogamă. Potrivit legii, este oprit a se căsători bărbatul care este căsătorit sau femeia care este căsătorită (art. 3 C fam.). În al doilea rând, relațiile de familie se bazează pe prietenia și afecțiunea reciprocă între membrii acesteia care sunt datori să-și acorde unul altuia sprijin moral și material (art. 2 C fam.). Îndatorirea de a acorda sprijin material, concretizată sub forma obligației juridice de întreținere, este reglementată în mod amănunțit, legiuitorul arătând persoanele între care există această obligație, condițiile în care intervine, modul cum se execută etc. (art. 86 și urm. C fam.). În al treilea rând, familia este și trebuie să fie celula specială care ocrotește creșterea și educarea copiilor. Sub acest raport, există atât exigențele moralei sociale, cât și prevederile legii-Codul familiei. Aceste reguli prescriu că părinții au aceleași drepturi și îndatoriri față de copiii lor minori (art. 97 C fam.). Părinții sunt datori să-și crească copiii îngrijind de sănătatea lor fizică, de educarea, de învățătura și de pregătirea lor profesională (art. 101 C fam.)

Toate aceste exigențe fac ca familia să fie o instituție bine încheată și de un real sprijin pentru membrii ei. Întrucât aceste exigențe sunt în favoarea membrilor familiei, ele sunt, în majoritatea cazurilor, respectate și îndeplinite. Încălcarea lor atrage sancțiuni, unele de ordin moral sau de ordin civil, altele de ordin penal, în funcție de gravitatea încălcării respective. Încălcarea îndatoririi de a acorda sprijin moral ori material de către cel care are această îndatorire se poate realiza însă prin fapte diferite, dintre care unele prezintă un pericol grav pentru relațiile din cadrul familiei. În cazul unor asemenea fapte, sancțiunea de drept civil nefiind îndestulătoare, legiuitorul le-a incriminat, asigurând în felul acesta, ocrotirea relațiilor de familie sub aspectul arătat și prin mijloacele specifice dreptului penal. Astfel, legiuitorul urmărind să ocrotească aceste relații a incriminat în art. 305 C pen. infracțiunea de abandon de familie.⁸

2.2. Locul infracțiunii de abandon de familie în dreptul penal român

Constituția României consacră în cuprinsul său o serie de drepturi și libertăți fundamentale, cum sunt: dreptul la viața intimă și familială și privată (art. 26), dreptul la ocrotirea sănătății (art. 34), libertatea conștiinței (art. 29) și a. Aceasta consacră, direct sau indirect, ocrotirii familiei

⁷ Florica Mănoiu, Viorica Epureanu, Asistența socială în România, Ed. All, București, 1996

⁸ Art. 305 C pen.: "(1) Săvârșirea de către persoana care are obligația legală de întreținere, față de cel îndreptățit la întreținere, a uneia din următoarele fapte: a) părăsirea, alungarea, lăsarea fără ajutor, expunându-l la suferințe fizice sau morale; b) neîndeplinirea, cu rea-credință, a obligației de întreținere prevăzute de lege; c) neplata, cu rea-credință, timp de două luni, a pensiei de întreținere stabilite pe cale judecătorească, se pedepsește în cazurile prevăzute la lit. a) și b) cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă, iar în cazul prevăzut la lit. c), cu închisoare de la unu la 3 ani sau cu amendă. (2) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. (3) Împăcarea părților înlătură răspunderea penală. (4) Dacă părțile nu s-au împăcat, dar în cursul judecății inculpatul își îndeplinește obligațiile, instanța, în cazul când stabilește vinovăția, pronunță împotriva inculpatului o condamnare cu suspendarea condiționată a executării pedepsei, chiar dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute în art. 81. (5) Revocarea suspendării condiționate nu are loc decât în cazul când, în cursul termenului de încercare, condamnatul săvârșește din nou infracțiunea de abandon de familie."

articolele 48 și 49. Potrivit art. 48, familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor. Condițiile de încheiere, de desfacere și de nulitate a căsătoriei se stabilesc prin lege. Căsătoria religioasă poate fi celebrată numai după căsătoria civilă. Copiii din afara căsătoriei sunt egali cu cei din căsătorie. Articolul 49 privește protecția copiilor și tinerilor, prevederile sale fiind strâns legate de problema ocrotirii familiei. Astfel, se prevede regimul special de protecție și de asistență în realizarea drepturilor de care se bucură copiii și tinerii. Se stipulează că statul acordă alocații de stat pentru copii și ajutoare pentru îngrijirea copilului bolnav ori cu handicap. Se mai prevede că alte forme de protecție socială a copiilor și tinerilor se stabilesc prin lege. Textul interzice exploatarea minorilor, folosirea lor în activități care le-ar dăuna sănătății, moralității sau le-ar pune în primejdie viața ori dezvoltarea normală. Este interzisă, de asemenea, angajarea ca salariați a minorilor sub 15 ani. În sfârșit, se prevede că autoritățile publice au obligația să contribuie la asigurarea condițiilor pentru participarea liberă a tinerilor la viața politică, socială, economică, culturală și sportivă a țării. Este consacrată în felul acesta la nivel constituțional protecția și promovarea intereselor familiei. S-a obținut astfel un progres important în implementarea juridică a unei politici familiale sănătoase. Toate aceste drepturi și libertăți își găsesc reflectarea în incriminările cuprinse în Titlul al IX-lea din partea specială a Codului penal (Infrațiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială), menite să asigure prin mijlocirea legii penale ocrotirea familiei, sănătății și libertății de conștiință.

Infrațiunile care aduc atingere relațiilor privind conviețuirea socială sunt unele dintre cele mai vechi fapte penale, fiind înscrise în toate legislațiile penale spre a sancționa pe cei care aduceau atingere familiei, sănătății publice, asistenței celor în primejdie, relațiilor dintre locatari, liniștii publice, bunei cuviințe etc.

Acest grup de infrațiuni înscris într-un titlu aparte începând cu Codul penal din 1969 s-a format după criteriul obiectului juridic și anume relațiile privind conviețuirea socială. Relațiile privind conviețuirea socială pot fi diferențiate, în raport cu aspectul vieții la care se referă, în mai multe fascicule de relații. În sistemul Codului penal, aceste fascicule de relații au servit legiuitorului pentru împărțirea infrațiunilor care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială în 4 subgrupe.

Primele 3 subgrupe de infrațiuni se caracterizează prin omogenitate, incluzând fapte prin care se aduce atingere unui anumit fascicol de relații privind conviețuirea socială (cele referitoare la familie, la sănătatea publică, la asistența celor aflați în primejdie). În ceea ce privește ultima subgrupă, aceasta este mai puțin omogenă. Totuși, între infrațiunile pe care le include această subgrupă există mari apropieri, deoarece toate privesc aspecte ale conviețuirii sociale.

Așa după cum s-a arătat, alcătuirea unui subgrup aparte privitor la infrațiunile contra familiei s-a făcut după criteriul obiectului juridic special al ocrotirii penale, adică după fasciculul relațiilor sociale care privesc familia, considerată ca fiind valoarea socială specială apărută de legea penală. Articolul 305 din capitolul I al titlului IX reprezintă infrațiunea care face obiectul lucrării de față și anume abandonul de familie.

2.3. Referințe istorice

Instituția familiei fiind una dintre cele mai vechi instituții sociale, infrațiunile contra familiei sunt înscrise în toate legislațiile penale.

Infrațiunile contra familiei sunt cunoscute și de legislația penală a țării noastre, atât în legile mai vechi (Pravila lui Matei Basarab, Pravila lui Vasile Lupu) cât și în Codul penal de la 1864 și Codul penal de la 1936.

În Codul penal de la 1864 infrațiunile contra familiei erau prevăzute în Titlul IV (Crime și delicte contra particularilor), secțiunea V (adulter și bigamie, art. 269-271) și secțiunea VII (crime și delicte privitoare la starea civilă a unui copil, art. 275-276). Faptele erau sancționate cu pedepse privative de libertate.

În Codul penal de la 1936, infracțiunile contra familiei erau înscrise în Titlul XII (Infracțiuni contra familiei-art.443-462). După cum se observă, în acest Cod penal, infracțiunile contra familiei constituiau un grup aparte (un titlu aparte). Cadru infracțiunilor era format din următoarele infracțiuni: bigamia, incestul și adulterul (art.443-447), delicate contra stării civile, abandonul de familie⁹, abuzul de drept de corecție (art.448-455) și răpirea (art.456-462). Regimul sancționator consta în prevederea pedepsei închisorii corecționale pe diferite termene, mai cu seamă că se prevedeau și modalitățile agravate ale unor infracțiuni.

Pentru prima dată în legislația penală română, în opinia noastră, Codul penal din 1969 reușește o sistematizare mai rațională a acestei materii, creând un titlu anume pentru această diversitate de incriminări pe care le subordonează unei idei comune, aceea de acte contrarii conviețuirii sociale. În cadrul acestui titlu au fost reglementate infracțiunile contra familiei (capitolul I), infracțiunile contra sănătății publice (capitolul II), infracțiunile privitoare la asistența celor aflați în primejdie (capitolul III), alte infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială (capitolul IV).

Noul Cod penal elimina contradicțiile apărute în doctrină și în practică prin micșorarea paletelor măsurilor de individualizare judiciară a pedepsei. În acest sens, nu se vor mai regăsi în noul Cod penal măsura suspendării condiționate a executării pedepsei, executarea pedepsei la locul de muncă și implicit, din prevederile art.378¹⁰-actualul art.305 C.pen. au fost scoase reglementările referitoare la revocarea suspendării condiționate a pedepsei în cazul când, în cursul termenului de încercare, condamnatul săvârșește din nou infracțiunea de abandon de familie. În acest sens, în cazul săvârșirii primei infracțiuni de abandon de familie dacă, până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, inculpatul își îndeplinește obligațiile, instanța dispune după caz, amânarea aplicării pedepsei sau suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, chiar dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru aceasta.¹¹

III. Privire generală asupra infracțiunilor împotriva familiei (aspecte comune)

Având în vedere rolul societății în ceea ce privește adoptarea măsurilor pentru ocrotirea familiei, legiuitorul a înțeles că trebuie să adopte o serie de norme juridice care, prin respectarea lor, să asigure familiei un cadru liniștit în evoluția sa socială, nerespectarea acestora având drept consecință sancționarea celui care le încalcă.

⁹ Art.454: "(1) Acela care cu rea voință, se îndepărtează de la domiciliul familiei, lăsând în părăsire pe aceia față de care, în virtutea puterii părintești, a tutelei legale, a autorității maritale sau calității de soț, avea obligația de asistență morală sau materială, lăsându-i prin aceasta expuși mizeriei fizice sau morale, comite delictul de abandon familial și se pedepsește cu închisoare corecțională de la 3 luni la un an. (2) Aceiași pedeapsă se aplică și aceluia care, cu rea voință, se sustrage timp de 3 luni fără să achite obligațiile de întreținere stabilite printr-o hotărâre judecătorească, precum și părintelui care, în scopul arătat în alin. (1), își alungă copilul, care, din cauza vârstei sau stării sale, este incapabil de a se proteja sau îngriji el însuși."

¹⁰ Art.378: "(1) Săvârșirea de către persoana care are obligația legală de întreținere, a uneia dintre următoarele fapte: a) părăsirea, alungarea sau lăsarea fără ajutor, expunându-l la suferințe fizice sau morale; b) neîndeplinirea, cu rea-credință, a obligației de întreținere prevăzute de lege; c) neplata, cu rea-credință, timp de 3 luni, a pensiei de întreținere stabilite pe cale judecătorească, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă. (2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează neexecutarea, cu rea-credință, de către cel condamnat a prestațiilor periodice stabilite prin hotărâre judecătorească, în favoarea persoanelor îndreptățite la întreținere din partea victimei infracțiunii. (3) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. (4) Fapta nu se pedepsește dacă, înainte de terminarea urmăririi penale, inculpatul își îndeplinește obligațiile. (5) Dacă, până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, inculpatul își îndeplinește obligațiile, instanța dispune, după caz, amânarea aplicării pedepsei sau suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, chiar dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru aceasta."

¹¹ Vasile Dobrinou și Cristina Daniela Munteanu, Suspendarea condiționată a executării pedepsei în cazul săvârșirii unei noi infracțiuni de abandon de familie în termenul de încercare în Pandectele române nr.6/2010

Așa fiind, în capitolul I al titlului IX din partea specială a Codului penal sunt prevăzute dispozițiile privind „Infrațiunile contra familiei”. Infrațiunile contra familiei alcătuiesc deci un subgroup aparte în cadrul infracțiunilor care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială.

Alcătuirea unui subgroup aparte privitor la infracțiunile contra familiei s-a făcut după criteriul obiectului juridic special al ocrotirii penale, adică după fasciculul relațiilor relațiilor care privesc familia, considerată ca fiind valoarea socială specială apărută de legea penală.

Cadrul infracțiunilor contra familiei este format din infracțiunile care aduc atingere relațiilor de conviețuire socială care privesc familia. Cu alte cuvinte, grupul infracțiunilor contra familiei este alcătuit din acele infracțiuni care sunt îndreptate în principal contra relațiilor care privesc familia (bigamia, abandonul familial etc.). Infrațiunile care sunt îndreptate în principal contra altor valori sociale și numai în secundar contra familiei nu intră în cadrul infracțiunilor contra familiei (avort, incest etc.).

Faptele care formează cadrul infracțiunilor contra familiei în Codul penal sunt bigamia (art.303), abandonul de familie (art.305), relele tratamente aplicate minorului (art.306), nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului (art.307).

În Codul penal nu s-a făcut o subdiviziune a acestor infracțiuni, adică o împărțire în categorii deosebite (secțiuni), în funcție de aspecte speciale care privesc familia. În mod implicit însă, există o oarecare sistematizare, rezultând din ordinea și succesiunea incriminărilor. De exemplu, infracțiunea de bigamie aduce atingere relațiilor de familie privind căsătoria; infracțiunile de abandon de familie, relele tratamente aplicate minorului și nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului aduc atingere relațiilor de familie privind îndatoririle și drepturile dintre soți sau dintre părinți și copii.

Infrațiunile contra familiei au mai multe aspecte comune. În al doilea rând, aceste infracțiuni au și alte aspecte comune, cum sunt unele care privesc subiecții, conținutul, regimul sancționator etc.

Condiții preexistente

A. Obiectul infracțiunilor

a) Obiectul juridic generic al infracțiunilor din titlu îl constituie relațiile sociale privitoare la conviețuirea socială în cadrul familiei (relațiile care se referă la caracterul monogam al familiei, în cazul bigamiei, relațiile care implică îndeplinirea obligației legale de întreținere față de cel îndreptățit la întreținere, în cazul abandonului de familie, cele care implică grija pentru dezvoltarea fizică, psihică, intelectuală și morală a minorului, în cazul relelor tratamente aplicate minorului etc.).

b) Obiectul material se regăsește numai în cazul infracțiunilor de rele tratamente aplicate minorului (corpul minorului cu toate atributele sale fizice, intelectuale sau morale), nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului (persoana fizică a minorului).

B. Subiecții infracțiunilor

a) Subiectul activ al infracțiunii contra familiei nu poate fi decât o persoană care are o anumită calitate (persoană căsătorită, în cazul bigamiei, persoană care are obligația legală de întreținere față de o altă persoană, în cazul abandonului de familie, părinte sau persoană căreia i-a fost încredințat un minor spre creștere și educare, în cazul relelor tratamente aplicate minorului și în cazul nerespectării măsurilor privind încredințarea minorului).

b) Subiectul pasiv este persoana care a avut de suferit ca urmare a infracțiunii săvârșite.

La săvârșirea infracțiunilor contra familiei pot participa, ca instigatori sau complici, și persoane care nu au o anumită calitate determinată de relațiile de familie.

Conținutul constitutiv

A. Latura obiectivă

a) Elementul material se caracterizează prin fapte constând în acțiuni (încheierea unei noi căsătorii în cazul bigamiei etc.) Ca o excepție, elementul material în cazul infracțiunii de abandon de familie (modalitățile prevăzute în art.305 lit. b și c C. pen.) se realizează printr-o inacțiune.

b) Urmarea imediată constă la aceste infracțiuni în crearea unei stări de pericol, fie pentru existența căsătoriei (bigamie), fie pentru întreținerea unei persoane (abandonul de familie) ori pentru creșterea și educarea și educarea unui minor (relele tratamente aplicate minorului, nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului)

c) Legătura de cauzalitate. Fiind infracțiuni de pericol și nu de rezultat, raportul de cauzalitate rezultă, în cazul lor, din însăși săvârșirea faptei.

B. Latura subiectivă. Infracțiunile contra familiei, inclusiv infracțiunea de abandon de familie în modalitățile sale omisive, se săvârșesc cu intenție directă sau indirectă. Latura subiectivă a acestor infracțiuni nu include vreun motiv sau scop special.

Forme, modalități, sancțiuni

A. Forme. Cu toate că sunt posibile, atât actele pregătitoare, cât și tentativa, nu se pedepsesc. Consumarea acestor infracțiuni are loc în momentul când fapta este realizată și se produce urmarea periculoasă specifică.

B. Modalități. În cazul unor infracțiuni legea prevede numai varianta simplă sau tipică, pe când în cazul infracțiunilor de abandon de familie și nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului sunt prevăzute mai multe modalități normative. Fiecărei modalități normative poate să-i corespundă o varietate de modalități faptice.

C. Sancționarea. Infracțiunile contra familiei sunt sancționate cu pedeapsa închisorii. Limitele acesteia variază de la o infracțiune la alta, în funcție de gradul de pericol social al faptei. În unele cazuri, legiuitorul a prevăzut amenda ca alternativă a pedepsei închisorii (abandon de familie, nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului). Pentru unele infracțiuni contra familiei, legiuitorul a prevăzut cauze de nedepsire sau de înlăturare a răspunderii penale (bigamie).

Aspecte procesuale

Există unele trăsături comune ale infracțiunilor contra familiei și în prezența unor aspecte procesuale. Astfel, la majoritatea infracțiunilor contra familiei, acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a părții vătămate (art. 305, art. 307) și doar la art. 303 și art. 306 acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu. Urmărirea penală se face de organele de cercetare penală, iar judecata în primă instanță este de competența judecătorei.

IV. Analiza infracțiunii de abandon de familie

4.1. Noțiunea și fundamentul obligației de întreținere

Obligația legală de întreținere este îndatorirea impusă de lege unei persoane de a asigura altei persoane mijloacele necesare traiului, precum și a mijloacelor necesare educării, învățării și pregătirii profesionale (în cazul copilului minor care solicită întreținere de la părinți).¹²

Obligația de întreținere are caracter complex, nefiind limitată doar la simpla obligație alimentară, având menirea de a satisface și nevoile de locuință, tratament medical etc., precum și nevoile spirituale, iar în cazul obligației de întreținere a părinților față de copiii minori, și mijloacele pentru educarea, învățatura și pregătirea lor profesională.

Aceasta se fundamentează pe sentimentele de solidaritate și întrajutorare, pe prietenia și afecțiunea care caracterizează relațiile de familie regulile de conviețuire socială, care impun ca persoanele între care există asemenea relații să nu rămână indiferente în cazul în care unele dintre ele s-ar afla în nevoie, din cauza incapacității de a muncii.

Obligația legală de întreținere este, uneori, un efect al rudeniei, alteori un efect al calității de soț și, în sfârșit, efectul unor relații asimilate, sub anumite aspecte, cu relațiile de familie.

¹² Dan Lupașcu și Ioana Pădurariu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2010

Potrivit art.86 C familiei obligația de întreținere există între soț și soție, părinți și copii, adoptator și adoptat, bunici și nepoți, stăbunici și strănepoți, frați și surori, precum și între celelalte persoane prevăzute de lege. Aceste din urmă persoane sunt cele indicate de art.24 alin.1, art.41 alin.2, 84, 87 și 96 C fam. Este vorba de foștii soți a căror căsătorie a fost desființată, de cel care a luat un copil spre creștere fără a întocmi formele cerute de lege pentru adopție, de soțul care a contribuit la întreținerea copilului celuilalt soț etc. Pentru fiecare dintre aceste cazuri sunt stabilite condițiile în care legea impune obligația de întreținere. Astfel, de exemplu, în cazul foștilor soți a căror căsătorie a fost desfăcută prin divorț, soțul divorțat are obligația de întreținere față de celălalt soț numai dacă acesta din urmă se află în stare de nevoie datorită incapacității de muncă, ivită înainte de căsătorie ori în timpul căsătoriei sau în termen de un an de la desfacerea căsătoriei, în această din urmă situație ea trebuie să fie datorată unei împrejurări în legătură cu căsătoria.

La fel, soțul care a contribuit la întreținerea copilului celuilalt soț este obligat să presteze mai departe întreținerea copilului, cât timp acesta este minor și numai dacă părinții săi firești au murit, sunt dispăruți ori sunt în nevoie. De cele mai multe ori, obligația de întreținere este reciprocă ceea ce înseamnă că cel care are această obligație poate deveni prin schimbarea situației concrete cel îndreptățit la întreținere. Sunt și cazuri când obligația de întreținere este unilaterală. Astfel, de exemplu, are acest caracter obligația moștenitorului persoanei care a fost obligată la întreținerea unui minor sau care a dat întreținere fără a avea obligația legală, de a continua întreținerea minorului, în măsura valorii bunurilor moștenite, dar numai dacă părinții minorului au murit, sunt dispăruți sau sunt în nevoie și numai cât timp cel îndreptățit este minor.

Întrucât există și fapte de încălcare a îndatoririi de a acorda sprijin moral și material care aduc o atingere gravă relațiilor de familie, legiuitorul, urmărind să ocrotească aceste relații și prin mijloacele dreptului penal a incriminat, în art.305 C.pen., infracțiunea de “abandon de familie”.

4.2. Analiza elementelor constitutive ale infracțiunii de abandon de familie

A. Obiectul infracțiunii

Ca și la celelalte infracțiuni contra conviețuirii sociale, infracțiunea de abandon de familie are ca obiect juridic generic relațiile sociale a căror existență este asigurată prin respectarea regulilor de conviețuire socială. Prin săvârșirea acestei infracțiuni se aduce atingere valorii sociale pe care o reprezintă înfăptuirea și menținerea bunelor relații de conviețuire socială. Aceste relații alcătuiesc obiectul juridic generic al tuturor infracțiunilor privitoare la conviețuirea socială și deci al infracțiunii de abandon de familie.

Obiectul juridic special al infracțiunii de abandon de familie constă în acele relații de conviețuire socială care privesc familia și a căror existență și dezvoltare este condiționată de respectarea obligației de solidaritate și de sprijin moral și material. Între membrii familiei nu este vorba de un sprijin moral și material general abstract, ci de un sprijin concret, efectiv, constând în furnizarea mijloacelor de întreținere aceluia dintre membrii familiei care se află la nevoie.

Potrivit unei opinii, obiectul material al infracțiunii îl constituie bunurile de care este lipsită persoana căreia i se datorează ajutor sau întreținere (adăpost, hrană, îmbrăcăminte etc.). Potrivit unei alte opinii se consideră că această infracțiune este lipsită de obiect material. Noi aderăm la această ultimă opinie, deoarece obiectul material al unei infracțiuni îl constituie lucrul sau persoana asupra căreia se execută direct actul de conduită ilicit. Or, în cazul acestei infracțiuni, actul ilicit nu se execută asupra bunurilor de care este lipsită persoana căreia i se datorează întreținerea.

B. Subiecții infracțiunii

Subiectul activ al infracțiunii este persoana care are obligația legală de întreținere (subiect activ calificat).

La rândul său, subiectul pasiv al infracțiunii este persoana îndrituită la întreținere (subiect pasiv calificat).

În raport cu situația concretă, subiectul pasiv poate deveni subiect activ al infracțiunii și invers (de exemplu, dacă părintele se îmbolnăvește grav, obligația de întreținere o au copiii de la o anumită vârstă).

C. Latura obiectivă

Latura obiectivă este alcătuită din elementul material, urmarea imediată și legătura de cauzalitate.

Elementul material al infracțiunii de abandon de familie constă, potrivit dispozițiilor art. 305 alin. 1 C. pen., din săvârșirea anumitor acțiuni sau inacțiuni din anumite variante cu caracter alternative. Variantele elementului material al abandonului de familie sunt acțiunea de părăsire, alungare sau lăsare fără ajutor (art. 305 lit. a), inacțiunea de neîndeplinire a obligației de întreținere (art. 305 lit. b), inacțiunea de neplată a pensiei de întreținere (art. 305 lit. c).

În ceea ce privește prima din cele trei modalități alternative ale infracțiunii, elementul material constă în părăsirea, alungarea sau lăsarea fără ajutor a celui îndreptățit la întreținere.

“Părăsirea” este o acțiune de plecare, de îndepărtare de la domiciliu a persoanei obligate la întreținere și lăsarea persoanei îndrituite la întreținere fără mijloacele de întreținere necesare.

“Alungarea” constă într-o acțiune de izgonire, de îndepărtare de la locuința sa a persoanei îndreptățite la întreținere.

“Lăsarea fără ajutor” înseamnă adoptarea unei atitudini de pasivitate, de inacțiune din partea făptuitorului.

Fiecare dintre aceste acțiuni este aptă de a caracteriza singură existența infracțiunii.

Dar pentru realizarea laturii obiective nu este suficientă părăsirea, alungarea sau lăsarea fără ajutor a celui îndreptățit la întreținere. Mai este necesar ca acesta să fi fost expus ca o consecință a acestor acțiuni la suferințe fizice sau morale. Infracțiunea se conturează și în ipoteza când aceste suferințe n-au intervenit încă, dar posibilitatea ca ele să intervină se întrevede neîndoielnic. Dacă legiuitorul ar fi vrut să condiționeze existența infracțiunii de producerea efectivă a unor suferințe fizice sau morale, ar fi folosit expresia “producându-și suferințe fizice sau morale” și nu expresia “expunându-l la suferințe fizice sau morale”. Expunerea la o anumită consecință nu înseamnă neapărat producerea acelei consecințe, ci, în același timp, numai posibilitatea survenirii acesteia.

Dacă părăsirea, alungarea sau lăsarea fără ajutor a celui îndreptățit la întreținere nu l-a expus pe acesta la suferințe fizice, sau morale, fapta nu constituie infracțiunea de abandon familial. În acest sens, în practica judiciară s-a decis, de exemplu, că nu se poate reține infracțiunea de abandon de familie în sarcina mamei care a părăsit domiciliul conjugal, dacă copiii săi minori au rămas în grija tatălui, încadrat în muncă, și a altor doi copii majori care au venituri proprii.

Elementul material în cazul celei de-a doua modalități normative constă în neîndeplinirea (inacțiunea) cu rea-credință a obligației de întreținere prevăzută de lege (art. 305 lit. b C. pen.). Este vorba de acele cazuri în care obligația de întreținere operează în virtutea legii (ope legis) și care nu implică o determinare bănească sub forma unei pensii, ci prestarea directă a celor necesare traiului cotidian – alimente, îmbrăcăminte, medicamente, fără de care nu pot fi concepute viața de familie și relațiile dintre membrii acesteia. Dreptul la întreținere îl are cel ce se află în nevoie, neavând posibilitatea unui câștig obținut din muncă datorită incapacității de a munci ori neavând alte venituri. În practica judiciară s-a decis că faptul de a avea un venit lunar în calitate de pensioner, nu exonerează pe fiu de obligația legală de întreținere, dacă venitul este insuficient pentru acoperirea nevoilor celui aflat în incapacitatea de a munci.

Cea de-a treia modalitate de realizare a elementului material al infracțiunii (art. 305 lit. c C. pen.), cea mai frecventă, constă dintr-o inacțiune, respectiv neplata cu rea-credință timp de 2 luni a pensiei de întreținere stabilită pe cale judecătorească. Termenul de două luni curge de la data când hotărârea prin care s-a stabilit pensia de întreținere este executorie sau de la data ultimei plăți. Plata parțială a pensiei de întreținere echivalează cu neplata acesteia, deoarece într-un asemenea caz, pensia

plătită nu este cea stabilită de instanța de judecată. În practica judiciară¹³ s-a arătat că împrejurarea că minorul s-a angajat ca muncitor și realizează venituri proprii nu face să înceteze automat obligația părintelui de a-i plăti pensia de întreținere la care fusese obligat. Minorul care realizează venituri proprii este îndreptățit, în continuare, la întreținere, în măsura în care acele venituri nu sunt îndestulătoare, pentru a-i asigura condițiile necesare pentru creștere, educare, învățatură și pregătire profesională. De aceea, neplata cu rea-credință a pensiei de întreținere în condițiile art. 305 lit. c, constituie, în acest caz, infracțiunea de abandon de familie.

Urmarea imediată în cazul acestei infracțiuni constă în lipsirea de întreținere la care are dreptul o persoană în raport cu care subiectul activ era obligat să-i acorde această întreținere. Lipsirea de mijloace de întreținere înseamnă lipsirea de mijloace de sprijin material (lipsirea de locuință, alimente, medicamente, îmbrăcăminte etc.) ori de mijloace de sprijin moral (lipsă de ajutor, asistență etc.). Această situație poate să producă suferințe fizice ori morale, ori poate să expună victima unor atari suferințe. Urmarea imediată există și în cazul în care asemenea consecințe pot, în mod obiectiv să se producă (de exemplu, victima este în situația de a putea fi evacuată din casă, a consumat alimentele etc.). În cazul infracțiunii de abandon de familie, urmarea socialmente periculoasă constă în crearea unei stări de pericol pentru întreținerea, creșterea și educarea minorilor, astfel încât, având în vedere că prin natura sa această infracțiune nu este generatoare de prejudicii, se exclude posibilitatea exercitării acțiunii civile alăturate celei penale.¹⁴

Legătura de cauzalitate. Între activitatea infracțională (acțiune sau inacțiune) și urmarea imediată trebuie să existe o legătură de cauzalitate. Dacă starea de lipsă a mijloacelor de întreținere materială sau morală se datorează altor cauze, bunăoară refuzului de a le primi de la cel ce este obligat a le oferi sau a dispariției fără urmă a celui care avea dreptul la întreținere, urmată de ajungerea sa în stare de nevoie, în astfel de cazuri legătura de cauzalitate nu există, implicit nu există nici elementul material al infracțiunii.

D. Latura subiectivă

Sub aspectul laturii subiective, infracțiunea de abandon de familie se comite cu intenție. Din textul incriminator rezultă sub acest aspect unele deosebiri între cele 3 forme ale infracțiunii.

Astfel, în ceea ce privește prima modalitate normativă-părăsirea, alungarea sau lăsarea fără ajutor-există intenție, fie directă, fie indirectă; în cazul celorlalte două modalități normative, sub aspect subiectiv, ne aflăm în prezența unei omisiuni cu rea-credință. Deși potrivit art. 19 alin. 3 faptele care constau dintr-o inacțiune se comit fie cu intenție, fie din culpă, în cazul infracțiunii de abandon de familie în ipoteza din art. 305 lit. b și c, omisiunea trebuie să fie cu rea-credință, deci fapta să fie comisă cu intenție directă ori indirectă. În practica judiciară s-a susținut că infracțiunea de abandon de familie există și în cazul în care făptuitorul, obligat la plata pensiei de întreținere, deși apt de muncă, refuză cu intenție să presteze o activitate eficientă pentru a dobândi venituri din care să achite obligația de întreținere, ori susținând că este șomer, refuză să plătească pensia de întreținere, deși primește în continuare ajutor de șomaj.

Pasivitatea în privința dobândirii legale a unor mijloace din care se pot acoperi obligațiile de întreținere față de copiii minori, nu poate fi considerată în afara relei-credințe, decât strict în măsura în care se demonstrează convingător că, în pofida unor eforturi reale, dobândirea unui serviciu nu a fost cu putință.¹⁵

Tot în practica judiciară s-a arătat împrejurarea că inculpatul este apt de muncă nu se echivalează cu stabilirea relei-credințe, element al infracțiunii de abandon de familie, dacă a prezentat documente din care rezultă că nu are venituri și că este înscris la Oficiul de Muncă și Protecție

¹³ Tribunalul Suprem, Secția penală, Decizia nr. 2211/1973 în Vasile Papadopol, Mihai Popovici, Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969-1975, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1977, pag. 7-8

¹⁴ Tribunalul București, Secția I penală, Decizia nr. 121/A din 14.09.1998

¹⁵ Curtea de Apel, secția a II-a penală, decizia 371/1997

socială, fără a beneficia de ajutor de șomaj. La fel, nu se poate reține existența infracțiunii de abandon de familie prevăzută în art.305 lit.c C.pen.-lipsind elementul relei-credințe-atâta vreme cât, după pronunțarea hotărârii prin care a fost obligat să plătească o pensie de întreținere fostei sale soții, în folosul copiilor rezultați din căsătorie, inculpatul a luat copiii la domiciliul său, acordându-le îngrijire și întreținere fără contribuția mamei, deoarece, în această situație, el a fost încredințat că nu mai trebuie să plătească acesteia vreo sumă de bani.¹⁶

Nu este realizat conținutul infracțiunii de abandon de familie nici în situația în care neplata pensiei de întreținere, stabilită pe cale judecătorească, este urmarea privării de libertate (în altă cauză) a celui obligat la întreținere ori este militar în termen, internat în spital etc., deoarece aceasta exclude condiția impusă de textul incriminator ca neplata sa fie urmarea relei-credințe. De asemenea, nu există rea-credință atunci când cel obligat la plata pensiei de întreținere, deși nu a plătit-o, aceasta s-a datorat faptului că inculpatul a mandatat unitatea unde lucra ca inginer să-i rețină de pe statul de plată pensia de întreținere și să o remită părții vătămate, dar unitatea nu a executat mandatul, inculpatul neavând cunoștință despre această omisiune¹⁷; nu există rea-credință nici în situația în care, stabilirea pe cale judecătorească a unei contribuții de 20% din venitul net lunar al inculpatului, adică a unei creanțe incerte pentru acesta, cât și pentru partea vătămată, a avut drept urmare refuzul sistematic al părții vătămate de a primi sumele trimise de inculpat, cu motivarea că suma este incorect stabilită. De altfel, inculpatul a trimis minorului o sumă de bani-calculată în conformitate cu veniturile sale-însă partea vătămată a considerat suma incorect stabilită și, ulterior, a refuzat sistematic să primească pensia de întreținere. Împrejurarea invocată de partea vătămată că moneda națională s-a devalorizat și că ar fi corect să primească o sumă mai mare-nu este de natură a servi la aprecierea vinovăției inculpatului, ci ar putea justifica introducerea unei acțiuni civile de reconsiderare a pensiei de întreținere într-un quantum precizat de instanță, și nu într-o contribuție procentuală.¹⁸

Tot în practica judiciară¹⁹ s-a decis că nu se datorează relei-credințe neplata timp de peste două luni, în întregime, a pensiei de întreținere pentru copiii minori, în situația în care cel obligat la întreținere este șomer, mai are o persoană de întreținut, a achitat o parte din pensie, iar unul dintre cei doi copii a fost în cea mai mare parte din perioadă în îngrijirea sa exclusivă, în consecință, elementele constitutive ale infracțiunii de abandon de familie prevăzută în art.305 alin.1 lit.c C.pen. nu sunt întrunite într-un atare caz.

4.3. Forme, modalități, sancțiuni, împăcarea părților și aspecte procesuale

Formele infracțiunii

Atât actele preparatorii, cât și tentativa, deși posibile, nu sunt incriminate și ca atare, nepedepsite.

În ceea ce privește consumarea, aceasta se realizează în momentul în care s-a realizat elementul material prin săvârșirea acțiunii sau inacțiunii respective. Abandonul, în varianta părăsirii sau alungării, este infracțiune momentană și se consumă de îndată ce acțiunea respectivă a fost săvârșită. Abandonul, în cea de-a doua variantă, privind o obligație fără termen, inacțiunea prin care se săvârșește fapta capătă caracter de contiunuitate, iar abandonul de familie în această variantă este o infracțiune continuă. În varianta a treia, obligația de plată fiind cu termen, fapta se consumă la data la care expiră termenul de plată și deci, și în acest caz, infracțiunea este momentană; obligația de plată având caracter periodic, fapta se săvârșește în mod repetat prin neplata la termenele successive.

¹⁶ Curtea de Apel București, secția I penală, decizia nr. 153/1998

¹⁷ Curtea de Apel Suceava, decizia penală nr. 239/1999, în R.D.P. nr. 4/2000

¹⁸ Curtea de Apel București, secția a II-a penală, decizia nr. 700/1998 în R.D.P. nr. 4/1999

¹⁹ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală, Decizia nr. 1798/2001 în lucrarea "De la Curtea Supremă de Justiție Curtea Supremă de Justiție, Secția penală, Decizia nr. 1798/2001 în lucrarea "De la Curtea Supremă de Justiție la Înalta Curte de Casație și Justiție", Buletinul jurisprudenței 1990-2003, Editura All Beck, București, 2004

Modalități

Potrivit art.305 alin.1 lit.a,b și c C.pen.,infracțiunea de abandon de familie prezintă mai multe modalități normative descries în textul incriminator.În funcție de diferite date concrete,pot să existe numeroase modalități de fapt(faptice) de care judecătorul va ține seama la individualizarea pedepsei.

În cuprinsul art.305 C.pen. nu se prevede nici o modalitate agravată a infracțiunii.În fapt,pot să apară asemenea modalități;de exemplu,când între persoanele rămase în nevoie,în lipsuri materiale sau morale,se găsesc mai mulți copii sau este vorba de o soție bolnavă,sau făptuitorul face să i se piardă urma pentru a nu fi executat silit etc.Judecătorul va ține seama de aceasta la aplicarea pedepsei.

Sanctiuni

În variatele normative prevăzute la lit.a și b pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 2 ani sau amenda,iar în varianta prevăzută la lit.c pedeapsa este închisoarea de la unu la 3 ani.După cum se poate observa,modalitatea de la lit.c este sancționată mai aspru,avându-se în vedere că în această ipoteză este vorba,în primul rând,de pensia alimentară,de pensia care asigură traiul și,în al doilea rând,de cele mai multe ori de copii,față de care trebuie să se manifeste o ocrotire deosebită.

Împăcarea părților

Potrivit dispoziției din art.305 alin.3 C.pen.,împăcarea părților înlătură răspunderea penală pentru infracțiunea de abandon de familie.S-a admis o asemenea înlăturare pe considerentul că aceasta oferă o posibilitate de refacere a familiei,o posibilitate ca făptuitorul să revină asupra conduitei sale și,astfel,să-și reia îndatorirea obligațiilor de întreținere.

Aspecte procesuale

Acțiunea penală pentru infracțiunea de abandon de familie se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei îndreptățite la întreținere,a persoanei vătămate(art.305 alin.2).Explicația admiterii tragerii la răspundere penală la plângerea prealabilă a părții vătămate constă în caracterul special al infracțiunii legată de viața de familie și în scopul evitării,pe cât posibil,a publicității inerentunui proces și a creării unor situații ireparabile.

Urmărirea penală se face de organele de cercetare penală,iar judecata în primă instanță este de competența judecătoriei.

4.4. Aspecte particulare referitoare la suspendarea condiționată a executării pedepsei

Având în vedere interesele celui îndreptățit la întreținere,legiuitorul a prevăzut,în materie de abandon de familie un caz special de suspendare condiționată a executării pedepsei.Astfel,potrivit art.305 alin.4 C.pen.,dacă părțile nu s-au împăcat,dar în cursul judecății inculpatul își îndeplinește obligațiile,instanța în cazul când stabilește vinovăția,pronunță împotriva inculpatului o condamnare cu suspendare condiționată a executării pedepsei chiar dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art.81 C.pen.

Întrucât legiuitorul,prevăzând acest caz special de suspendare condiționată a executării pedepsei,a avut în vedere interesele celui îndreptățit la întreținere.Instanța judecătorească,în virtutea rolului său active,trebuie să stăruie în încercarea de a-l determina pe inculpat să-și îndeplinească obligațiile în cursul judecății,peu a putea face aplicabil art.305 alin.4 C.pen.

În cazul săvârșirii infracțiunii prin neplata cu rea-credință a pensiei de întreținere stabilită pe cale judecătorească,timp de 2 luni,condiția îndeplinirii obligațiilor în cursul judecății este realizată,dacă în recurs inculpatul face dovada că a plătit pensia de întreținere datorată până la data pronunțării sentinței de judecată.

Caracterul excepțional al suspendării condiționate a executării pedepsei,în materie de abandon de familie,se manifestă și în ceea ce privește condițiile în care aceasta poate fi revocată.Astfel,potrivit

art.305 alin.5,revocarea suspendării condiționate nu are loc decât în cazul când,în termenul de încercare,condamnatul săvârșește din nou infracțiunea de abandon de familie.Prim urmare,în materie de abandon de familie,suspendarea condiționată a executării pedepsei poate fi revocată numai într-un singur caz și anume atunci când condamnatul săvârșește în cursul termenului de încercare din nou infracțiunea de abandon de familie.Săvârșirea în cursul acestui termen a oricărei alte infracțiuni nu atrage revocarea suspendării condiționate a executării pedepsei.Se poate constata încă o dată preocuparea legiuitorului ca prin lăsarea în libertate a condamnatului să fie asigurată îndeplinirea obligației de întreținere față de cel care se află în nevoie.Întrucât textul nu face nici o diferențiere,referindu-se numai la săvârșirea din nou a infracțiunii de abandon de familie,această infracțiune nouă poate fi săvârșită în oricare dintre formele art.305 C.pen.,fie împotriva aceleiași persoane,fie împotriva unei alte persoane față de care condamnatul are obligația legală de întreținere.

V. Aspecte de drept comparat

Familia este o valoare socială primordială nu numai în România,ci ea privește în mod deosebit toate statele lumii,drept pentru care în legislația fiecărei țări sunt prevăzute norme care sancționează încălcarea îndatoririlor familiale.

În Franța,infracțiunea de abandon de familie este reglementată în Secțiunea 2 din Capitolul VII al Codului penal intitulat”Atentate asupra minorului și familiei”,la art.227-3²⁰.Ca o completare a acestui articol există art.227-4²¹ din același Cod penal.

În Codul penal al Californiei,infracțiunea de abandon de familie face parte din secțiunea ce cuprinde art.270-273.75.Asemănător infracțiunii din Codul penal roman sunt art.270²²,270.5(a)²³ și 271²⁴ al Codului californian.

Într-un studio de caz efectuat în Senegal(1995) a cărui temă a fost “Indicatorii relativi ai drepturilor copilului”,autorii acestuia au consemnat următoarele:”În Senegal,problema familiei este

²⁰ În acest articol se stipulează că:”Persoana căreia,printr-o hotărâre judecătorească,i s-a încredințat spre îngrijire un copil minor(legitim,natural sau adoptiv),un descendent sau un ascendent,nu execută obligația de a plăti o pensie,de a furniza alimente și îmbrăcăminte sau alte lucruri necesare acestora este pedepsită cu 2 ani de închisoare și o amendă de 15000 euro”.

²¹ Art227-4:”Dacă persoana ținută în condițiile art.227-3 la obligația de întreținere nu notifică schimbarea de domiciliu,lăsând să treacă mai mult de o lună de la această schimbare,este pedepsită cu 6 luni de închisoare și amendă de 7500euro.”

²² Art.270 prevede că:”Dacă o persoană(părintele unui copil minor sau cu o altă calitate față de o persoană pe care o are în grijă) omite cu voie,fără vreo scuză admisă de vreo lege,să furnizeze îmbrăcăminte necesară,mâncarea,adăpostul,ajutorul medical sau orice alt remediu pentru copilul său minor sau pentru persoana pe care trebuie s o îngrijească,ea se face vinovată de săvârșirea infracțiunii de abandon de familie și poate fi pedepsită cu o amendă care nu depășește două mii de dolari(2000\$) sau cu privare de libertate nu mai mult de 1 an într-o închisoare districtuală sau cu amândouă pedepsele.Dacă vreun tribunal a dat o decizie finală într-o acțiune civilă sau penală în cazul unei persoane care este părintele unui copil minor sau are obligația de a îngriji pe cineva,persoana notând o asemenea sentință,iar ea omite cu voie,fără vreo scuză admisă de vreo lege,să furnizeze îmbrăcăminte necesară,mâncarea,adăpostul sau ajutorul medical sau orice alt remediu pentru copil sau pentru persoana pe care are obligația de a o îngriji,această comportare poate fi pedepsită cu privare de libertate mai puțin de 1 an într-o închisoare districtuală sau într-o închisoare statală timp de 1 an și 1 zi sau cu o amendă care să nu depășească două mii de dolari(2000\$) sau cu amândouă pedepsele”.

²³ Art.270.5.(a):”Orice părinte care refuză,fără scuză legală,să accepte copilul său minor în casa părintească,adică să îi asigure adăpost,este vinovat de săvârșirea infracțiunii de abandon de familie și trebuie pedepsit cu o amendă care nu trebuie să fie mai mare de cinci sute dolari(500\$)”.

²⁴ La art.271 din acest cod se face referire la latura subiectivă a infracțiunii,stipulându-se că:”Părintele unui copil sub vârsta de 14 ani și orice persoană căreia îi este încredințat un asemenea copil pentru îngrijire sau educație,care are în intenție să-l abandoneze,poate fi pedepsit cu privarea de libertate într-un penitenciar statal sau unul local,pedepsă ce nu poate depăși 1 an sau poate fi pedepsit cu o amendă care să nu depășească o mie de dolari(1000\$) sau cu amândouă pedepsele”.

prevăzută în Constituție, care stipulează în art.15 <<Căsătoria și familia constituie baza naturală și morală a comunității umane, ele fiind plasate sub protecția statului. Statul și colectivitățile publice au dreptul social de a veghea asupra sănătății psihice și morale a familiei>>. Familia, element natural și fundamental al societății beneficiază de o solidă asigurare legală, de avantajele acestei instituții (justiția) trebuind să profite un număr din ce în ce mai mare de copii. Astfel, legiuitorul senegalez a prevăzut 3 tipuri de familie: familia legitimă (constituită prin căsătorie), familia naturală și familia adoptivă.

În Senegal, abandonul de familie (indiferent de tipul de familie din care copilul face parte) este incriminat de Codul penal în art.350 care prevede pedeapsa cu închisoarea de la 3 luni la 1 an și o amendă între 20000 și 250000 XOF (franci ai Comunității Financiare Africane).²⁵

Ca și alte legi și legea penală a Republicii Moldova constituie un mijloc eficient de apărare a intereselor familiei și copilului împotriva faptelor sociale periculoase. De aceea, și în Codul penal al Republicii Moldova există câteva infracțiuni care sunt asimilate abandonului de familie din legislația penală și anume: sustragerea de la plata pensiei alimentare sau de la întreținerea copiilor (art.110)²⁵ și sustragerea de la acordarea ajutorului material părinților sau soțului (art.111 Cod penal)²⁶. Aceste infracțiuni sunt cuprinse în capitolul II al părții speciale a Codului penal.

În conformitate cu art.71 al Codului căsătoriei și familiei, părinții sunt obligați să-și întrețină copiii minori și majori, dar inapți pentru muncă și care au nevoie de ajutor.

Potrivit prevederilor art. 82 din Codul căsătoriei și familiei, copiii majori sunt obligați să-și întrețină pe părinții inapți pentru muncă, care au nevoie de ajutor și să îngrijească de ei. Copiii pot fi eliberați de obligația de a-i întreține pe părinți dacă instanța judecătorească va constata că părinții s-au eschivat de la întreținerea obligațiilor de părinți. Art.27 stabilește că soții sunt obligați să se ajute material, unul pe altul. Dacă acest ajutor este refuzat, soțul incapabil de muncă, care are nevoie de ajutor material, precum și soția în perioada sarcinii și în timp de trei ani după nașterea copilului, au dreptul la pensie alimentară. Aceasta se stabilește prin hotărâre judecătorească, cu condiția că celălalt soț este în stare să acorde întreținerea.

VI. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Constituția, legea fundamentală a statului, arată în art.26 că autoritățile publice respectă și ocrotesc viața intimă, familială și privată. Viața de familie, relațiile dintre soți, copii și relația lor cu părinții se bucură de o serie de prevederi ale legii civile, dar există și cazuri în care s-a apreciat că se impun și unele măsuri cu caracter penal. Una dintre aceste situații, încadrată penal în categoria ”Infracțiuni contra familiei”, este abandonul de familie.

În această lucrare am abordat abandonul de familie din perspectiva dreptului penal roman, dar am făcut referiri și la dreptul comparat. De asemenea, în această lucrare se regăsesc și informații sociologice referitoare la familie și la fenomenul de abandon de familie. Tot în conținutul lucrării se vor regăsi și informații generale referitoare la infracțiunile împotriva familiei. Analiza elementelor constitutive ale infracțiunii de abandon de familie a reprezentat, de asemenea, un punct de interes pentru realizarea acestei lucrări. Nici practica judiciară nu a fost neglijată.

²⁵ Art.110: ”Sustragerea cu rea-voință de la plata mijloacelor stabilite printr-o hotărâre a instanței judecătorești pentru întreținerea copiilor minori (a pensiei alimentare), precum și sustragerea cu rea-voință a părinților de la întreținerea copiilor majori, dar inapți pentru muncă, aflați în întreținerea lor, se pedepsesc fie cu privațiune de libertate până la 2 ani, fie cu amendă în mărime de până la cincizeci de salarii minime.”

²⁶ Art.111: ”Sustragerea cu rea-voință de la acordarea ajutorului material stabilit de instanța judecătorească, părinților sau unui din soți, inapți pentru muncă, se pedepsește fie cu amendă în mărime de până la cincizeci de salarii minime, fie cu mustrare publică”

Având în vedere consecințele deosebite ale faptelor de abandon de familie, statul ar trebui să adopte măsuri prin care să prevină acest fenomen care constituie, în prezent, una dintre problemele de care mai mare gravitate socială, care reclamă măsuri ferme din partea tuturor statelor lumii.

Considerăm că legiuitorul ar trebui să fie preocupat în primul rând de bunăstarea celui îndreptățit să primească obligația de întreținere. Tocmai, de aceea, suspendarea condiționată a executării pedepsei este binevenită deoarece prin lăsarea în libertate a condamnatului este asigurată îndeplinirea obligației de întreținere față de cel care se află în nevoie.

De asemenea, punerea în mișcare a acțiunii penale la plângerea prealabilă a persoanei vătămate este potrivită. Scopul acestei măsuri este evitarea creării unor situații ireparabile în cadrul familiei.

Referințe bibliografice

- Alexandru Boroi, *Infracțiuni contra unor relații de conviețuire socială*, Ed. All, 1998
- Octavian Loghin, Tudorel Toader, *Drept penal roman partea specială*, ediția a III-a revăzută și adăugită, Casa de Editură și Presă "Șansa SRL", București, 1998
- Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Rodica Stănoiu, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal roman*, vol. IV, ed. a II-a, Ed. Academiei Române, Ed. All Beck, București, 2003
- C. Bulai, A. Filipaș, C. Mitrache, *Drept penal roman-Curs selectiv pentru licență*, Ed. Press Mihaela SRL, București, 1997
- Gheorghe Diaconu, Constantin Duvac, *Tratat de drept penal-partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009
- Vasile Dobrinioiu, *Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*, Ed. Lumina Lex, 2000
- Gh. Nistoreanu, Al. Boroi, Ioan Molnar, V. Dobrinioiu, Ilie Pascu, Vlalerica Lazăr, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Europa Nova, 1999
- Traian Pop, *Drept penal*, vol I, Ed. Ardealul, Cluj, 1924
- Maria Voinea, *Sociologie generală și juridică*, Ed. Sylvi, București, 2000
- Florica Mănoiu, Viorica Epureanu, *Asistența socială în România*, Ed. All, București, 1996
- Dan Lupașcu, Ioana Pădurariu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- *Pandectele Române nr. 6/2010*
- *Revista de Drept Penal nr. 2/2007*
- *Dreptul nr. 12/2002*
- *Dreptul nr. 3/2004*
- www.childwatch.uio.no

LUAREA ȘI DAREA DE MITĂ - FAPTE DE CORUPȚIE –

Mihaela Cristina DIȚOIU*

Abstract

Corruption has represented a problem since ancient times, the reason of which it was placed in the center of the public spotlight, becoming one of the most important concerns of the international community. „The Corruption phenomenon” exists from the earliest times and evolved alongside society in an accelerated rhythm, giving the individuals tendencies towards corruption. Corruption is defined as being a deviation from morality, honor, duty, but most importantly is that this phenomenon represents a violation of the criminal law. Today, the problem of corruption is widely mediated in the press, on the radio, on television and other sources, on which there are exemplified certain deeds regarding representatives of the state of power authority, of the political parties, of judiciaries, of officials of various ranks, which have been involved in actions of taking bribe, giving bribe, receiving undue benefits, influence peddling, work misconduct and other such actions. Although measures had been taken to prevent and combat corruption, not only that it had evolved, but it had also progressed, supporting various alterations, which has not only put the authorized institutions on alert in combating this phenomenon, but the population as well in a sense.

Key words: *Corruption, social and judiciary facts, taking and giving bribe, prevention, combating.*

1. Considerații introductive

În România, apariția corupției, precum și evoluția acesteia odată cu societatea nu se datorează numai faptului că omul a avut o înclinație spre a săvârși acte de corupție, ci și alți factori au avut o contribuție majoră.

Unul din motivele apariției corupției într-un stadiu, evident, mai avansat, a fost trecerea României printr-un proces „brutal” de la comunism la democrație, proces ce nu s-a desfășurat într-o manieră care să permită o acomodare a populației cu noul sistem.

Astfel, oamenii au cunoscut după 1989¹ o societate plină de violență, extinderea criminalității organizate, precum și un număr mare de acte de corupție, producându-se prejudicii de ordin social, economic, moral și material, fapte ce au rezultat un dezechilibru intern al statului român.

Alți factori ce au favorizat apariția corupției sunt sărăcia, șomajul și inflația, fapt ce i-a împins pe unii oameni la săvârșirea unor fapte interzise de legea penală, putând astfel să-și câștige existența.

De asemena și deschiderea granițelor, lipsa sau slăbirea unor mecanisme de control, ambiguitatea legislației, au transformat corupția într-o puternică armă².

Toți acești factori împiedică o bună funcționare și o evoluție normală pe plan politic, economic, social și juridic.

Motivul pentru care oamenii recurg la mijloace ilegale, și anume săvârșirea de fapte de corupție, se datorează nu numai dorinței de a-și câștiga existența, ci constă și în încercarea acestora de a se adapta, de a se conforma, societății din care fac parte, pentru că “fenomenul corupție” este întâlnit peste tot în lume.

* Student, Dițoiu Mihaela Cristina, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (micky_rose88@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. drd. Sinescu Mircea Constantin.

¹ Emilia Mădulărescu, Traficul de influență. Studiu de doctrina și jurisprudență, Ed. Hamangiu, București, 2006, p.1.

¹ Cuvântul „corupție” derivă din latinescul “corruptio, -onis”, desemnând: 1) abatere de la moralitate, de la cinste, de la datorie; 2) desfrânare; Dicționarul limbii române, Ed. Universul Enciclopedic, București, 1996, p. 230.

¹ Romeo Glodeanu, Luarea și darea de mită, Ed. Hamangiu, București, 2009, p.1.

² Cherciu Elena, Corupția, Ed., București, p.4

2. Fenomenul corupției și necesitatea combaterii acesteia

Pentru a putea analiza infracțiunile de luare și dare de mită, trebuie mai întâi să parcurgem câțiva pași spre a înțelege corupția, fenomen ce include cele două infracțiuni amintite anterior, dar și alte infracțiuni, precum: traficul de influență, și primirea de foloase necuvenite.

Problemele corupției preocupă societatea de mai mult timp, făcându-se cercetări în privința combaterii ei. De asemenea s-au făcut încercări de a defini corupția, iar majoritatea savanților au stabilit că sunt considerate acte de corupție acele fapte ce au fost săvârșite în legătură cu exercitarea unor funcții, îndatoriri de serviciu, încălcând atribuțiile pe care le au, urmărind în toate cazurile obținerea de profit.

În general faptele de corupție privesc obținerea unor foloase patrimoniale atât de către cel care corupe, cât și de cel ce se lasă corupt sau de către o terță persoană. Interesele acestora pot consta nu numai în foloase patrimoniale ci și foloase de altă natură: administrativă, politică, de putere, care sunt uneori mai importante decât cele patrimoniale.³

Din păcate, poporul român a acceptat încă de la bun început și cu ușurință acest fenomen social, considerându-l necesar, negându-i chiar existența. Însă, faptul că nu au fost luate măsuri din timp pentru a elimina acest fenomen, a dus la distrugerea legalității moralității, libertății și democrației.⁴

Corupția este un fenomen social prin condițiile de existență și totodată unul antisocial prin consecințele sale.⁵

Incriminarea faptelor de corupție face trecerea de la un fapt social la un fapt juridic, generator de consecințe juridice.

Încă din cele mai vechi timpuri corupția a fost aspru pedepsită în special când era săvârșită de către un judecător.

Astfel, Platon a propus pedeapsa cu moarte pentru funcționarii care primeau daruri pentru a-și face datoria, iar Herodot amintește că regele persan Cambise II, a hotărâtuciderea unui judecător vinovat de corupție, iar cu pielea acestuia și-a tapițat scaunul.⁶

Necesitatea combaterii corupției s-a datorat obligației pe care o societate organizată o are asupra membrilor ei, pentru a avea o buna funcționare a întregii comunități, fiind astfel apărată împotriva dispariției moralității de către cei investiți cu exercițiul puterii.

Cercetările asupra fenomenului corupției s-au axat pe crearea distincției între corupția politică și cea birocratică:

a) Corupția politică sau marea corupție se manifestă în vârful ierahiei politice, atunci când persoanele responsabile cu elaborarea și aplicarea legislației sunt corupte.

b) Corupția birocratică, care apare în administrația publică, este considerată ca fiind corupția mică, pe care cetățenii o experimentează zi de zi.⁷

În genere putem înțelege corupția ca fiind oferirea sau darea de mită, primirea, acceptarea, obținerea ori tentativa de a obține un folos patrimonial sau de altă natură de către un agent public sau oficial.

De asemenea, corupția constă și în violarea normelor, într-un abuz de putere în folos personal sau pentru grupul din care aparține, de exemplu când se fac promovări pe criterii de apartenență, neavând importanță atât de mare sau poate chiar deloc nivelul profesional al celui ce urmează să fie

³ Boroș Alexandru, Drept Penal Partea Specială, Ed. C.H. Beck, București 2006, p. 327

⁴ Pentru mai multe detalii a se vedea Cherciu Elena, Corupția, Ed., București, p.3

⁵ Horia Diaconescu, Infracțiunile de corupție și cele asimilate sau în legătură cu acestea, Ed. All Beck, București 2004, p. 2

⁶ A se vedea Horia Diaconescu, p. 3

⁷ Dorinica Ioan, Dan Banciu, Sorin M. Rădulescu, Corupția în România, Ed. Lumina Lex, București 2005, p. 17

angajat sau situațiile când cei corupți nu sunt eliminați din posturile pe care le ocupă, faptele lor fiind tănuite.

Promovarea unor interese de grup afectează drepturile fundamentale ale individului, precum și egalitatea în fața legii.⁸

Analizând acest fenomen complex al corupției, se poate observa că el este rezultatul unei proaste guvernări, a unor sistemele care atât pe plan politic, economic, social cât și juridic sunt corupte. Însă infiltrarea corupției și în justiție este poate una din cele mai grave forme de manifestare ale fenomenului infracțional (așa cum afirma Jouss în „Traite de justice criminelle de France”- 1771 „Darurile orbesc ochii înțelepților și schimbă cuvintele dreptilor”).⁹

În literatura de specialitate s-a ajuns la concluzia că fenomenul corupției poate fi privit și ca o “devianță” a funcționarilor cu atribuții de control, aceștia obținând în mod ilicit avantaje materiale sau de altă natură, încălcând interesul public, fapt ce intră în contradicție cu scopul activității lor, precum și cu normele legale și morale.

Astfel, în cadrul dosarului penal nr. 479/P/2001 al Parchetului Militar de pe lângă Tribunalul Militar Teritorial București a fost dispusă trimiterea în judecată, pentru mai multe infracțiuni de luare de mită, a doi subofițeri de poliție.¹⁰

De asemenea, sociologul E. Durkheim consideră corupția ca o stare de anomie, o dereglare a normelor sociale, stare cauzată de numeroși factori, precum: stări de criză, războaie, tranziții de la un regim la altul, care pot constitui motive a existenței corupției în societatea românească.

Astfel, conform teoriei sociologice, promovate de E. Durkheim, anomia poate duce la o discrepanță între necesitățile individului (sau a unei colectivități) și posibilitățile reale de satisfacere a acestora.¹¹

Reușita luptei contra acestui comportament deviant, implicit a faptelor de corupție, constă în cea mai mare parte în voința politică de a reforma.¹²

3. Analiza conținutului infracțiunii de luare de mită

Infracțiunea de “luare de mită” este prevăzută în Titlul IV al Părții speciale din Codul penal român, intitulat “Infracțiuni care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege”. Fapta este incriminată în primul capitol al acestui titlu, denumit “Infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul” la art. 254, reprezentând fapta funcționarului care direct sau indirect, pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase sau nu o respinge, în scopul de a îndeplini, a nu îndeplini sau de a întârzia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri.

Săvârșirea unei astfel de fapte este considerată a fi o manifestare antisocială, care împiedică buna desfășurare și dezvoltare a activităților organizațiilor de stat, precum și exercitarea îndatoririlor de către funcționari a atribuțiilor ce le-au fost încredințate.

⁸ Sorin Corlățeanu, Dorin Ciuncan, Infracțiuni de corupție și infracțiuni privind viața de capital, Ed. Universul Juridic, București 2009, p.19

⁹ Pentru mai multe detalii a se vedea: Dorinica Ioan, Dan Banciu, Sorin M. Rădulescu, Corupția în România, Ed. Lumina Lex, București 2005, p.19 ; Cherciu Elena, Corupția, Ed., București,p.32-53.

¹⁰ Nelu Ciobanu (procuror militar), Considerații asupra infracțiunilor de luare de mită și dare de mită, Publicat în Buletinul Documentar nr.1/2003 al P.N.A./D.N.A.; Decizia penală nr. 3418/1999 a Curții Supreme de Justiție – Secția penală (nepublicată)

¹¹ Cherciu Elena, Corupția, Ed., București, p.32-43

¹² Sorin Corlățeanu, Dorin Ciuncan, Infracțiuni de corupție și infracțiuni privind piața de capital, Ed. Universul Juridic, București 2009, p.18

Scopul incriminării de către legiuitor a infracțiunii de “luare de mită” este acela de a preveni și combate savârșirea de acte de corupție de către funcționari, precum și protejarea prestigiului respectivei instituții.¹³

3.1. Obiectul infracțiunii

Obiectul juridic special al infracțiunii de luare de mită are ca obiect relațiile sociale privitoare la buna desfășurare și dezvoltare a activităților organizațiilor de stat ori a altor persoane juridice, relații care implică îndeplinirea cu probitate a atribuțiilor de serviciu încredințate funcționarilor publici.

Obiectul material, de regulă, lipsește ca și în cazul celorlalte infracțiuni de serviciu sau în legătura cu serviciu.

Însă, în literatura de specialitate, s-a exprimat și opinia potrivit căreia, atunci când funcționarul a efectuat actul pentru a cărui îndeplinire a primit mită, dacă acest act privește un obiect material, acesta va fi în același timp și obiectul material al infracțiunii (de exemplu, un funcționar poștal care acordă prioritate în remiterea coletelor, celor care oferă mită).

Totodată, atunci când folosul necuvenit constă în prestarea unei munci (de exemplu, repararea unui imobil, efectuarea unor lucrări de instalații electrice, zugrăveli), obiectul asupra căreia se efectuează munca devine și obiect material, putând servi ca probă pentru existența infracțiunii.¹⁴

3.2. Subiecții infracțiunii

Subiectul activ al infracțiunii de luare de mită este o infracțiune cu subiect activ calificat, în sensul că autor al acestei infracțiuni poate fi numai un funcționar public sau funcționar în sensul art. 147 C.pen.

Subiecți activi susceptibili de a răspunde pentru fapte de corupție sunt prevăzuți în art. 1 din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, lege ce completează prevederile din art. 254 extinzând sfera subiecților activi în cazul infracțiunii de luare de mită.

Astfel, fapta persoanei având calitatea de director de bancă, de a pretinde sume de bani în scopul de a îndeplini un act privitor la îndatoririle sale de serviciu legate de acordarea unui împrumut, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de luare de mită în forma agravată prevăzută în art. 254 alin. (2) C. pen., directorul de bancă având calitatea de funcționar cu atribuții de control.¹⁵

Precum și fapta medicului care a pretins mai multor persoane sume de bani și alte bunuri pentru îndeplinirea actului medical la care era obligat în virtutea atribuțiilor sale de serviciu.¹⁶

La infracțiunea de luare de mită pot fi instigatori sau complici orice persoane, necondiționat de preexistența calității de funcționar.

Astfel, avem situația inculpatului, care la rugămintea unui coleg de serviciu, a intervenit pe lângă șeful biroului administrativ din cadrul unității, pentru a-l ajuta pe cel dinții să ocupe o cameră la căminul de nefamiliști; cel solicitat a fost de acord, însă, prin intermediul inculpatului a pretins o sumă de bani, sumă care, tot prin intermediul acestuia, au fost dați funcționarului în cauză.¹⁷

¹³ Pentru mai multe detalii privitoare la analiza conținutului infracțiunii a se vedea: Vintilă Dongoroz, Ion Oancea și colab., Explicații teoretice ale Codului Penal, Vol. IV, Ediția a-II-a, Ed. Academia Română și ALL BECK, București 2003, p.113 - 119; Romeo Glodeanu, Luarea și darea de mită (comentarii practice), Ed. Hamangiu, București 2009, p.12-68; Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept Penal. Partea specială, Editura Wolters Kluwer, București 2009, p.451-467.

¹⁴ Romeo Glodeanu, Luarea și darea de mită (comentarii practice), Editura Hamangiu, București, 2009, p.14-15.

¹⁵ A se vedea I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 744/2004.

¹⁶ Vasile Dobrinou și colab., p. 104: C.S.J., secția penală, decizia nr. 4055/2000.

¹⁷ A se vedea Tribunalul Suprem, secția penală, decizia nr. 1435/1983, în R.R.D. nr. 6/1984, p. 68

Întrucât a intermediat, prin aceasta, inculpatul a înlesnit primirea de către funcționar a unei sume de bani, pentru a îndeplini un act privitor la îndatoririle sale de serviciu, iar fapta sa întrunește elementele complicității la infracțiunea de luare de mită.¹⁸

Subiect pasiv special al infracțiunii de luare de mită este autoritatea publică, instituția publică ori altă persoană juridică de interes public, ori persoana juridică privată, în serviciul căreia făptuitorul realizează îndatoririle de serviciu.

Dacă obținerea mitei este rezultatul constrângerii declanșate de funcționar asupra unei persoane fizice, acesta este subiect pasiv al infracțiunii de luare de mită.

Subiect pasiv general este statul, ca titular al valorii sociale ocrotite de lege, valoare căreia i se aduce atingere prin săvârșirea infracțiunii.

3.3. Latura obiectivă

a. Elementul material al infracțiunii de luare de mită constă în realizarea unei acțiuni sau inacțiuni. Acțiunea constă în pretinderea sau primirea de bani sau alte foloase care nu i se cuvin, ori acceptarea unei astfel de promisiuni, iar inacțiunea constă în nerespingerea de către funcționar a promisiunii.

Prin „pretinderea unui folos” în mod stăruitor, se înțelege pretenția formulată de cineva, respectiv un funcționar, de a primi o sumă de bani sau alte foloase pentru a duce la îndeplinire obligația pe care o avea sau pentru a nu o duce la îndeplinire.

Prin „alte foloase” se înțelege orice avantaj patrimonial, cum ar fi: bunuri, comisioane, împrumuturi, folosința gratuită a unei locuințe, amânarea plății unei datorii.

Astfel, fapta funcționarului de a solicita o sumă de bani ca împrumut, cu scopul de a face un act contrar atribuțiilor de serviciu, realizează infracțiunea de luare de mită, deoarece suma de bani constituie un folos material.¹⁹

De asemenea, fapta medicului care a pretins și acceptat bani și diverse bunuri, pentru a-și exercita atribuțiile de serviciu de acordare a asistenței medicale copiilor născuți prematuri sau distrofici, a săvârșit infracțiunea de luare de mită.²⁰

b. Urmarea imediată constă într-o stare de pericol pentru activitatea unităților publice prevăzute de art. 147, stare creată ca urmare a comportamentului lipsit de corectitudine din partea subiectului activ.

De asemenea, este prejudiciat și patrimoniul persoanei constrânse să dea mită, fie că mituitorul înțelege singur să ofere suma de bani sau i se sugerează în mod direct acest lucru de către persoana care urmează să îndeplinească sau nu un act ce intră în obligațiile lui de serviciu.

c. Raportul de cauzalitate constă în existența unei legături între acțiunea sau inacțiunea funcționarului și urmarea imediată, legătură ce rezultă din însăși materialitatea faptei săvârșită de făptuitor – ex re.

3.4. Latura subiectivă

Infracțiunea de luare de mită se comite cu intenție directă, calificată prin scopul urmărit, acela de a îndeplini sau nu un act, de a întârzi un act ori de a face un act contrar îndatoririlor de serviciu.

Mobilul faptei este reprezentat de dorința subiectului activ de a obține un câștig pe căi ilicite, însă și alte motive pot conduce o persoană la săvârșirea faptei de luare de mită.

¹⁸ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept Penal. Partea specială, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 460.

¹⁹ C.S.J., secția penală, decizia nr. 1431/1998, în Dreptul nr. 12/1999, p.171.

²⁰ C.S.J., secția penală, decizia nr. 78/1993, din Tudorel Toader, Drept penal special, Culegere de probleme din practica judiciară pentru uzul studenților, Editura ALL Beck, București, 2003, p. 84.

3.5. Luarea de mită în noul Cod penal

Potrivit noului Cod penal, așa cum a fost adoptat de către Parlamentul României din data de 24 iulie 2009, infracțiunea de luare de mită este reglementată în cadrul Titlului V, intitulat „Infracțiuni de corupție și de serviciu”, Capitolul I, denumit „Infracțiuni de corupție.

Infracțiunea de luarea de mită în viitorul C.pen. este prevăzută la art. 289, cuprinzând tot atâtea alineate, însă infracțiunea a suportat unele modificări.

În proiectul Codului penal pretinderea sau primirea de bani sau alte foloase este incriminată dacă fapta este realizată în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle de serviciu, în scopul îndeplinirii, neîndeplinirii, îndeplinirea unui act contrar îndatoririlor ori întârzierea unui act. Adoptarea acestei variante va include și infracțiunea de primire și foloase necuvenite, reglementată în prezent în art. 256 Cod penal.

Astfel, în alin.(1) al viitorului cod este prevăzută faptul că funcționarul public va fi subiectul activ al infracțiunii, care pretinde ori primește, pentru sine sau pentru altul, bani sau alte foloase, spre deosebire de legea în vigoare care, deși nu precizează în mod expres că făptuitorul pretinde ori primește bani sau alte foloase doar pentru el, legiuitorul lasă de înțeles acest lucru.

De asemenea, în viitorul C. pen, legiuitorul a prevăzută o pedeapsă mai blândă pentru cel ce săvârșește infracțiunea de luare de mită de la 2 la 7 ani, precum și drepturile care îi sunt interzise acestuia (interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică sau de a exercita profesia sau activitatea în executarea căreia a săvârșit fapta), spre deosebire de actualul cod unde pedeapsa este mult mai severă, cuprinsă între 3 și 12 ani, precum și interzicerea unor drepturi, însă nu specifică care ar fi drepturile interzise celui ce săvârșește infracțiunea de luare de mită.

În alin.2 al viitorului cod, este considerată ca fiind infracțiune numai fapta aceluia care exercită o activitate pentru care a fost investit de o autoritate publică și supusă controlului acesteia. Aici, observăm că legiuitorul a incriminat numai fapta funcționarului public care desfășoară o activitate în cadrul autorității publice, nu și fapta funcționarului care are atribuții de control, așa cum este prevăzută în codul actual.

O modificare există și în alin. 3 al noului cod, în sensul că, bunurile ce au făcut obiectul luării de mită vor fi confiscare, iar dacă nu se găsesc, condamnatul este obligat să plătească echivalentul lor în bani sau în bunuri, spre deosebire de situația din prezentul cod, unde condamnatul poate fi obligat numai la plata în bani, nu și în bunuri.

Totuși, până la adoptarea proiectului, noul Cod penal va suferi numeroase modificări, de natură a-i conferi o perspectivă aparte față de cel aplicat în prezent.

4. Analiza conținutului infracțiunii de dare de mită

Infracțiunea de „dare de mită” este prevăzută ca și infracțiunea de „luare de mită” în Titlul IV al Părții speciale din Codul penal la capitolul intitulat „Infracțiuni care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege” la art. 255, care prevede „Promisiunea, oferirea sau darea de bani ori alte foloase, în modurile și scopurile arătate în art. 254, se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 5 ani”.

Scopul incriminării infracțiunii de „dare de mită” este ca și în cazul infracțiunii de „luare de mită” de a elimina atingerile ce le sunt aduse relațiilor cu privire la serviciu, asigurându-se astfel o protecție împotriva actelor de corupere la care ar putea fi supuși cei care se află în executarea unei atribuții sau îndatoriri de serviciu.

Astfel, se instituie o corectă îndeplinire din partea funcționarului a îndatoririlor de serviciu, precum și crearea ordinii în rândul societății, pentru că fără existența infracțiunii de „dare de mită” nu există infracțiunea de „luarea de mită”, afară de cazurile când o persoană este constrânsă în mod direct sau indirect să ofere o anumită sumă de bani pentru îndeplinirea unui anumit serviciu.

4.1. Obiectul infracțiunii

Obiectul juridic special al infracțiunii de dare de mită constă în relațiile sociale privitoare la activitatea de serviciu, la buna desfășurare și dezvoltare a activităților desfășurate de funcționari în exercitarea atribuțiilor de serviciu.

Însă, anumite persoane pentru a-și satisface propriile interese, recurg la fapte de corupție, punându-se în pericol buna desfășurare a activităților de serviciu.

Astfel, prin sancționarea corupției active (așa cum mai este ea denumită în literatura de specialitate) se diminuează promisiunile și ofertele de bani sau alte foloase, reducându-se în acest fel și sfera corupției pasive.²¹

În ceea ce privește infracțiunea de dare de mită aceasta nu are obiect material. Însă, conform unor opinii, atunci când oferta a fost respinsă, banii sau foloasele, care trebuiau să aibă rolul de mijloace pot constitui obiect al mitei. De asemenea, munca poate constitui obiect al infracțiunii când folosul oferit constă în prestarea unei munci.²²

4.2. Subiecții infracțiunii

Subiect activ al infracțiunii de dare de mită poate fi orice persoană responsabilă penal.

Astfel, inculpatul a luat hotărârea de a da mită paznicilor ori de câte ori mergea să facă rost de materiale, luând legătura ocazional cu fiecare dintre paznici.²³

Infracțiunea poate fi săvârșită și de un funcționar, însă, în raport de funcția sau serviciul pe care îl îndeplinește apare ca o persoană particulară. De asemenea, fapta poate fi săvârșită și de mai mulți autori, ce au contribuit nemijlocit la infracțiunea de dare de mită., precum și de alți subiecți în afară de autori și coautori, respectiv instigatori și complici.

Dacă la infracțiunea de dare de mită, comisă prin intermediar, promisiunea sau oferta nu ajunge la funcționar sau la funcționarul public, ci se opresc la intermediar, fapta nu constituie infracțiune.

Subiectul pasiv îl constituie orice autoritate publică, instituție publică sau orice persoană juridică publică sau privată din care face parte funcționarul sau funcționarul public căruia i se promite sau oferă bani sau alte foloase de către mituitor.

4.3. Latura obiectivă

a.Elementul material constă în promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase ce nu se cuvîn funcționarului sau funcționarului public, în scopul îndeplinirii sau nu a unui act ori întârzierii îndeplinirii acestuia, act privitor la atribuțiile sale de serviciu.

Promisiunea constă într-un act unilateral din partea mituitorului, prin care acesta își ia un angajament, o obligație față de funcționar sau față de funcționarul public de a-i acorda o suma de bani sau orice bun pentru ca acesta să îndeplinească sau nu un act favorabil mituitorului.

În ceea ce privește oferta, interesează ca aceasta să ajungă la cunoștința funcționarului, neavând relevanță dacă aceasta este sau nu acceptată de cel mituit.

Mijloacele prin care oferta poate ajunge la funcționar sunt numeroase: arătarea banilor, introducerea banilor printre alte acte emise funcționarului, lăsarea banilor ca și cum ar fi uitați sau chiar prin semne mimice.

În fine, prin „darea de bani sau alte foloase” se înțelege înmânarea efectivă a sumei de bani, respectiv a bunului sau bunurilor promise.

²¹ Romeo Glodeanu, Luarea și darea de mită (comentarii practice), Editura Hamangiu, București, 2009, p. 128.

²² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept Penal.Parte specială, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 470.

²³ Tribunalul Brașov, decizia nr. 424 din 24 mai 1993 din Tudorel Toader, Drept penal.Parte specială.Culegere de probleme din practica judiciară pentru uzul studenților.

b. Pentru ca infracțiunea de dare de mită să existe se cere ca activitatea ce formează elementul material să fi produs o anumită **urmare imediată**, ce constă în cazul acestei infracțiuni în crearea unei stări de pericol în ceea ce privește îndeplinirea îndatoririlor de serviciu de către funcționar.²⁴

c. **Raportul de cauzalitate** constă în legătura ce există între acțiunea mituitorului și urmarea rezultată, prin crearea unei stări de pericol pentru activitatea unităților publice sau a altor persoane juridice. De regulă, legătura rezultă din materialitatea activității desfășurate de făptuitor.²⁵

4.4. Latura subiectivă

Infracțiunea de dare de mită este săvârșită cu intenție directă, prin oferirea sau darea de bani, făptuitorul efectuând un act de corupere, prin care se pune în pericol derularea corectă a activităților de serviciu.²⁶

Astfel, avem scopul urmărit de inculpații M.C., R.M. și Z.P., care în urma furtului unor saci de zahăr dintr-o magazie, au oferit sume de bani paznicilor magaziei pentru ca aceștia să nu-și îndeplinească îndatoririle de serviciu.²⁷

Intenția este calificată prin scop, deoarece făptuitorul cunoaște rezultatul acțiunii sale, pentru că fără conștiința și voința de a săvârși un asemenea act nu putem vorbi de infracțiunea de dare de mită, deoarece cel care promite, oferă sau dă bani sau alte foloase unui funcționar trebuie să aibă discernământ pentru ca latura subiectivă a infracțiunii să existe, iar dacă făptuitorul nu a avut reprezentarea că săvârșește o infracțiune, fapta nu constituie infracțiunea de dare de mită.

4.5. Darea de mită în noul Cod penal

Potrivit noului Cod penal, așa cum a fost adoptat de către Parlamentul României din data de 24 iulie 2009, infracțiunea de dare de mită este reglementată în cadrul Titlului V, intitulat „Infracțiuni de corupție și de serviciu”, Capitolul I, denumit „Infracțiuni de corupție”.

Infracțiunea de dare de mită în viitorul C.pen. este prevăzută la art. 290, cuprinzând tot atâtea alineate, însă infracțiunea a suportat mai puține modificări decât în cazul infracțiunii de luare de mită.

Astfel, în viitorul cod, așa cum am arătat și la infracțiunea de luare de mită, pretinderea sau primirea de bani sau alte foloase este incriminată dacă fapta este realizată în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle de serviciu, în scopul îndeplinirii, neîndeplinirii, îndeplinirea unui act contrar îndatoririlor ori întârzierea unui act.

De asemenea, și în ceea ce privește pedeapsa, legiuitorul a prevăzut ca în noul Cod penal să se aplice o pedeapsă mai mare față de cea prevăzută în actualul Cod penal și egală cu cea prevăzută de legiuitor în viitorul Cod la infracțiunea de luare de mită, ceea ce reprezintă chiar un lucru firesc având în vedere faptul că cel care încalcă primul legea este cel care oferă mită, afară de cazul când este constrâns la un asemenea act (cum este prevăzut în alin.(2) atât în noul cât și în actualul Cod penal).

În privința alin. 3, care prevede că „mituitorul nu se pedepsește dacă denunță fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta”, legiuitorul nu a făcut nici o modificare.

²⁴ A se vedea Vasile Dobrinou, p. 474.

²⁵ Romeo Glodeanu, Luarea și darea de mită (comentarii practice), Editura Hamangiu, București, 2009, p. 141-142; Vintilă Dongoroz și colab., Explicații teoretice ale codului penal, Vol. IV, Ediția a-II-a, Editura Academia Română și Editura ALL BECK, București, 2003, p. 121-125.

²⁶ Mihai Adrian Hotcă, Codul Penal. Comentarii și explicații, Editura C.H. BECK, București 2007, p. 1255.

²⁷ Vasile Dobrinou și colab., Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Ed. Wolters Kluwer, București 2008, p126-127, C.Ap. București, secția a-II-a penală, decizia nr. 129/A/1994.

Alineatul 5 din noul Cod prevede că „Bunurile, valorile sau orice alte bunuri oferite sau date sunt supuse confiscării, iar dacă acestea nu se mai găsesc, se dispune confiscarea prin echivalent”, înțelegându-se faptul că plata prin echivalent se poate face atât prin bani, așa cum prevede prezentul Cod (alin. 4), cât și prin bunuri.

Banii, valorile sau bunurile sunt restituie persoanei care le-a dat în cazurile arătate în alin. (2) și (3) necomportând o modificare în noul Cod.

5. Delimitarea infracțiunilor de luare și dare de mită de alte infracțiuni

În literatura de specialitate infracțiunea de luare de mită mai este denumită și „corupție pasivă” se află în strânsă legătură cu infracțiunea de dare de mită, denumită în literatura de specialitate și „corupție activă”.

Infracțiunile care privesc luarea și darea de mită prevăzute în Codul penal sunt două infracțiuni distincte, unde mituitorul nu este sancționat ca participant la infracțiunea de luare de mită în calitate de instigator sau complice, așa cum era prevăzut în codul penal din 1864, ci este sancționat ca autor al unei infracțiuni de sine stătătoare.

În prezent, prevederile art.254 ale infracțiunii de luare de mită, sancționează fapta mai blând în comparație cu prevederile existente de la 1864 și până la 1936, agravantele fiind mai favorabile infractorului.²⁸

De asemenea, asemănări ale infracțiunii de luare de mită sunt și cu infracțiunea de „primirea de foloase necuvenite” prevăzută în art.256 C. pen., care privește primirea de către un funcționar de bani sau alte foloase după îndeplinirea unui act în virtutea funcției sale, observându-se diferența de primire a banilor sau a altor foloase.

Totodată, există legături și cu infracțiunea de trafic de influență, ce constă în fapta unei persoane de a primi, pretinde sau accepta bani sau alte foloase, ce are sau lasă impresia că are influență asupra unui funcționar pentru a-l determina să facă ori să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu.

În Codul penal din 1864 nu era incriminată infracțiunea de dare de mită, însă, mituitorul era sancționat în acele timpuri ca agent provocator la infracțiunea de mituire.²⁹

În schimb, în Codul penal de la 1936, infracțiunea de dare de mită era reglementată la art. 250, reglementare asemănătoare celei din Codul penal actual.³⁰

²⁸ Pentru mai multe detalii privind infracțiunile de luare și dare de mită existente de la 1864 și până la 1936 a se vedea V. Bobrinioiu, M. A. Hotcă, N. Neagu, M. Murea, C. Cășuneanu, Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Ed. Wolters Kluwer, București 2008, p. 51-55; Vintilă Dongoroz, și colab., Explicații teoretice ale Codului Penal, Vol. IV, Ediția a-II-a, Ed. Academia Română și ALL BECK, București 2003, p.119-120.

²⁹ Vintilă Dongoroz și colab., Explicații teoretice ale Codului Penal, Vol. IV, Ediția a-II-a, Ed. Academia Română și ALL BECK, București 2003, p.127.

³⁰ Vasile Dobrinioiu, Mihai A. Hotcă, Norel Neagu, Marius Murea și Costel Cășuneanu, Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Editura Wolters Kluwer, București 2008, p. 54.

Art. 250: „Acela care dă, oferă sau promite unui funcționar public, fie direct, fie indirect, bani sau orice alt profit, ce după lege nu i se cuvine, pentru a-l determina să îndeplinească, să nu îndeplinească, sau să întârzie îndeplinirea unui act privitor la funcțiunea sa, ori să facă un act contrar îndatoririlor funcțiunii sale, comite delictul de mituire și se pedepsește cu închisoarea corecțională de la 6 luni la 3 ani și amenda de la 5.000 la 10.000 lei. Dacă faptul se săvârșește față de o persoană care deține un mandat electiv ori față de un judecător, jurat sau funcționar public însărcinat cu predarea, recepția sau supravegherea unor furnituri sau lucrări publice, ori cu stabilirea sau încasarea impozitelor, pedeapsa este închisoarea corecțională de la unu la cinci ani și amenda de la 5.000 la 15.000 lei. Dacă propunerea de mituire n-a fost acceptată, mituitorul se pedepsește cu închisoarea corecțională de la 2 la 6 luni. Nu se socotește mituire faptul comis în condițiile art. 238. Nu se pedepsește pentru mituire persoana care a dat mită, dacă i-a fost pretinsă și dacă prin refuzul ei ar fi suferit o pagubă inevitabilă și importantă în raport cu situația sa materială”.

În Codul penal actual infracțiunea de dare de mită prezintă legături cu art. 6¹ din legea 78/2000 care incriminează fapta persoanei ce cumpără influență reală sau presupusă a altei persoane asupra unui funcționar, în scopul de a-l determina să facă ori să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu.

Astfel, diferența constă în aceea că la infracțiunea de dare de mită, mituirea se realizează direct asupra funcționarului, spre deosebire de art.6¹ din Legea nr. 78/2000, unde mituitorul nu intră în contact direct cu funcționarul, ci printr-un intermediar.³¹

Infracțiunea de dare de mită se află în strânsă legătură și cu art. 109 alin (1) din Legea nr. 67/2004³² privind alegerea autorităților publice locale. Infracțiunea constă în fapta de a promite, oferi sau da bani, bunuri ori alte foloase în timpul campaniei electorale, cu scopul determinării pe alegători de a vota sau nu cu un anumit candidat sau listă de candidați. Pentru a constitui infracțiune, fapta săvârșită de către mituitor trebuie acceptată de alegători.³³

6. Aspecte referitoare la situația intermediarului la luare, respectiv darea de mită

Autorul infracțiunii de luare de mită este calificat, putând fi un funcționar public sau un funcționar în accepțiunile date în art. 147 C. pen., iar în cazul infracțiunii de dare de mită, subiectul activ poate fi orice persoană care îndeplinește condițiile de vârstă și de reponsabilitate cerute de lege, precum și „un funcționar sau alt salariat, însă, în această situație, el apare, în raport cu funcția sau serviciul pe care îl îndeplinește funcționarul mituit, ca o persoană particulară.”³⁴

Spre deosebire de autor, care trebuie să aibă calitatea cerută de lege pentru a fi subiect al infracțiunilor menționate anterior, instigator sau complice poate fi orice persoană, fără a se cere o anumită calitate specială.

Instigatorul sau autorul moral al faptei, este persoana care cu intenție determină o altă persoană să săvârșească o faptă prevăzută de legea penală, făcând să se nască în mintea acesteia hotărârea de a săvârși acea faptă interzisă de lege.

Complicele este persoana care, cu intenție înlesnește sau ajută în orice mod la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală. Este, de asemenea, complice persoana care promite, înainte sau în timpul săvârșirii faptei, că va tăinui bunurile provenite din aceasta sau că va favoriza pe făptuitor, chiar dacă pentru săvârșirea faptei promisiunea nu este îndeplinită.

Calitatea de instigator poate absorbi și calitatea de complice, în momentul în care infracțiunea se comite prin intermediul său.³⁵ Astfel, existența unui intermediar în săvârșirea celor două infracțiuni este implicit prevăzută de legiuitor prin sintagma „direct sau indirect” cu referire la fapta funcționarului mituit de luare de mită, faptă prevăzută la art. 254 alin. (1) C. penal., legea punând în acest fel „semnul egalității între efectuarea acestei acțiuni printr-o persoană interpusă, cu săvârșirea ei de către însuși funcționarul mituit”.³⁶

Astfel, putem spune că, activitatea intermediarului constă într-un simplu act de ajutorare, de complicitate, care, înfăptuiește acțiunea în care constă elementului material al luării de mită. Cu toata acestea, activitatea exercitată de intermediar este considerată fapta autorului.

³¹ Romeo Glodeanu, Luarea și darea de mită (comentarii practice), Editura Hamangiu, București, 2009, p. 169

³² **Articolul 109:** (1) Încredințarea unei speciale altor persoane decât membrilor biroului electoral al secției de votare constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani.

³³ A se vedea Romeo Glodeanu, p. 170.

³⁴ V. Dobrinioiu, N. Conea, Drept penal. Partea specială, Vol.II, Ed. Lumina Lex, București 2002, p. 117.

³⁵ Mircea Sinescu, Supliment al revistei Lex et Scientia, Tema: „Intermediarul – complice la luarea sau darea de mită”, Ed. Hamangiu, București 2008, p. 2.

³⁶ V. Dobrinioiu, Corupția în dreptul penal român, Ed. Atlas Lex, București 1995, p. 123.

Privitor la activitatea desfășurată de intermediar, s-a pus problema sancțiunii aplicabile acestuia.

Astfel, în doctrină, s-a stabilit că: dacă intermediarul a sprijinit cu intenție directă sau indirectă atât mituitorul, cât și pe cel mituit, el va fi sancționat cu fapta care este pedepsită mai aspru (în sistemul nostru de drept luarea de mită prevede o pedeapsă mai mare decât infracțiunea de dare de mită); dacă însă intermediarul a sprijinit cu intenție numai pe unul, acceptând și ajutorul celuilalt (prevăzând și acceptând producerea ambelor infracțiuni), el va fi sancționat cu pedeapsa prevăzută la infracțiunea a cărei rezultat a urmărit-o. În cazul existenței mai multor intermediari, fiecare din aceștia va răspunde pentru infracțiunea la care a înțeles să contribuie, deoarece, Codul penal român nu incriminează complicitatea ca infracțiune de sine stătătoare, sprijinul acordat complicei reprezentând doar un ajutor subsecvent la comiterea infracțiunii.³⁷

7. Aspecte de drept comparat

Fenomenul corupției nu este unul nou, însă în ultimii ani s-a accentuat semnificativ, iar acest lucru nu se întâmplă numai în România, ci peste tot în lume, fapt ce se datorează atât evoluției societăților, cât și problemelor de natură economică și politică.

Astfel, fenomenul corupției reprezintă o preocupare pentru toate statele, care încearcă să prevină, precum și să reducă numărul aparițiilor infracțiunilor de corupție.

Infracțiunile privitoare la corupție sunt incriminate și în Codul penal al altor state prezentând anumite asemănări, dar și unele deosebiri, pe care le vom prezenta, analizând legislația câtorva state europene.³⁸

Codul penal **polonez** incriminează corupția pasivă în art. 228, reprezentând fapta oricărei persoane aflate în exercitarea unei funcții publice care acceptă un beneficiu material sau personal ori promisiunea unui asemenea beneficiu; corupția activă este prevăzută la art. 229 și incriminează fapta persoanei care oferă un beneficiu material sau personal ori promite să furnizeze un asemenea beneficiu unei persoane care îndeplinește o funcție publică.

La fel ca și în C. pen. român, tratamentul sancționator, atât în ceea ce privește luarea de mită cât și în ceea ce privește infracțiunea de dare de mită, este diferențiat în funcție de gravitatea faptei, precum și în funcție de valoarea beneficiului respectiv.

În legislația **cehă**, infracțiunile de corupție sunt prevăzute la secțiunile 160 și 161, respectiv luarea și darea de mită.

De asemenea, secțiunea 162, incriminează corupția indirectă, care poate fi asemănată infracțiunii de trafic de influență din dreptul român.

Cauzele de nepedepsire sunt reprezentate de următoarele situații: făptuitorul a mituit sau a promis că va acorda mită, deoarece i s-a cerut acest lucru; când fapta este raportată procurorului sau poliției în mod voluntar și fără întârziere. Tratatamentul sancționator este, ca și în Codul penal actual, mai blând pentru infracțiunile de dare de mită, decât pentru infracțiunile de luare de mită.

În Codul penal **italian**, luarea de mită este incriminată în două articole diferite (318 – 319), după cum oficialul săvârșește actul de corupție pentru a-și îndeplini atribuțiile de serviciu sau pentru a îndeplini un act contrar atribuțiilor de serviciu (incluzând și întârzierii actului). Darea de mită este prevăzută în art. 321 și este sancționată în modalitățile prevăzute anterior pentru luarea de mită.

În sistemul legal **spaniol**, corupția nu este definită printr-un singur articol. Astfel, atât corupția pasivă cât și cea activă sunt acoperite de art 419-427, iar art 428-431 incriminează traficul de influență.

³⁷ A se vedea Mircea Sinescu, p. 3 – 4.

³⁸ Dorinica Ioan și colab., Corupția în România, Ed. Lumina Lex, București 2005, p. 63-66.

Codul penal cuprinde și dispoziții incriminând infracțiunile conexe infracțiunilor de corupție cum ar fi contrabanda, fraudă, deturnarea de fonduri publice, iar dacă vreuna din infracțiuni este săvârșită într-o modalitate organizată, intervine asocierea în vederea săvârșirii de infracțiuni (art. 515).

8. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Variatatea faptelor de corupție, ce au evoluat odată cu societatea, au condus la modificarea activităților pe toate nivelurile, precum: la nivelul autorității vamale, la nivelul celor chemați să apere ordinea publică și siguranța națională, la nivel cultural, sportiv, la nivelul învățământului, în mass-media și nu în ultimul rând la nivelul sănătății. De asemenea, au fost afectate politica, economia și justiția.

În opinia mea, corupția a prins rădăcini odată cu pierderea simțului moral al oamenilor, care s-a născut ca urmare a modului în care aceștia erau tratați de către cei cu putere, precum și în urma pierderii încrederii totale în justiție.

Deși, corupția există încă din antichitate, începând cu anii '90 în România, acest fenomen a cunoscut o evoluție accelerată, fapt care a condus la crearea unui obicei în urma acestor acțiuni, pe care societatea l-a acceptat în mod tacit.

Totodată, ne confruntăm cu problemele corupției și în sfera politică, unde accesul la funcțiile politice este limitat, bazându-se de cele mai multe ori pe criteriile de apartenență, și nu pe criteriile de profesionalism.

Astfel, acceptarea tacită a actelor de corupție, s-a datorat în mare parte, pentru ca fiecare să își acorde drepturile pe care le au în cadrul unei societăți, drepturi ce le-au fost refuzate într-un mod abuziv de către cei care aveau obligația să le acorde.

Luarea și darea de mită își face simțită prezența și la nivelul sănătății, fiind o practică obișnuită în unitățile sanitare, fapt care este îngrijorător, datorat crizei în care se află sistemul sanitar și din cauză că statul nu creează programe care să faciliteze și accesul persoanelor care fac parte din clasa de jos și cea mijlocie.

Problema corupției apărută și în cadrul sistemului judiciar, reprezintă poate una din cele mai grave forme de manifestare ale fenomenului infracțional, deoarece „dacă însăși justiția este coruptă, cea care ar trebui să confere încrederea și ordine în rândul societății, înseamnă că ne aflăm pe un drum destul de anevoios”.

Faptele de corupție săvârșite atât de o persoană fizică, cât și de o autoritate a statului sau de judecători și de procurori, nu îi disculpă, ci dimpotrivă trebuie luate măsuri în vederea combaterii acestui fenomen.

Este adevărat că faptele de corupție nu pot fi complet eliminate, însă se pot diminua cazurile de luare și dare de mită prin unirea și participarea efectivă a celor însărcinați cu îndeplinirea justiției, precum și cu participarea cetățenilor, fără de care nici un efort din partea autorităților nu ar avea rezultatul dorit.

De asemenea, crearea unei strategii care să prevină și să combată efectele corupției, precum și seriozitatea organelor de anchetă penală, ar avea un efect pozitiv asupra fenomenului corupției.

Un bun început, în vederea eliminării corupției constă în corectitudinea aplicării pedepselor aceluia care încalcă legea, ținând cont de pericolul care îl reprezintă aceștia, precum și în vederea protejării aceluia care nu comit acte de corupție. Spre exemplu, situația din domeniul sănătății, în care doctorii pretind în mod direct sau indirect o anumită sumă de bani pentru a se ocupa de o persoană aflată într-o situație care necesită intervenția medicului. Însă, unii oameni au o situație mai precară și nu își permit să ofere bani pentru a beneficia de același tratament ca o persoană cu o situație economică mai bună. Însă, din păcate, această situație există în preponderență în toate sistemele instituționale ale statului.

Putem spune că fenomenul corupției va rămâne un subiect omniprezent, care va solicita mereu noi metode de combatere, pentru că societatea se află într-o continuă transformare, iar incriminarea faptelor de corupție și nu numai trebuie să fie în rînd cu evoluția societății.

Referințe bibliografice

- Boroș Alexandru, Drept Penal.Parte Specială, Editura C.H. Beck, București 2006;
- Cherciu Elena, Corupția, Editura, București;
- Cioclei Valeriu, Codul penal și Codul de procedură penală (actualizat 25.11.2010), Editura C.H. Beck, București 2010;
- Corlățeanu Sorin și Ciuncan Dorin, Infrațiuni de corupție și infrațiuni privind viața de capital, Editura Universul Juridic, București 2009;
- Dicționarul limbii române, Editura Universul Enciclopedic, București 1996;
- Diaconescu Horia, Infrațiuni de corupție și cele asimilate sau în legătură cu acestea, Editura ALL Beck, București 2004;
- Dobrinioiu Vasile, Corupția în dreptul penal român, Ed. Atlas Lex, București 1995.
- Dobrinioiu V., Horcă A. M., N. Neagu, M. Murea și C. Cășuneanu, Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Ed. Wolters Kluwer, București 2008.
- Dobrinioiu Vasile și Norel Neagu, Drept penal.Parte specială, Editura Wolters Kluwer, București 2008;
- Dobrinioiu V., N. Conea, Drept penal. Parte specială, Vol.II, Ed. Lumina Lex, București 2002.
- Dongoroz Vintilă și colab., Explicații teoretice ale Codului penal, Vol. IV, Ediția a-II-a, Editura Academia Română și ALL Beck, București 2003;
- Dorinica Ioan și colab., Corupția în România, Editura Lumina Lex, București 2005;
- Glodeanu Romeo, Luarea și darea de mită, Editura Hamangiu, București 2009;
- Hotcă Mihai Adrian, Codul penal (comentarii și explicații), Editura C.H. Beck, București 2007;
- Mădulărescu Emilia, Traficul de influență (studiu de doctrină și jurisprudență), Editura Hamangiu, București 2006;
- Sinescu Mircea Constantin, Supliment al revistei Lex et Scientia, Tema: „Intermediarul – complice la luarea sau darea de mită”, Ed. Hamangiu, București 2008.
- Toader Tudorel, Drept penal.Parte specială.Culegere de probleme din practica judiciară pentru uzul studenților, Editura ALL Beck, București 2003.

Jurisprudență:

- Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție;
- Legea nr. 67/2004 privind alegerea autorităților publice locale;
- Nelu Ciobanu (procuror militar), Considerații asupra infrațiunilor de luare de mită și dare de mită, Publicat în Buletinul Documentar nr.1/2003 al P.N.A./D.N.A.; Decizia penală nr. 3418/1999 a Curții Supreme de Justiție – Secția penală (nepublicată);
- I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 744/2004;
- Tribunalul Suprem, secția penală, decizia nr. 1435/1983, în R.R.D. nr. 6/1984;
- C.S.J., secția penală, decizia nr. 1431/1998, în Dreptul nr. 12/1999;
- C.S.J., secția penală, decizia nr. 78/1993, din Tudorel Toader;
- Tribunalul Brașov, decizia nr. 424 din 24 mai 1993 din Tudorel Toader.
- C.Ap. București, secția a-II-a penală, decizia nr. 129/A/1994.
- C.S.J., secția penală, decizia nr. 4055/2000.

INTERCEPTAREA ILEGALĂ A UNEI TRANSMISII DE DATE INFORMATICE

Christopher Hermann*

Abstract

This paper deals with the crime of unlawful interception of computer data referred to in art. 43 of Law 161/2003. However, alternatively, are issues that may relate to slightly exceed the crime in question. The reason for this decision is that we didn't want to deal with that offense in isolation, but together with other elements, sometimes insoluble, in order to understand the scope of this crime in the context of cybercrime in general.

Keywords: computer crime, information gathering, illegal interception, espionage, security, protection

1. CONSIDERAȚII PRELIMINARII

Definiția infracțiunii informatice

OEEC (The Organisation for European Economic Cooperation) -Organizația pentru Cooperare Economică Europeană- a fost creată în anul 1947 în vederea derulării planului financiar (US Marshall Plan) pentru reconstruirea unui continent slăbit de război. Această organizație a reușit să convingă guvernele că economiile lor sunt interdependente, aspect recunoscut de guverne în cele din urma, iar în acest mod, Organizația pentru Cooperare Economică Europeană a pavat drumul pentru o nouă eră a cooperării care avea să schimbe Europa. Organizația pentru Cooperare Economică Europeană s-a născut oficial în data de 30 Septembrie 1961 sub noua înfățișare de OECD, dată la care a intrat în vigoare Convenția.¹

În anul 1983, experți ai OECD au definit faptele penale de natură informatică ca fiind „*orice comportament ilegal, neetic sau neautorizat ce privește un tratament automat al datelor și/sau o transmitere de date*”. După cum putem observa, această definiție a fost formulată în urma cu două decenii. Cu toate acestea, raționamentul în baza căruia a fost creată este corect în principiu și în prezent. The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI) a definit de asemenea criminalitatea informatică. În sens larg, prin infracțiune informatică se înțelege conform concepției UNAFEI „*orice infracțiune în care un calculator sau o rețea de calculatoare este obiectul unei infracțiuni, sau, în care un calculator sau o rețea de calculatoare este instrumentul sau mediul de înfăptuire a unei infracțiuni*.”² Totuși, „conținutul noțiunii de faptă penală de natură informatică este deosebit de variat, fiind abordat din diferite perspective în cadrul lucrărilor de specialitate. Astfel, în raportul Comitetului European pentru probleme criminale, infracțiunile informatice sunt sistematizate în următoarele categorii:

- infracțiunea de fraudă informatică;
- infracțiunea de fals în informatică;
- infracțiunea de prejudiciere a datelor sau programelor informatice;
- infracțiunea de sabotaj informatic;
- infracțiunea de acces neautorizat la un calculator;
- infracțiunea de interceptare neautorizată;
- infracțiunea de reproducere neautorizată a unui program informatic protejat de lege;

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (sedlexx@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Jipa Alexandra

¹ www.oecd.org About/History

² www.criminalitateainformatica.calculatoareinternet.ro/conceptul de criminalitate informatică

- infrațiunea de reproducere neautorizată a unei topografii;
- infrațiunea de alterare fără drept a datelor sau programelor informatice;
- infrațiunea de spionaj informatic;
- infrațiunea de utilizare neautorizată a unui calculator;
- infrațiunea de utilizare neautorizată a unui program informatic protejat de lege.

Manualul Națiunilor Unite pentru prevenirea și controlul infracționalității informatice sintetizează următoarele categorii de infracțiuni: fraude prin manipularea calculatoarelor electronice; fraude prin falsificarea de documente; alterarea sau modificarea datelor sau a programelor pentru calculator; accesul neautorizat la sisteme și servicii informatice; reproducerea neautorizată a programelor pentru calculator protejate de lege.³

Unde apar infracțiunile informatice?

Infracțiunile informatice se regăsesc pe o paletă foarte variată. Acestea sunt diferite, având și un grad de pericolozitate diferit. Raportat la nivelul gradului de pericolozitate, infracțiunile informatice variază începând de la sustrageri banale și ne semnificative pecuniar până la dezastru în adevăratul sens al cuvântului. Infracțiunile informatice apar din diferite motive. Motivele își pot avea originea în diverse forme și în diverse arii. Cauzele pot fi așadar de natură socială pe de-o parte sau chiar de natură politică pe de altă parte. În fine, subliniem că majoritatea cauzelor sunt reprezentate de provocarea de daune, care, de regulă, sunt produse în scop material, iar ca excepție de la regulă, în scop pur și simplu personal (renume, satisfacție, etc.) După cum oamenii sunt divizați în profesioniști și neprofesioniști sau amatori, așa se divide pe cale de consecință și comiterea infracțiunilor informatice într-o manieră de amator sau într-o manieră de profesionist. În general, din categoria amatorilor fac parte tinerii. Tinerii, sunt deseori dornici de a se lăuda, de a își întrece sau testa limitele, de a face ceea ce nu este permis, de a se face remarcați sau de a se testa ei înșiși pur și simplu cu scopul de a-și da o notă, de a se autoevalua și a afla care sunt aptitudinile necesare pentru a stăpâni și manevra un calculator. În orice caz, trebuie supuse atenției mai ales consecințele infracțiunilor informatice, alături de originea lor, întrucât acțiunile virtuale pot avea consecințe deosebit de grave asupra lumii reale în care trăim. Infracțiunile informatice pot pune în pericol viața unui om, viața unei întregi populații sau chiar securitatea unui stat. Sistemul național de securitate este bazat bineînțeles în mare parte și pe sistem informatic și bază de date și stocare informatică. Spionajul cu ajutorul computerului ar putea fi un atac la adresa securității naționale care ar putea fi periclitată major în anumite împrejurări. Într-un asemenea caz, am avea de a face cu consecințe precum: pierderi majore, importante, ale sistemului național de securitate. Ca urmare a unor pierderi ale apărării de o asemenea anvergură, vor putea exista și pierderi masive de vieți omenești, întreaga populație a unui stat având de suferit din cauza unor atacuri informatice care aduc atingere vitalității statului. După cum știm, populația reprezintă una din condițiile cumulative ca un stat să poată exista. Așadar, se poate lesne observa, că acțiunile din mediul virtual, intangibil fizic, anorganic, pot atrage urmări drastice, de neimaginat, în viața reală, fizică. Un alt exemplu îl constituie furtul de informații de natură comercială. O asemenea faptă, prevăzută de legea penală, ar putea conduce în anumite circumstanțe, la distrugerea unei companii întregi, la falimentul acesteia. Exemplele continuă, însă ceea ce este important de reținut, este faptul că există o delimitare între fapta unui hacker amator și fapta unui profesionist. Existând o delimitare privind ierarhia subiecților activi ai infracțiunilor informatice bazată pe nivelul de pregătire, există ca urmare și o delimitare a acțiunilor acestora, acțiunile fiind de la cele mai simple și inofensive până la cele mai serioase și periculoase. Consecințele unor asemenea acțiuni sunt desigur direct proporționale cu severitatea acțiunilor respective. Cu toate acestea, se poate întâmpla în unele cazuri ca pătrunderea fără drept într-un sistem să se facă din greșeală.⁴

³ Gabriel Ion Olteanu, Adrian Iacob, Mirela Gorunescu, Voicu Adriana, Pop Ștefan, Dragomirescu Bianca, Ruiu Marin, Eduard Cristian Metodologie criminalistica –Structurile infracționale și activitățile ilicite desfășurate de către acestea, Editura AIT Laboratories s r.l. București, 2008, p. 317-318

⁴ Tudor Amza, Cosmin Amza Criminalitate informatică. Editura Limina Lex, București, 2003, p. 97

2. INTERCEPTAREA ILEGALĂ A UNEI TRANSMISII DE DATE INFORMATICE

Conținutul legal al infracțiunii

Infracțiunea informatică la care ne referim este reglementată de Legea nr. 161/2003. În cuprinsul Titulului III al Legii nr. 161/2003 sunt definite trei categorii de infracțiuni, după cum urmează: I.infracțiuni contra confidentialității și integrității datelor și sistemelor informatice II. infracțiuni informatice III. pornografia infantilă prin intermediul sistemelor informatice. Infracțiunea pe care noi o analizăm, „interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice”, își are sediul în prima categorie, fiind o infracțiune contra confidentialității și integrității datelor și sistemelor informatice.⁵

Infracțiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice este prevăzută în art. 43 din Legea nr. 161/2003. Ca o paranteză, subliniem faptul că există identitate a conținutului legal între conținutul legal prevăzut în Legea nr. 161/2003 și conținutul legal prevăzut în art. 441 din noul Cod penal.⁶ Închizând paranteza, revenim la conținutul legal al infracțiunii de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice prevăzut în art. 43 din Legea nr. 161/2003, conform căruia constituie infracțiune „interceptarea, fără drept, a unei transmisii de date informatice care nu este publică și care este destinată unui sistem informatic, provine dintr-un asemenea sistem sau se efectuează în cadrul unui sistem informatic”. Această infracțiune se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani. În alin. (2) al art. 43 din Legea nr. 161/2003, se precizează o modalitate asimilată a infracțiunii. Conform alin. (2) „cu aceeași pedeapsă se sancționează și interceptarea, fără drept, a unei emisii electromagnetice provenite dintr-un sistem informatic ce conține date informatice care nu sunt publice”.

Atragem atenția asupra faptului că art. 57 din Legea nr. 161/2003 reglementează situația interceptării și înregistrării legale a comunicărilor desfășurate prin intermediul sistemelor informatice. Așadar, în anumite situații, prevăzute de lege, interceptarea unei transmisii de date informatice poate fi efectuată pe cale legală. În interesul înlăturării justiției, organelor de urmarire penală, li se eliberează un mandat de interceptare și înregistrare dacă este necesar și există temeiuri justificate. De exemplu, FBI a creat un sistem numit „Carnivore”. Acest sistem a fost conceput special pentru a putea supraveghea și examina orice informații de pe Internet atunci când este necesar, cu autorizația organelor judecătorești eliberată în prealabil. Deoarece conținutul legal al infracțiunii analizate conține unii termeni care sunt specifici ramurii informatice, se impune să facem câteva precizări de ordin terminologic.

Explicații terminologice

Legiuitorul a optat să opereze cu diferite noțiuni în domeniul informatic. Aceste noțiuni, aceste concepte, au fost definite de către legiuitor în art. 35 din Legea nr. 161/2003. În conformitate cu acest articol:

a) prin **sistem informatic** se înțelege orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relație funcțională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic; b) prin **prelucrare automată a datelor** se înțelege procesul prin care datele dintr-un sistem informatic sunt prelucrate prin intermediul unui program informatic; c) prin **program informatic** se înțelege un ansamblu de instrucțiuni care pot fi executate de un sistem informatic în vederea obținerii unui rezultat determinat; d) prin **date informatice** se înțelege orice reprezentare a unor fapte, informații sau concepte într-o formă care

⁵ Mihai Hotca, Maxim Dobrinou Infracțiuni prevăzute în legi speciale. Comentarii și explicații. Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2010, p.560

⁶ Maxim Dobrinou Infracțiuni în domeniul informatic. Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 161

poate fi prelucrată printr-un sistem informatic. În această categorie se include și orice program informatic care poate determina realizarea unei funcții de către un sistem informatic; e) prin **furnizor de servicii** se înțelege: 1. orice persoană fizică sau juridică ce oferă utilizatorilor posibilitatea de a comunica prin intermediul sistemelor informatice; 2. orice altă persoană fizică sau juridică ce prelucrează sau stochează date informatice pentru persoanele prevăzute la pct. 1 și pentru utilizatorii serviciilor oferite de acestea; f) prin **date referitoare la traficul informational** se înțelege orice date informatice referitoare la o comunicare realizată printr-un sistem informatic și produse de acesta, care reprezintă o parte din lanțul de comunicare, indicând originea, destinația, ruta, ora, data, mărimea, volumul și durata comunicării, precum și tipul serviciului utilizat pentru comunicare; g) prin **date referitoare la utilizatori** se înțelege orice informație care poate conduce la identificarea unui utilizator, incluzând tipul de comunicare și serviciul folosit, adresa postală, adresa geografică, numere de telefon sau alte numere de acces și modalitatea de plată a serviciului respectiv, precum și orice alte date care pot conduce la identificarea utilizatorului; h) prin **măsuri de securitate** se înțelege folosirea unor proceduri, dispozitive sau programe informatice specializate cu ajutorul cărora accesul la un sistem informatic este restricționat sau interzis pentru anumite categorii de utilizatori; i) prin **materiale pornografice cu minori** se înțelege orice material care prezintă un minor având un comportament sexual explicit sau o persoană majoră care este prezentată ca un minor având un comportament sexual explicit ori imagini care, deși nu prezintă o persoană reală, simulează, în mod credibil, un minor având un comportament sexual explicit.

În alin. (2) al art. 43 din Legea nr. 161/2003 găsim noțiunea de „emisie electromagnetică”. Apăsarea tastelor tastaturii unui calculator generează impulsuri magnetice. Aceste impulsuri magnetice pot fi interceptate și codificate. Calculatorul emană unde electromagnetice. De exemplu, monitorul este un dispozitiv de ieșire al calculatorului, care emană unde electromagnetice. Emisiile electromagnetice au ridicat mari probleme privind siguranța informațiilor și datelor deținute, întrucât există posibilitatea interceptării acestor emisii electromagnetice, care pot fi descifrate ulterior de așa manieră încât să rezulte informațiile sau datele interceptate în stare perfectă, integrală. Cu titlu de exemplu privind această problemă, amintim că Statele Unite ale Americii au creat o protecție, un sistem de securitate special, pentru calculatoarele guvernamentale, care sunt folosite cu scopul de a stoca și procesa informații secrete. În ideea de a preveni interceptarea emisiilor electromagnetice, SUA a construit programul „Tempest”. Programul respectiv este un program federal.⁷

Particularități

Infrațiunea pe care o analizăm este o infrațiune cu un grad de pericol ridicat. Caracterul grav al acestei infrațiuni este determinat de mai mulți factori. Unul dintre factorii primordiali îl reprezintă încălcarea drepturilor fundamentale consacrate și garantate de legea supremă. Constituția României consacră și garantează dreptul la secretul corespondenței. Acest drept este un drept fundamental. Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil. Infrațiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice încalca acest drept fundamental prevăzut în Constituția României.⁸ Activitatea ilicită asupra căreia planăm în această lucrare este susceptibilă de a îmbrăca atât forma continuă, cât și forma continuată. Este important să delimităm momentul consumării infrațiunii de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice de momentul epuizării acestei infrațiuni. Așadar, momentul consumării infrațiunii de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice corespunde momentului realizării interceptării propriu-zise a datelor, iar momentul epuizării acestei infrațiuni corespunde momentului încetării interceptării, indiferent de motivul încetării. Un element

⁷ Tudor Amza, Cosmin Amza, op. cit., p. 102

⁸ Art. 28 din Constituția României prevede că „Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil.”

esențial pentru existența acestei infracțiuni este acela ca interceptarea să se comită „fără drept”. În caz contrar, acțiunea de interceptare nu mai intră sub incidența infracțiunii de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice. Acest aspect, are desigur influență în stabilirea formei de vinovăție a făptuitorului.⁹

Spionajul industrial

Interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice poate fi efectuată după cum am observat în prima parte a lucrării în diferite scopuri și în cadrul diferitor domenii. În prezent, această infracțiune este foarte des întâlnită în domeniul comercial, industrial. Având în vedere că trăim într-o epocă a informației, a tehnologiei și a globalizării economice în special, este firesc, în contextul democrației desigur, să asistăm la o accelerare a procesului de inovare și dezvoltare, ceea ce implică o competiție internațională, care îmbracă forma concurenței în termeni economici. În doctrină,¹⁰ se afirmă că furtul de secrete comerciale prezintă o mare pondere în activitățile de criminalitate informatică. *Know-how*-ul pe care îl deține o companie îmbracă diferite forme în funcție de importanța informațiilor. Astfel, printre informațiile comerciale cele mai „vânate” se enumeră: liste de clienți, liste de prețuri, strategii de promovare, de marketing, etc. Într-un articol publicat¹¹ în presă, se arată că în opinia experților, daunele cauzate de spionajul industrial economiei Germaniei în cursul anului 2008 ar fi putut atinge aproximativ 20 de miliarde de euro. Christian Shaaf, expert al companiei de consultanță Corporate Trust spunea la un moment dat că „șansele de a deveni victimă a spionilor sporesc permanent”. Specialiștii în aceste activități de spionaj folosesc o varietate de metode și instrumente pentru a-și atinge obiectivul și anume pentru a intra în posesia informațiilor dorite. Gama instrumentelor este foarte diversă și extinsă, constituind un adevărat arsenal de spionaj. În acest arsenal tehnic de culegere de informații se găsesc de regulă microfoane speciale de distanță ori încorporate în diferite obiecte camuflat, camere video, camere foto, viruși electronici, cai troieni, telefoane mobile cu dotări speciale și lista poate continua. Poliția israeliană a efectuat o investigație prin care a verificat companii care erau suspectate de spionaj industrial. În urma investigației s-a constatat că respectivele companii foloseau un virus informatic în scopul de a-și spiona rivalii.¹² Serviciul de contraspionaj britanic MI 5 a acuzat China că a intrat prin intermediul unor agenți trimiși în calculatoarele unor oameni de afaceri din Marea Britanie cu intenția de a spiona. Dintr-un document intern al agenției pentru siguranță și contraspionaj a Angliei MI 5 rezultă că serviciile secrete chineze s-au apropiat de mai multe ori cu diferite ocazii de afaceriștii britanici. Agenții chinezi le-au oferit cadouri afaceriștilor britanici. Cadourile oferite erau stick-uri USB infenctate. Aceste stick-uri erau oferite sub pretextul de cadou în semn de simpatie, însă adevăratul rost al acestora era acela de a infecta laptopurile afaceriștilor cu viruși puternici. Astfel, în momentul în care afaceriștii britanici conectau stick-ul USB primit cadou la propriile calculatoare sau laptopuri, se instala automat un Cal Troian.¹³ Prin această diversiune, agenții chinezi dețineau controlul de la distanță și erau capabili de a intercepta ilegal, de a sustrage, informații secrete industriale pe care ulterior le puteau folosi.¹⁴

⁹ Gabriel Ion Olteanu, Adrian Iacob, Mirela Gorunescu, Voicu Adriana, Pop Ștefan, Dragomirescu Bianca, Ruiu Marin, Eduard Cristian, op. cit., p. 330

¹⁰ Ioana VasIU Criminalitate informatică. Editura Nemira, 1998, p. 172-173

¹¹ Ziarul Financiarul Spionajul industrial face ravagii printre companii, articol scris în 17 Aprilie, 2008

¹² ZF Business International Spionajul industrial, o metoda din ce în ce mai folosita, articol scris în 21 Iunie 2005, Autor: Andreea Groenendijk

¹³ „Calul Troian este un program care are o funcție foarte cunoscută și care, într-un mod ascuns îndeplinește și o altă funcție”, Tudor Amza, Cosmin Amza, op. cit., p.114)

¹⁴ www.ziare.com/international/stiri-externe/ - China, acuzată de spionaj industria în Marea Britanie – articol din data de 31 Ianuarie 2010, Autor: Irina Ursu

3. PREVENIREA INTERCEPTĂRII ILEGALE A UNEI TRANSMISII DE DATE INFORMATICE

Din câte am văzut până acum, mulți dintre infractorii din domeniul informatic sunt profesioniști și reușesc să opereze de așa natură încât să producă pagube mari, să reușească să își șteargă urmele faptei pentru mult timp sau chiar să nu fie aduși în fața justiției niciodată. Tehnologia avansează continuu, iar infractorii vin de obicei primii cu noi tehnici, cu „elementul surpriză”. Acesta este motivul pentru care infractorii sunt, de regulă, tot timpul cu un pas înaintea organelor polițienești și statale. Acestea din urmă, trebuie să ia „pulsul” elementului surpriză, să conceapă o contrastrategie ținând cont de trăsăturile pulsului și să aplice această contrastrategie în cele din urmă. Acest proces necesită resurse umane, resurse materiale și, bineînțeles, timp.

Profesionalismul infractorilor inspiră deseori superioritate față de victime, acestea din urmă socotindu-se a fi vulnerabile, slab pregătite pentru un asemenea atac informatic. Este o reacție normală, o reacție a mecanismului uman de apărare, însă lucrurile nu ar trebui să stea chiar așa. Anihilarea acestor atacuri este posibilă. Există multe metode prin care ne putem proteja sistemele față de un asemenea atac. Totul începe de la prevenirea crimei informatice. Cheia succesului de a obține o prevenire eficientă o reprezintă construcția complexă a sistemului de securitate. În altă ordine de idei, un sistem simplu nu va fi niciodată eficient, întrucât este previzibil, iar odată ce un sistem este previzibil, el devine vulnerabil și sistemul de securitate este deja compromis în aceste condiții. Construcția unui sistem de securitate complex se realizează prin combinarea diferitelor proceduri de securitate. De pildă, putem avea proceduri de securitate fizică de maximă performanță. Dacă folosim doar aceste proceduri, fără a le combina cu alte tipuri de proceduri, avem un sistem simplu, ceea ce nu oferă securitate optimă. Cheia constă în combinarea acestor proceduri într-o manieră cât mai ingenioasă. Spre exemplu, procedurile de securitate fizică amintite mai devreme, combinate cu procedurile de securitate a operării ori a comunicațiilor, conferă o protecție mult mai eficientă.¹⁵

În ceea ce privește infracțiunea de interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice *in concreto*, subliniem faptul că un loc fruntaș în securizare, îl ocupă securitatea comunicațiilor. În prezent, conectarea prin intermediul Internetului este ceva obișnuit și frecvent. Acesta este un alt motiv serios pentru a putea conchide că securizarea comunicațiilor este vitală privind siguranța datelor.

4. CONCLUZII ȘI PROPUNERI DE *LEGE FERENDA*

Așadar, se poate lesne observa că infracțiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice este susceptibilă de a fi comisă într-o diversitate de forme și vizând o diversitate de branșe. La fel de ușor, se poate observa și gradul de periculozitate al unei asemenea infracțiuni, care poate avaria domeniul comercial după cum am văzut, dar nu numai. Putem discuta, de asemenea, de avarierea sectorului apărării naționale, a sectorului militar, a sectorului politic.

Din aceste considerente, conchidem că este imperios necesar a fortifica și a extinde pe cât posibil sistemul de securitate al calculatorului. Mai mult decât atât, ținând cont de celeritatea progresului tehnologiei, este indispensabilă reactualizarea permanentă a sistemului de securitate, deoarece, în caz contrar, sistemul de securitate poate fi depășit din punct de vedere al performanței și al funcționalității de noile invenții.

Teoria Generală a Dreptului face referire la necesitatea adaptării continue a legislației la situația *de facto* a societății. În prealabil procesului de adaptare *in concreto*, legiuitorul ia „pulsul” societății, astfel încât adaptarea să corespundă situației faptice reale într-o asemenea măsură încât situația *de jure* să se muleze perfect pe situația *de facto*. Un exemplu în acest sens îl constituie

¹⁵ Tudor Amza, Cosmin Amza, op. cit., p. 92-94

aparitia unei noi stări de fapt, care nu a fost reglementată juridic niciodată și care desigur necesită o reglementare. O problemă de acest gen o putem identifica în situația infracțiunii pe care tocmai am analizat-o. Știința a demonstrat că sunetele produse de butoanele tastaturii pot fi decodate. Iată, așadar, o situație *de facto* care nu este reglementată *de jure* și care din punctul nostru de vedere necesită a fi reglementată *de lege ferenda*, întrucât o situație de fapt care este susceptibilă de a produce pagube și încălca drepturi nu are voie să rămână nereglementată. Situația interceptării, fără drept, a unei emisii electromagnetice provenite dintr-un sistem informatic ce conține date informatice care nu sunt publice este reglementată în alin. 2 din art. 43 din Legea nr. 161/2003. Un viitor alineat (3) ar putea cuprinde spre exemplu situația interceptării, fără drept, a unui sunet produs de butoanele tastaturii.

Din faptul că pentru efectuarea unei interceptari legale este necesar un mandat, putem desprinde concluzia ca mandatul respectiv reprezintă factorul decisiv asupra naturii interceptării. Astfel, existența mandatului încadrează fapta de interceptare a unei transmisii de date informatice în sfera licitului, iar inexistența acestuia, în sfera ilicitului, a dreptului penal mai exact. Așadar, mandatul este esențial în stabilirea legalității interceptarii unei transmisii de date informatice. Pe cale de consecință, luând în calcul greutatea mandatului în acest context, propunem *de lege ferenda* o mai mare exactitate și rigurozitate în reglementarea acestei instituții, astfel încât printr-o viitoare remodelare a instituției subiectivismul instanței de judecată privind „temeiurile justificate” să constituie subsidiaritatea obiectivismului impus de lege și nu *vice versa*. Printr-o asemenea abordare, s-ar consolida inviolabilitatea corespondenței și datelor personale pe de-o parte, iar pe de altă parte, dreptul la un proces echitabil, care este consacrat și garantat de Constituție.

Referinte bibliografice

- -Vasile Dobrinou, Norel Neagu *Drept penal. Partea specială. (Teorie și practică judiciară) Editura Wolters Kluwer, Bucuresti, 2008*
- -Mihai Hotca, Maxim Dobrinou *Infracțiuni prevăzute în legi speciale. Comentarii și explicații. Editia a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2010*
- -Tudor Amza, Cosmin Amza *Criminalitate informatică. Editura Limina Lex, București, 2003*
- -Maxim Dobrinou *Infracțiuni în domeniul informatic. Editura C.H. Beck, București, 2006*
- -Gabriel Ion Olteanu, Adrian Iacob, Mirela Gorunescu, Voicu Adriana, Pop Stefan, Dragomirescu Bianca, Ruiu Marin, Eduard Cristian *Metodologie criminalistică –Structurile infracționale și activitățile ilicite desfășurate de către acestea, Editura AIT Laboratories s.r.l. București, 2008*
- -Ioana Vasii *Criminalitate informatică. Editura Nemira, 1998*
- -Constituția României art. 28
- -Legea nr. 161/2003
- -Codul penal român actual
- -Noul Cod penal român (adoptat, dar neintrat în vigoare)
- -ZF Business International *Spionajul industrial, o metoda din ce în ce mai folosită, articol scris în 21 Iunie 2005, Autor: Andreea Groenendijk*
- Financiarul *Spionajul industrial face ravagii printre companii, articol scris în 17 Aprilie, 2008*
- www.oecd.org/About/History
- www.criminalitateainformatica.calculatoareinternet.ro/conceptul_de_criminalitate_informatica.html
- www.ziare.com/international/stiri-externe/ - China, acuzată de spionaj industrial în Marea Britanie – articol din data de 31 Ianuarie 2010, Autor: Irina Ursu

TRAFICUL DE OVULE

Dascălu Cristian*
Carpinschi Alexandru**

Abstract

Within the following paperwork we propose ourselves to analyze the incrimination of the ova traffic, which became a significant problem, once with the technological development in the medical and scientific domain, spreading to a global level. In order to invoke the main subjects, in the first part, a short historical presentation of this crime will be lay out, into the second part we will refer to a comparative law study concerning this crime mainly related to the US regulation, in the third part a short analysis will be conceived concerning the ethical way of this problem being perceived and in the last part we will make a de lege ferenda proposal of this crime in Romania.

Cuvinte cheie: Trafic, Ovule, Fertilizare, Recoltare

Scurt istoric

Primul copil facut in eprubetă a fost născut în Anglia. Până în primăvara lui 1983, aproape 150 de copii au fost concepuți cu ajutorul fertilizării in vitro, dar rata de succes a fertilizării in vitro era încă slabă. Între anii 1995 și 1998, pe teritoriul SUA s-a înregistrat o creștere de 37% în ceea ce privește procedurile fertilizării in vitro, ajungându-se de la 59.000 la 81.000 de proceduri de fertilizare. De asemenea în acest interval de timp a crescut și numărul clinicilor de fertilizare de 281 la 360. Fertilizarea in vitro a permis recoltarea ovulelor de la donatoare și implantarea lor la mamele care puteau să aibă o sarcină, dar nu puteau să producă ovule viabile. In literatura medicală de specialitate și în ghidurile pentru pacienți, donarea de ovule a fost înțeleasă ca un tratament de vindecare legal pentru infertilitate.¹

De aproape o jumătate de deceniu, creșterea globală pentru ovule a evoluat în mod necontrolabil în același timp cu industria fertilizării în ceea ce privește prelevarea de ovule, care a devenit un colos global de milioane de dolari. Trei decenii mai târziu după ce a fost introdusă fertilizarea in vitro, în jur de 250.000 de copii făcuți în eprubetă sunt născuți anual. În timp ce majoritatea acestora sunt produsul propriu al mamelor biologice, dorința femeilor mai în vârstă și adesea chiar a celor aflate la menopauză, de a deveni mame, a dus la creșterea rapidă a comerțului cu ovule, o afacere care acum se întinde din Asia până în America, de la cele mai bogate cartiere ale Londrei și Barcelonei până la cele mai nedezvoltate locuri din Rusia, Cipru și America Latină.

Această afacere implică medici binevoitori, grupuri de șarlatani, părinți disperati, și mai rar investitori, precum și cele mai neobișnuite surse: femeii aflate la vârsta fertilității. Femeii din țări sărace își vând ovulele către doctori întreprinzători, care la rândul lor le vând persoanelor înstărite din țările dezvoltate, care aspiră să devină părinți.²

Aceste femei sunt cele mai vulnerabile datorită stării lor materiale precare, multe dintre ele fiind forțate de retribuții financiare sau sociale să ofere terților așa-numitul "surplus" de ovule sau ovulele "în exces" în scop de reproducere sau cercetare.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (bad2boy2john@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Alexandra Jipa;

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (alex_raceman2006@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Alexandra Jipa;

¹Noa Ben-Asher, *The Curing Law: On The Evolution Of Baby-Making Markets*, pag. 1900, Vol. 30, 2009.

²Scott Carney, *Unpacking the Global Human Egg Trade*, 1 septembrie 2010.

O altă categorie de femei vulnerabile sunt cele tinere precum și pseudo-sofisticatele studente care încrezându-se cu bună voință în sistemul medical, sunt recrutate în masă prin metode dolosive de publicitate și constrânse cu sume uriașe de bani în comparație cu statutul lor socio-economic.³

Într-un protocol tipic, se administrează femeii un hormon care eliberează gonadotropină timp de 1-2 săptămâni care oprește ovulația, apoi se injectează gonadotropină ca un hormon stimulator de foliculi pentru a determina dezvoltarea câtorva foliculi conținători de ovule. Un al treilea hormon determină maturarea finală a ovulelor. Acestea sunt apoi colectate prin introducerea unui ac prin peretele vaginului în ovar, în timp ce femeia se află sub anestezie.

În timpul stimulării ovulației pentru donarea ovulelor sau fertilizarea in vitro, femeilor li se administrează medicamente care determină ovarul să producă mai multe ovule simultan față de un singur ovul eliberat în fiecare lună.

Această procedură poate avea efecte secundare de la stări neplăcute la infecții.

Cel mai grav efect secundar îl reprezintă sindromul hiperstimulării ovariene care afectează grav aproximativ 6% din femeile care sunt supuse administrării acestor medicamente.⁴

Modul în care este reglementat traficul de ovule în SUA, precum și în alte state

Se pare ca recoltarea de ovule, așa cum spun specialiștii, reprezintă cea mai nouă formă a traficului uman. Statele Unite reprezintă un lider global în combaterea acestuia și a fost una dintre primele țări care a adoptat un sistem legislativ, care stabilește ca infracțiune traficul uman și impune luarea de măsuri concrete în țară și în afara sa în scop preventiv, de asemenea, pentru a proteja și asista victimele traficului și pentru a aduce în fața justiției infractorii.

În ceea ce privește sistemul legislativ în SUA, vorbim în primul rând despre Actul ca privește protecția traficului victimelor, care a fost adnotat în legislație pe 28 octombrie 2000 și care impune sancțiuni severe pentru cei care au fost condamnați pentru traficul uman. Acest Act, demonstrează angajamentul pe care și l-au asumat SUA de a asista persoanele traficate pe teritoriul său, prin oferirea de asistență și garantarea unei vize de ședere pe o durată de trei ani, dacă își dau acordul să coopereze în procedura de aplicare a legii. Dar, acest Act nu a mers îndeajuns de departe în lupta împotriva traficului uman și în monitorizarea noilor forme de abuz, mai ales acele forme care se dezvoltă ca urmare a progresului tehnologic și medical. Acest Act, are probleme de asemenea în ceea ce privește definirea traficului, care include doar exploatarea sexuală și munca forțată sau obligatorie. Pentru aceasta este necesară o definiție mult mai cuprinzătoare pentru a include și noile forme de trafic uman.

Protocolul Națiunilor Unite pentru Prevenirea, Suprimarea și Pedepsirea Traficului de Persoane, în Special cu privire la Femei și Copii, suplimentând Convenția Națiunilor Unite împotriva Crimei Organizate Internaționale, cunoscută sub numele de Protocolul Traficării dispunând comunității anti-traficare, prima definiție general acceptată a infracțiunii și permite o mai largă interpretare a traficului uman. Protocolul Traficării indică faptul că scopurile exploatării pe care le evocă nu trebuie să fie înțelese ca fiind exhaustive, ci mai degrabă ca un standard minim. În noțiunea de minim este inclusă exploatarea prostituției sau a altor forme de exploatare sexuală, muncă forțată sau servicii, sclavie sau practici similare acesteia, servitute sau prelevarea de organe, toate acestea reprezentând noțiunea de trafic uman.

Articolul 3 din Protocol dispune o definiție mai cuprinzătoare a traficului uman, numind:

- Acte de traficare care includ recrutarea de persoane. Femei tinere sunt recrutate în mod masiv pentru ovulele lor.

³Wojciech A. Krotoski, M.D., Ph.D., M.P.H., *Traffic in Human Oocytes/Ova/Eggs*, pag. 135, Mai 2008, Linacre Quarterly.

⁴W. A. Krotoski, M.D., Ph.D., M.P.H., *The Hippocratic Resource*, Baton Rouge, Louisiana, 16 ianuarie 2007, pag. 1.

- Metode de traficare cum ar fi: forme de constrângere, înșelăciune, escrocherie, abuz de putere sau de o poziție vulnerabilă, ori darea sau primirea de sume de bani sau beneficii.

- Scopuri de traficare: exploatarea, care reprezintă nucleul traficării, în scopul muncii forțate sau serviciilor, sclaviei sau practicilor similare acesteia, servituții sau prelevării de organe.

În martie 2005, Parlamentul European, ca replică la Protocolul Traficării a emis o rezoluție privind condamnarea comerțului cu ovule. Rezoluția, intitulată Rezoluția Parlamentului European cu privire la Comercializarea Ovulelor, a reprezentat un răspuns ferm referitor la exploatarea tinerelor est-europene și a interzis comerțul cu ovocite umane, statuând că recoltarea ovulelor presupune un risc medical ridicat pentru viața și sănătatea femeii. În ciuda serioaselor efecte asupra vieții și sănătății femeii, prețul ridicat plătit pentru ovule incită și încurajează donarea, dată fiind relativa sărăcie a donatoarelor. Uniunea Europeană a adoptat o atitudine fermă cu privire la traficul uman luând la cunoștință de existența unor întâmplări cu privire la câteva tinere care au fost vătămate deosebit de grav în urma procedurii recoltării de ovule, întâmplări petrecute în estul Europei.

Legislația Statelor Unite, recent nu recunoștea traficul de organe ca parte a traficului uman. Totuși Statele Unite a ratificat recent Protocolul Națiunilor Unite cu privire la Traficarea și în mod consecvent s-a angajat să modifice legislația națională, astfel încât aceasta să fie în acord cu prevederile acestui protocol. Cumpărarea și vânzarea de țesuturi umane reprezintă o comercializare a corpului uman, care a fost deja declarată de către legile internaționale ca fiind o ofensă la adresa demnității umane. Donarea de ovule este o formă de trafic a corpului uman.⁵

În Louisiana în anul 2006 în cadrul unei ședințe ordinare a legislativului s-a emis un proiect de lege (HB1234) pentru a facilita donarea de ovule și chiar de embrioni pentru cercetări; un alt proiect de lege (SB452) a fost emis pentru a împiedica astfel de donații; al treilea act reprezentând un proiect de lege pentru viață, dar propus de către deținătorul unei bănci de gameți din afara statului, a fost respins înaintea introducerii. Nici unul dintre aceste proiecte nu au adoptate dar au dat naștere la două comitete de studiu, unul în Camera Reprezentanților (condus de republicanul Jefferson-Bullock propunătorul HB1234) și unul în Senat (condus de senatorul Sharon Weston-Broome propunătorul SB 452).⁶

În ceea ce privește statele Massachusetts și California, ultimul prin Institutul de Medicină Regenerativă din California au emis recent reguli care guvernează cercetarea în domeniul celulelor embrionice stem. Ambele seturi de reguli interzic plata donatorilor de ovule dar permit compensarea pentru plăți directe cum ar fi îngrijirea copiilor și transportul. California este cu un pas înainte permițând femeilor să fie plătite cât timp acestea nu pot munci. Este neclar dacă legislația din Massachusetts permite acest lucru.⁷

Cel mai mare distribuitor de ovule din Europa pare să fie Spania unde zeci de clinici fac reclamă donării de ovule contra cost până la 1000 de euro. Majoritatea clinicilor nu sunt listate pe internet, ci doar cele mai prestigioase sau cele mai moderne. Institutul Marques din Barcelona oferă un program unic în ceea ce privește donarea de ovule unde 75% din costuri sunt returnate în cazul în care sarcina nu reușește. Acest institut cooperează cu o rețea din Statele Unite care își trimite clienții în Spania.⁸

Directiva Uniunii Europene privind țesuturile nu permite nici o formă de retribuție pentru ovulele donate. Donatoarele sunt răsplătite în diferite moduri cum ar fi vacanțe sau gadget-uri etc în schimbul acestei compensații financiare. În general programele de donare a ovulelor nu sunt foarte publicitate, ci sunt înconjurate de secret. Majoritatea clinicilor de fertilizare in vitro nu menționează un program privind donarea de ovule pe site-urile lor oficiale în limba engleză. Această informație

⁵ Michelle Clark, Jennifer Lah, *Egg Donors and Human Trafficking*, 1 aprilie 2008.

⁶ Wojciech A. Krotoski, M.D., Ph.D., M.P.H., *Traffic in Human Oocytes/Ova/Eggs*, pag. 136, Mai 2008, Linacre Quarterly.

⁷ Emily Singer, *Lack of Human Eggs Could Hamper US Cloning Efforts*, 15 iunie 2006.

⁸ *Human Egg Trafficking in Europe*.

este disponibilă doar pe site-urile în limba locală. În orice caz mai multe informații ies la iveală prin urmărirea discuțiilor de pe internet ale grupurilor care vorbesc despre fertilizarea in vitro.

În ceea ce privește problema traficului de ovule în Europa, la 30 iunie 2005 la Bruxelles a avut loc un seminar european care a tratat problema comercializării de ovule și a exploatării femeilor. Printre principalii vorbitori la seminar s-au numărat: Dr. Anna Zaborska, parlamentar din Slovacia, președintele Comisiei pentru Drepturile Omului și Egalitatea de Gen (Partidul Popular European și a Democrațiilor Europeni), care a deschis lucrările seminarului; dna Angela Hickey, Dublin, care a vorbit despre moartea fiicei sale din cauza sindromului de hiperstimulare ovariană și dr. George Măgureanu, avocat român, care a dezvăluit câteva cazuri de comercializare a ovulelor în București. La sfârșitul seminarului, a fost adoptată următoarea declarație:

Noi, o coaliție largită de diferite organizații cu activități, printre altele, și în domeniul politicii femeii și geneticii, susținem întru totul Rezoluția Uniunii Europene asupra comerțului cu ovule umane, adoptată în ședința din 10 martie 2005, și ne opunem ferm traficului de ovule. Cerem, în mod specific, stoparea traficului de ovule din România către Regatul Unit al Marii Britanii și orice alte țări europene care se dovedesc a fi implicate. Așteptăm ca toți factorii responsabili – fie medici, cercetători sau politicieni, atât în Marea Britanie, cât și în România sau în altă parte – să pună capăt exploatării femeilor și comercializării cu materiale ce provin din organismul femeii, indiferent din ce țară ar fi. Atragem atenția asupra Rezoluției Adunării Generale a ONU și salutăm această decizie din 8 martie 2005 (A/59/516/Add.1), împotriva tuturor formelor de clonare, care se referă explicit la necesitatea de a preveni exploatarea femeii.

De asemenea la Bruxelles s-a propus discutarea de urgență pe marginea a următoarelor 8 puncte:

1. Comisia Europeană și statele membre ar trebui să realizeze o evaluare, cât mai curând posibil, a legislațiilor naționale privind donarea de ovule și a sistemului compensator privind donarea de organe și celule reproducătoare și să implice organizațiile interesate în discutarea acestor investigații.

2. Comisia Europeană și statele membre sunt rugate să ofere publicului informații privind cercetarea europeană asupra riscurilor și efectelor pe termen lung a recoltării de ovule și FIV și, respectiv, să stabilească obligativitatea notificării pentru a putea colecta această informație, în scopul de a informa femeile (inclusiv posibilele donatoare), pe deplin, asupra riscurilor medicale, psihice și de altă natură privind aceste practici.

3. Este necesar ca statele membre să impună donații voluntare, neplătite, de țesuturi și celule după cum se cere în artic. 12 (1) a Directivei 23/2004/CE, pentru a evita traficul organismului uman, a părților acestuia și transformarea sa într-o sursă de câștig.

4. Cerem statelor membre și celor candidate la Uniunea Europeană să ia măsurile necesare, înainte de 7 aprilie 2006, când Directiva 23/2004/CE trebuie implementată, pentru a oferi garanții și normative ale unor politici transparente cu referire la cheltuielile și inconveniențele legate de donarea de țesut și celule, precum și de finanțarea tratamentelor FIV.

5. Considerăm că una din temele principale de discuții este necesitatea de a oferi acelor cupluri infertile interesate de donarea de ovule o soluție reală și cerem Comisiei Europene să intensifice și să întărească alternativele pentru prevenirea și tratamentul infertilității, cum ar fi îmbunătățirea tehnologiilor de congelare a ovulelor, finanțarea studiilor privind cauzele infertilității, simplificarea adopției embrionului și o revizuire a legii adopției, susținerea și finanțarea cercetării privind metodele de planificare familială naturală. De asemenea, solicităm să se efectueze cercetarea efectelor pe termen lung a tratamentelor FIV.

6. Am dori să vedem donarea de ovule ca pe o donare de organe în general, reglementată strict de protecția atât a donatorilor cât și a recipientilor și să se evite posibilitatea oricărei forme de exploatare umană. De asemenea, referitor la posibilele riscuri, dorim să atragem atenția că orice

femeie forțată să-și vândă orice parte a corpului său, inclusiv celule reproducătoare, poate deveni o victimă a rețelelor de crimă organizată, ce traficează oameni și organe.

7. Comisia este rugată să aplice principiul subsidiarității în legătură cu alte forme de cercetare pe embrioni și cu cercetarea celulelor embrionare stem așa încât statele membre în care acest tip de cercetare este legal să-l finanțeze din bugetul național și să ia în considerare că finanțarea UE trebuie să se concentreze pe alternative cum ar fi cercetarea celulelor somatice stem și a celulelor din cordonul ombilical, care sunt acceptate în toate statele membre și deja au dat rezultate îmbucurătoare la unii pacienți.

8. Statele membre trebuie să ia toate măsurile pentru a preveni exploatarea femeilor în aplicarea științelor studierii vieții, nu în ultimul rând, în domeniul cercetării pe embrion și a clonării umane, ținând cont, în special, de Rezoluția Adunării Generale a ONU din 8 martie 2005 (A/59/516/Add.1), care se referă explicit la necesitatea de preveni exploatarea femeilor.⁹

O altă țară în care comerțul cu ovule este „în floare” este Cipru, o țară cu mai puțin de un milion de oameni unde sunt în prezent mai multe clinici de fertilizare decât în orice alt loc din lume. Fie că sunt licențiate sau nu, ele oferă fertilizarea in vitro, precum și o gamă de alte servicii de fertilizare, chiar și unele care sunt interzise în alte clinici cum ar fi selectarea sexului. Oamenii vin aici din Israel, din Europa, din toată lumea. Timpul de așteptare este scurt, prețurile sunt competitive, de asemenea există plaje frumoase unde să îți petreci timpul între tratamente, iar îngrijirea este adesea la fel de bună ca în orice altă clinică. Cuplurile care doresc un copil pot găsi ajutor la un preț redus, iar femeile sărace găsesc aici o piață pentru ovulele lor. Cipru reprezintă un bazar al ovulelor care răspunde și se capitalizează pe disperarea ambelor părți în ecuația cererii și ofertei. În absența unei legislații care să reglementeze vânzarea de ovule sau a uneia care oferă o aplicare clară a regulilor cu privire la ceea ce ar trebui să facă clinicile care încalcă normele etice, Cipru este vestul sălbatic al industriei fertilizării artificiale. Întrucât mulți oameni vin aici pentru donarea de ovule, se pare că guvernul a fost luat prin surprindere, fiind nevoit să-și extindă băncile de ovule peste limită.

În Cipru la fel ca în restul Europei, „compensația este permisă, dar plata nu”, spune reprezentantul oficial al ministerului sănătății cipriot care stabilește regulamentul de funcționare a clinicilor de fertilizare de pe insulă.

În Cipru sunt aproximativ 76.000 de femei cu vârsta între 18 și 30 de ani care sunt apte să devină donatoare de ovule. Un doctor din Cipru estimează că au loc cel puțin 1.500 de donații de ovule în fiecare an în clinicile de fertilizare in vitro din țară. Un studiu matematic a arătat faptul că una din 50 de femei eligibile și-au donat ovulele. Este un număr destul de mare în comparație cu cel din America unde una din 14.000 de femei alege să-și doneze ovulele.¹⁰

Anumite țări, precum Israel, impun anumite condiții pentru donarea ovulelor:

- Donatorul trebuie să fie o femeie participantă la programul de fertilizare in vitro și dorește să își doneze ovulele sale;
- Donatorul ovulelor trebuie să fie anonim;
- Donatorul nu are nici drepturi și nici obligații cu privire la copilul născut din ovulele donate;
- Donatorul ovulelor trebuie să fie supus unui control medical pentru boli genetice sau cu transmitere sexuală;
- Donarea ovulelor este permisă doar unei singure femei;
- Mama copilului este prin lege cea care îi dă naștere;

⁹ Pentru o Europă ce respectă valorile și etica.

¹⁰ Scott Carney, *The Cyprus Scramble: An investigation into human egg markets*, 13 august 2010.

• Pentru motive de bunăstare a copilului este recomandat ca atât donatorul cât și cel care primește să fie de aceeași religie. Practica donării de ovule are restricții în cadrul diferitelor religii monoteiste. În Israel căsătoria între persoane de religii diferite poate avea loc.

Legea din Israel statuează că doar copilul unei mame de naționalitate israeliană este privit ca un evreu, fără a se ține cont de religia tatălui său.¹¹

Riscuri și aprecieri etice

Riscuri

Conform tuturor aprecierilor, recoltarea de ovule este o metodă invazivă, o procedură medicală riscantă care necesită ca femeii donatoarea să i se administreze hormoni puternici, de obicei injectabili care la început stimulează și apoi suprimă ovarele. Femeile sunt mai întâi puse într-o menopauză chimică și apoi le sunt administrate doze puternice de medicamente pentru a le hiperstimula ovarele. Până la 10% din femeile supuse procedurii vor suferi de sindromul hiperstimulării ovariene cu simptome incluzând încetarea funcționării organului, probleme de respirație și chiar moartea. Un număr considerabil de femei și-au pierdut deja viața prin această procedură. Medicamentul cel mai des folosit pentru stoparea ovarelor este Lupron care poate avea ca efecte secundare dureri ale articulațiilor, dificultăți respiratorii, dureri în piept, depresie, amnezie, hipertensiune sau astm. Sindromul hiperstimulării ovariene reprezintă un răspuns exagerat și de obicei neprevăzut la terapia de inducție a ovulației, în care permeabilitatea capilarelor este crescută și fluidul este mutat din spațiul intravascular în al treilea compartiment. Există de asemenea preocuparea că femeile care recurg la mai multe cicluri de stimulare hormonală ar putea duce la creșterea riscului ca acestea să facă cancer ovarian mai târziu.

Aprecieri etice

Controversele etice privind clonarea umană și studierea celulelor stem pe de o parte, precum și donarea de către femei a ovulelor pentru fertilizarea in vitro pentru a produce copii pe de altă parte sau pentru cercetări, au propriile lor limitări etice. Acestea provin în mare parte din riscurile cercetării, un potențial ridicat pentru exploatarea donatorilor săraci și beneficii sociale îndoelnice, bazată pe realitatea nevoii teoretice contra disponibilității.

Etica Medicală

Cercetarea medicală asupra oamenilor se bazează pe Jurământul lui Hipocrat, Declarația de la Geneva a Asociației Medicale Mondiale, Codul Internațional de Etică Medicală și Declarația de la Helsinki (cu privire la cercetările biomedicale), alături de altele.

În urma realizării unui calcul de către doctorul Pia de Solenni, director al diviziei de Infertilitate și Endocrinologie Reproductivă din centrul de tratament din Evanston s-a ajuns la concluzia că, pentru a trata doar diabetul în statele Unite ar fi nevoie de cel puțin 29 de milioane de femei donatoare de la care să se sintetizeze celulele embrionice stem din ovulele donate de acestea în vederea terapiei cu celule stem. Această acțiune ar avea ca singur efect moartea imediată și sigură a 580 de femei în scopul de a trata doar o singură boală.

O altă estimare făcută de către doctorul David Prentice, fost angajat al Universității de Stat din Indiana actual membru în Consiliul de Cercetare Familială bazându-se pe cea mai mare eficiență de clonare obținută la animale 20-30%, sunt cerute aproximativ 50 de ovule per tratament. Date fiind 17 milioane de cazuri de diabet în Statele Unite, ar fi necesare un minim de 850 de milioane de ovule recoltate de la 85 de milioane de femei din America. În realitate în America sunt doar 60 de milioane

¹¹ Joseph G. Schenker, *Legal Aspects of ART Practice in Israel (Journal of Assisted Reproduction and Genetics, Vol. 20, Nr. 7, iulie 2003), pag. 254.*

de femei aflate la vârsta reproductivă, deci mai puțin decât minimumul necesar și este incert faptul că acestea vor dori să își doneze ovulele.¹²

Modul în care este privit traficul de ovule în România și modul în care ar trebui să fie incriminată aceasta

În România situația donării de ovule confruntă o natură controversată. Pe de o parte este permisă donarea de ovule doar în scopul cercetării medicale fără a fi retribuită. Pe de altă parte donarea de ovule este prohibită în situația în care în schimbul acestora donatoarea ar obține o sumă de bani.

În ultima perioadă se pare că România așa cum afirmă majoritatea tabloidelor și sondajelor, a devenit „raiu” traficului de ovule, datorită slabei reglementări din acest domeniu. Echivocul cu care este reglementat acest domeniu lasă loc de interpretare pentru persoanele interesate să obțină profit de pe urma recoltării de ovule de la femeile cu o stare materială precară fără a lua în considerare iminența riscurilor la care le supun ca urmare a neinformării subiecților. Preponderența stării materiale precare și a lipsei de educație a subiecților îi împinge pe aceștia spre o mare de probleme în timp ce doctorii ce recoltează ovule sunt propulsați într-o lume unde nu există griji. În România sunt cunoscute numeroase cazuri ce privesc traficul de ovule, cel mai mediatizat dintre acestea fiind cel al clinicii Sabyc condusă de doctorii israelieni Harry Mironescu și fiul acestuia Yair Miron. În acest caz procurorii au stabilit că traficul cu ovule de la clinica Sabyc din București reprezintă o formă de exploatare a femeii și o violare a valorilor etice. În motivarea deciziei de arestare a doctorului Harry Mironescu, proprietarul clinicii, a fiului său Yair Miron și a Ceciliei Borzea, persoanele înputernicite să trateze cu clienții, Tribunalul București a decis că activitățile lor încalcă normele etice întrucât au fost câteva femei care în mod repetat au donat ovule către diferite femei, iar copiii acestora din punct de vedere genetic sunt frați.

Judecătorii au argumentat de asemenea că doctorii de la clinica Sabyc au profitat de pe urma dificultăților financiare în care se aflau câteva tinere românce fără educație și le-au oferit în schimb bani pentru ovulele lor. Cei trei au fost acuzați de asociere în vederea comiterii de infracțiuni și trafic organizat de celule umane cu scopul de a obține câștiguri materiale.

În același caz s-a început urmărirea penală împotriva a 22 de persoane. Harry Mironescu a fost acuzat și de nerespectarea prevederilor care guvernează procedura recoltării și transplantului de organe, țesuturi și celule de origine umană în scopuri terapeutice.

Grupul infracțional pe de o parte identifica cupluri care nu puteau avea copii pe cale naturală și care căutau reproducere umană asistată, iar pe de altă parte aceștia recrutau tinere românce cu vârste între 18 și 30 de ani care în schimbul a 800-1000 lei erau de acord să doneze ovulele necesare procedurii fertilizării in vitro și să fie supuse ulterior stimulării artificiale ovariene și recoltării de ovule. Embrionii ce urmau a fi implantați, erau obținuți în cadrul clinicii urmând ca ovulele recoltate de la femei contra cost să fie utilizate în procedura de fertilizare în săptămânile următoare și în absența aprobării Agenției Naționale de Transplant pentru acreditarea acestei activități.

Vorbind despre traficul de ovule de la clinica Sabyc, directorul Agenției Naționale de Transplant, doctorul Victor Zota, a relatat Agerpres că legea a fost încălcată întrucât așa cum prevede, orice transplant de celule trebuie să fie lipsit de retribuție. Mai mult Dr. Zota a relatat faptul că majoritatea cadrelor medicale din clinică cunoșteau dispozițiile legale.

Fostul ministru al Sanatatii Ion Bazac a semnat, in 23 septembrie, un ordin prin care a fost scoasa in afara legii efectuarea contra cost a procedurilor de fertilizare in vitro si a celor de inseminare artificiala, procedurile de reproducere umana intrand sub incidenta traficului de celule umane.

¹² Wojciech A. Krotoski, M.D., Ph.D., M.P.H., *Traffic in Human Oocytes/Ova/Eggs*, pag. 136-139, Mai 2008, Linacre Quarterly.

Ordinul, prin care se abroga un articol din Legea transplantului, a fost publicat în 29 septembrie în Monitorul Oficial, el fiind emis de Ioan Bazac cu puțin timp înainte de a demisiona.

Concret, ordinul abroga un articol care dădea voie spitalelor de stat și clinicilor private să facă fertilizarea *in vitro* și înseminare artificială contra cost, măsura ministerială venind pe fondul scandalului de la clinica Sabyc, spun surse medicale.

Întrucât în România numărul cazurilor care privesc traficul de ovule crește pe zi ce trece, propunem *de lege ferenda* ca această faptă penală să fie incriminată de sine stătător și de a nu mai fi inclusă în cadrul infracțiunii care privește traficul de organe, țesuturi și celule umane, care se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani, ci să fie sancționată cu o pedeapsă mai mare întrucât presupune riscuri mult mai grave.

Motivăm această propunere prin faptul că această infracțiune reglementată de sine stătător constituie o infracțiune complexă și în același timp esențială în scopul protejării vieții și sănătății donatoarelor, precum și în împiedicarea persoanelor interesate de a comite înșelătorii. De aceea considerăm că această infracțiune ar trebui introdusă în categoria infracțiunilor privitoare la viața persoanei. De asemenea cu ocazia reglementării de sine stătătoare a acestei fapte penale va fi necesară și stabilirea pedepselor pentru infracțiunea tip și pentru formele sale agravate. Formele agravate pot consta în: disfuncții ale organelor, îmbolnăvirea victimelor (ex. sindromul hiperstimulării ovariene), iar forma cea mai gravă a infracțiunii, are loc în cazul în care a survenit moartea victimei.

Concluzii

Din pricina importanței valorilor sociale ocrotite nereglementarea acestei infracțiuni ar duce la o șubrezire a încrederii populației în puterea preventivă și coercitivă a statului de a stopa acest fenomen.

De asemenea statul prin nereglementarea ca infracțiune a acestei fapte va avea de suferit pierderi bugetare importante deoarece prin efectuarea a astfel de proceduri, sume importante de bani pot fi sustrate circuitului economic.

În era biotehnicii, corpurile femeilor devin o sursă de făcut profit chiar și pentru cei care pretind a fi doctori și ar trebui să le protejeze sănătatea. Mai multă atenție ar trebui acordată luptei împotriva practicilor abuzive ale clinicilor de fertilizare *in vitro* care urmăresc exploatarea și manipularea femeilor. Aceasta reprezintă o provocare pentru grupurile feministe din secolul 21.

Referințe bibliografice:

- Center for Genetics and Society, <http://www.genetics-and-society.org/resources/background/eggreaction.html>.
- Extracted from *Nature* 442 (August 2006): 607–608; L. Brinton, *Reproductive Biomedicine Online* 15 (2007).
- L. Brinton, *Reproductive Biomedicine Online*; M.A. Rossing et al., *New England Journal of Medicine*.
- M.D. Althuis et al., *Am. J. Epidemiol.* 161 (2005).
- *The World Medical Association Declaration of Helsinki*, <http://www.fda.gov/oc/health/helsinki89.html>.
- <http://www.handsoffourovaries.com/blog/category/press-releases>.
- Cambridge Genetics Knowledge Park, <http://www.cambridgenetwork.co.uk>.
- Institute on Biotechnology and the Human Future, Chicago Kent College of Law, http://www.thehumanfuture.org/commentaries/commentary_solenni2.html.
- P. Solenni “*Women’s Health: Consequences of Human Egg Donation: Report Before the Massachusetts State Legislature*, February 16, 2005,” <http://www.physiciansforlife.org>.
- President’s Council on Bioethics, <http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/research.html>.
- Legal Aspects of ART Practice in Israel Joseph G. Schenker *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Vol. 20, No. 7, July 2003.

- Reproduction Daniela E. Cutas, *On a Romanian Attempt To Legislate on Medically Assisted Human.*
- Noa Ben-Asher, *The Curing Law: On The Evolution Of Baby-Making Market.*
- Scott Carney, *Unpacking the Global Human Egg Trade.*
- Wojciech A. Krotoski, M.D., Ph.D., M.P.H., *Traffic in Human Oocytes/Ova/Eggs.*
- W. A. Krotoski, M.D., Ph.D., M.P.H., *The Hippocratic Resource.*
- Michelle Clark, Jennifer Lah, *Egg Donors and Human Trafficking.*
- Emily Singer, *Lack of Human Eggs Could Hamper US Cloning Efforts.*
- Scott Carney, *The Cyprus Scramble: An investigation into human egg markets.*

TERORISMUL ABORDARE INTERDISCIPLINARĂ

Alexandru MESZAR*

Abstract

The present paper, entitled „Terrorism-interdisciplinary approach”, sets out a general analysis to a widespread phenomenon, called „terrorism”, a term that carry strong negative connotations and is highly-charged, both politically and religiously. The essay is divided into seven parts which outline the terrorist acts from different angles, starting with his evolution, continuing with the „unseen and obscure face” of its members and ending with the most prestigious terrorist organizations. From a legislative point of view, the paper presents an integrative analysis of the provisions included in the Romanian „terrorist legislation”. Towards the end there are also presented personal and general appreciations. In the final analysis, I would say that the paper, albeit short in length, gives food for thought as it has many meanings that should be looked for beyond words.

Keywords: *terrorist organizations, criminal liability, criminal law, terrorist techniques.*

1. CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND NOȚIUNEA DE „TERORISM”

Noțiunea de „terorism” a fost cunoscută omenirii, chiar dacă la un nivel mult mai „denaturat” față de cel actual, încă de la începutul istoriei, în accepțiunea prezentă termenul consacându-se, în mare parte, după Revoluția Franceză din 1789. Mai mult, se consideră ca termenul de terorism este cunoscut încă din Antichitate¹, Vechiul Testament vorbind despre așa-ziii „prototeroriști”, promotori ai violenței și terorii, care trăiau înainte de Potopul Biblic, generic denumiți „nefilimi”².

O primă încercare de definire a termenului de „terorism” a aparținut juriștilor romani, în *Lex Apuleia*, din anul 103 Î.Hr, prin care era incriminată orice acțiune externă sau internă care viza organizarea etatică-*Crimen majestatis*.

În concepția românească, terorismul îmbracă forma internațională „când urmărește să complice sau să determine ruperea relațiilor pașnice dintre state, să înlature anumiți oameni politici indezirabili unor cercuri străine sau să influențeze prin intimidare politică internă sau externă a unui anumit stat”³, constituind astfel una dintre cele mai eficiente „tehnici de război psihologic”.

În ceea ce privește încercările de definire a fenomenului la care ne referim, într-un sens larg, trebuie învederat faptul că nu există o definiție unanim acceptată care să acopere exhaustiv noțiunea de terorism, (nici pe plan intern, nici pe plan mondial noțiunea de terorism nu a fost dedusă definitiv), iar aceasta datorită întocmai caracterului ubicuu al fenomenului și totodată datorită multelor scopuri care îl animă și îi constituie principii diriguitoare.

Astfel, caracteristicile tipice ale actelor teroriste sunt: acțiunea violentă menită să atragă atenția generală a publicului, un scop politic material sau confesional ce motivează comiterea sa, faptul că actul în sine este îndreptat asupra unui individ sau grup de persoane, clase sociale sau altui stat, ca și a unor indivizi ce reprezintă interesele acestora, convingerea absenței altor oportunități sau

* Student Academia de Poliție „Alexandru I. Cuza” București. Lucrarea a fost elaborată sub coordonarea Conf.univ.dr. Mirela Gorunescu.;

¹ C.Constantin, M.C. Merloiu, „Considerații generale privind cauzele și factorii care generează terorismu”¹, în Revista de studii și cercetări juridice Pro Patria Lex, nr.6-7/2005, pag.99-103.

² „Care îi fac pe alții să cadă”, în ebraică.

³ G.Geamănu, *Dreptul internațional contemporan*, vol.al II-lea, Ed.Didactică și Pedagogică, București,1975, pag. 459.

posibilități de a ajunge la scopul urmărit⁴. Puternic motivat politic, terorismul presupune, mai întotdeauna, un pronunțat simț al nedreptății sau in justiției sociale ori politice față da autorii sai. El blamează, nu de puține ori, o instanță sau o autoritate politică, considerând că respectiva in justiție ori nedreptate nu poate fi înlăturată decât printr-o metodă intempestivă. Din acest considerent fenomenul autodefinindu-se sub sintagma „*tactica ultimei soluții*”.

Indiferent de forma de manifestare sau de actorii participanți, terorismul și ai săi lachei își canalizează „eforturile creatoare” prin prisma unor ideologii proprii, cărora, de alt fel, le acordă primordialitate în raport cu alte principii sau valori, încercând în subsidiar să-și justifice actele în considerarea unor scopuri interpretate, de către majoritatea covârșitoare a indivizilor, în dimensiunea lor peiorativă.

Teroriștii, și, deci, terorismul, au evoluat peste ani, la fel cum organismele evoluează biologic, îmbătrânesc și își reînnoiesc veșmintele pentru a se adapta timpului și realității⁵, din punctul de vedere al indivizilor și al securității lor acest fenomen continuând să producă reverberații dintre cele mai reprobabile.

2. ETAPELE ȘI FORMELE DE MANIFESTARE A TERORISMULUI

Ca principală formă de război planetar, terorismul reprezintă unul dintre cele mai laborioase și „organizate” pericole. Cercetările ulterioare ale anchetelor instrumentate în legătură cu cele mai sângeroase atentate și acte teroriste au scos la iveală existența unor etape premergătoare judicios urmate, o pregătire ce nu de puține ori avea în spate mii de ore de cercetare, zeci de profesioniști. *Mutatis mutandis* o analiză asemănătoare unei „operații chirurgicale de mare risc”.

Astfel, din experiența pozitivă a specialiștilor și analiștilor din domeniu a rezultat că un act terorist, presupune (cel puțin) parcurgerea următoarelor etape (folosite de regulă și în războiul informațional), în funcție de particularitățile motivaționale și scopurile urmărite:

- atenta selecționare a combatanților din rândul unor categorii puternic motivate social, ideologic sau religios, dedicate total unei cauze;
- pregătirea specială în centre, tabere sau scoli organizate pe teritoriul unor state permissive, propice dezvoltării unui aparat vindicativ față de „opozanți”;
- organizarea unor largi rețele informative în vederea identificării și studierii obiectivelor atacurilor;
- infiltrarea executanților în țările și obiectivele de atacat;
- punerea în aplicare a “blitzkrieg-ului terorist” (executarea rapidă, prin surprindere, a atacurilor).

Deși nu există o unanimitate între specialiștii din domeniul politologiei, sociologiei sau al celui militar relativ la definirea fenomenului de “*terrorism*” aceștia se înțeleg oarecum în ceea ce privește tipurile general-reprezentative de terorism, respectiv distingerea clară între terorismul de stat – exercitat de agenții specializate, care dețin monopolul coerciției – și terorismul politic – exercitat de „teroriștii clasici”, practicat la începuturile sale la nivel intern, apoi la nivel internațional. Acesta din urmă are ca autori indivizi sau grupuri bine pregătite și puternic motivate etnic, religios, politic, ș.a m.d

Relativ la formele de manifestare a fenomenului la care facem referire, Departamentul de Stat al S.U.A. aprecia, după anii '90, ca fenomenul poate fi regăsit sub următoarele forme principale:

- terorism organizațional, materializat prin grupuri omogene politic, însă incapabile să dezvolte simpatia și sprijinul popular în favoarea pozițiilor lor radicale, fiind nevoite să apeleze la acte violente pentru a-și câștiga influența (ex. 17 Noiembrie, din Grecia, Grapo, IRA-ULTZA și ETA

⁴ I.Brisenco, N.Jdanov, *Terrorism and International Law*, Moscova, 1984.

⁵ I.Luca, N.Ghinea, N.Neagu, M.Marcoci, *Protecția juridică a României împotriva criminalității transnaționale*, Ed.Pro Universitaria, 2010, pag.280.

din Spania, RAF-ul, din Germania, Celulele Combatante, din Belgia etc.). Unele grupări au devenit între timp transnaționale (ex. Abu Nidal, din Palestina, Armata Roșie japoneză);

- terorismul insurgent, practicat de separatiștii etnici, de rebelii politici etc. Acțiunile acestora sunt de natură paramilitară sau de gherilă. Deseori, prin actele lor, erodează puternic credibilitatea grupului, legitimitatea și sprijinul acestuia (ex. Armata Populară – aripa comunistă, din Filipine);

- terorismul sponsorizat, care implică sprijinirea grupărilor și a activităților acestora de către state suverane. Exemple edificatoare în această direcție fiind țări precum Irak, Iran, Libia sau Afganistan, sponsorizarea de stat putând atinge mai multe grade de implicare, pornind de la cea directă, continuând cu o încurajare asistată logistic și material și sfârșind cu o implicare privind dotarea sau asistența instrucțională.

După câte se poate observa, terorismul actual, ca fenomen de amploare, se prezintă prin modalități dintre cele mai variate, fiecare fiind unică în felul ei și individualizându-se prin participanți, obiective și finalități înadins urmărite.

Prin esența sa, însă, terorismul rămâne o problema politică. Astfel, oamenii aparținând lumii politice, diplomației, structurile forțelor informativ-operative trebuie să țină seama de impactul produs de orice tip de răspuns la un act terorist, de consecințele asupra intereselor politice și naționale și, mai ales, de costurile economice, politice, sociale sau financiare prilejuite de răspunsul astfel preconizat. Contraatacurile excesive aplicate organizațiilor teroriste, uciderea unor oameni nevinovați prin amplexarea pedepsei au dovedit deseori ca duc la rezultate opuse dorințelor de eradicare a fenomenului. Or o eradicare, *stricto sensu*, nu este cu putință. De aceea, se impune cu stringență o analiză integrativă a fenomenului, o mai atantă înțelegere a factorilor motivați care stimulează acțiunile teroriste, izvoarele acestuia și în funcție de aprecierea cumulativă a acestor considerente să se aibă în vedere soluția coercitivă, conform veridicității expresiei proverbiale “*învață ceea ce știe magiceanul și nu o să ți se mai pară magie*”

3.CIBERTERORISMUL

-NOUL FLAGEL AL “CRIMINALITĂȚII TERORISTE”-

“...terorismul zilei de mâine ar putea fi capabil să provoace daune mai mari cu un keyboard decât cu o bombă”

Terorismul cibernetic poate fi considerat cea mai nouă formă de manifestare a fenomenului terorist, situându-se pe direcția dezvoltării accelerate a societății și în strânsă legătură cu noile oportunități aduse în urma dezvoltării accelerate a tehnologiei informatice, aceste oportunități fiind speculate din plin de către așa-numiții “teroriști cibernetic” pentru a-și atinge scopurile subversive.

Mânași de apetitul insașiabil pentru afirmare, aceștia și-au translatat o mare parte din valorile politice și religioase proprii pe tărâmul înaltelor tehnologii și, implicit, pe cel al lumii cibernetică, atât de propice dezvoltării lor organizationale (datorită multelor avantaje pe care la prezintă)

‘Deplasarea “afacerilor” teroriste pe terenul virgin al internetului nu s-a produs întâmplător, ci din rațiuni cât se poate de pragmatice, rațiuni ce țin de faptul că “această mega-rețea planetară prezintă practic cel puțin trei avantaje de marcă: abolirea distanțelor, costuri minime, și o fațadă și mai anonimă”⁶.

Având în vedere plaja largă de oportunități pe care dezvoltarea tehnologiei informatice o aduce, este de la sine înțeles că metodele de contracarare a atacurilor terorist-cibernetice trebuie să se situeze pe același calapod. Analizând prin prisma modului în care au evoluat tehnicile teroriste precum și *modus-ul operandi* al teroriștilor, considerăm că cel mai mare pericol este reprezentat de

⁶ Serge Le Doran, Philippe Rose, *Ciber-Mafia*, Ed.Antet, București, 1998, pag.153.

posibilitatea ca în viitorul apropiat grupările teroriste să atace și să pentreze rețele de importanță național-strategică și de apărare a statelor.

Sub avantajele internetului, teroriștii pot lansa atacuri de o mare precizie și greu detectabile, din orice colț al mapamondului, și pot infecta sisteme informatice cu viruși complecși, ceea ce ar atrage, pe cale de consecință, însemnate disfuncționalități și inadvertențe pentru organizarea etatică.

Un exemplu inatacabil și edificator este cazul virusului “I LOVE YOU”, care, la 1 Mai 2001, a infectat rețeaua de internet, pătrunzând în sistemele de apărare ale instituțiilor guvernamentale, parlamentare și ale corporațiilor din întreaga lume distrugând peste 45 de milioane de rețele informatice inclusiv cele ale Pentagonului sau ale Parlamentului Britanic, cu consecințe și daune incommensurabile (aproximativ 6,7 miliarde USD).

Într-o analiză integrativă, putem afirma, pe veridic temei, faptul că ciberterorismul este o problemă actuală a cărei reușită este mult garantată de opacitatea și de caracterul transnațional și de anonimitate al fenomenului, acesta manifestându-se la un nivel multilateral-dezvoltat, incluzând: panică în rândul populației, destabilizări politice și economico-financiare, sabotaje, prăbușirea securității infrastructurii de stat sau furturi de materiale și echipamente militare.

Putem conchide, astfel, că terorismul cibernetic se conturează tot mai mult ca principala formă de terorism contemporan al cărui principal apanaj îl constituie anonimitatea, fiind aproape imposibil de detectat (în timp util, proactiv) identitatea celui care se află în spatele click-ului generator de panică și teroare. Paradoxal este faptul că sistemele informatice sunt cu atât mai vulnerabile cu cât tehnologia informatică se află pe un teren încă necercetat suficient pentru a soluționa proactiv și pozitiv fenomenul la care ne referim.

“Este un paradox al timpurilor noastre: deși tehnologiile avansate fac ca economia noastră să fie atât de dinamică iar forțele militare atât de puternice, de asemenea ne fac pe noi mult mai vulnerabili.

Și în fiecare zi ne convingem că această amenințare nu este doar teoretică...”

(Condoleezza Rice, Fost consilier pe probleme juridice al Președintelui SUA)

4. FAȚA NEVAZUTĂ A TERORISMULUI

“INTELECTUALII TERORII”

În ceea ce privește actele teroriste, am putut observa gama variată a mijloacelor de manifestare a “fenomenului terorii”. Însă câți dintre noi am privit vreodată terorismul prin prisma personalității și, impropriu spus, a moralității actorilor acestui de temut fenomen? Cu alte cuvinte, ce întruchipare ar lua teroarea generată de un terorism trecut prin prisma rațiunii și a valorilor pe care mulți dintre noi le cultivăm (pregătire profesională temeinică, dorință de afirmare profesională, autoperfecționare, ș.a m.d.) ?

Sunt teroriștii doar niște „automate ale morții”, lipsite de orice fel de legături cu lumea autentică a spiritului, a culturii și a trăirii...? Judecând după faptele la care s-au dat cei mai mulți dintre ei, am avea toate premisele să credem că „DA”...!

Însă, nu rare sunt cazurile în care biografiile unora dintre cei mai cunoscuți și de temut teroriști ascund „secrete” surprinzătoare, atât în ceea ce privește formarea profesională, cât și profilul și potențialul lor intelectual.

Spre exemplificare, „Che” Guevara frecventează Facultatea de Medicină din Buenos Aires începând cu anul 1948. Potrivit mărturiilor unor apropiați ai săi, era un bun cunoscător de poezie universală (Neruda, Keats, Machado, Lorca, Mistral, Vallejo, Whitman), iar în biblioteca sa, care se crede că îngloba peste 3.000 de volume, puteau fi întâlnite, în afară de lucrări de Marx, Engels, Lenin, și scrieri datorate unor autori ca Nehru, Franz Kafka, Albert Camus, Sartre, Anatol France, Wells sau Frost.

În timpul studenției, întreprinde o călătorie pe motocicletă, redactând un text care ulterior a fost publicat și ecranizat. Familiarizat cu ideile lui Sigmund Freud, Guevara considera că profilul lui spiritual se poziționează între narcisism și complexul lui Oedip⁷.

Poate nu este lipsit de interes să amintim un alt exemplu edificator și anume: Ramírez Sanchez (supranumit „Șacalul”), deși nu a urmat studii superioare, a reușit să învețe, limbile arabă, rusă, engleză și franceză, la un nivel apreciabil.

Mai mult, majoritatea covârșitoare a persoanelor din conducerea grupului RAF (Frațiunea Armata Roșie), una dintre cele mai active grupări teroriste de extremă stângă, cu orientare comunistă, din Republica Federală Germania, au urmat studii universitare. Ideologia sa a fost puternic influențată de unele scrieri ale lui Antonio Gramsci sau Herbert Marcuse care, în volumul său *One Dimensional Man (Omul unidimensional)*, consideră că doar grupurile restrânse de studenți sau muncitori se pot împotrivi „sistemului” capitalist.

„Studenții” Al-Qaeda

Și unii membri ai organizației Al-Qaeda au beneficiat de studii universitare. Însuși Osama Bin-Laden a urmat, în perioada 1968-1976, cursurile unei instituții de învățământ de elită din Arabia Saudita, Al-Thager Model School. Ulterior, Bin Laden urmează studii de economie și de administrare a afacerilor la King Abdulaziz University. După alte surse, el ar fi obținut o diplomă și în domeniul ingineriei civile, dar există o serie de informații după care Bin Laden nu și-ar fi terminat nici un studiu. Oricum, în tinerețe, interesul lui principal s-a manifestat în interpretarea Coranului și a preceptelor privind „razboiul sfânt” („Jihadul islamic”).

Dar cei mai mulți dintre teroriștii islamici s-au format în „școlile religioase” din Pakistan, unde, în afara studiului Coranului, erau familiarizați și cu tehnicile atentatelor. De altfel, chiar denumirea de „talibani” este echivalentă cu aceea de „studenți

Un alt exemplu reprezentativ este persoana lui *Mohamed Atta*⁸, conducătorul grupului celor 19 teroriști care au desfășurat sângeroasele atentate de la 11 Septembrie 2001. După ce studiază arhitectura la Universitatea din Cairo, Atta se înscrie la Universitatea Tehnică din Hamburg. Periodic, se deplasează în diferite teritorii unde participă la activități teroriste.

Din gruparea de studenți viitori atentatori la 11 septembrie 2001, au mai făcut parte Marwan Yousef al-Shehhi, care a urmat un institut de lingvistică la Bonn (devenind un excelent vorbitor de limbă germană), Ziad Samir Jarrah, care a urmat cursuri la o altă universitate din Germania, la Greiswald, Zacarias Moussaoui, care a urmat chiar studii de masterat la o universitate din Londra.

În ceea ce privește întrebarea pe care o formulam la început, este clar că o formație universitară superioară sau preocupările intelectuale nu sunt o garanție a calității umane a purtătorilor lor, putând produce, în ultimă instanță, un efect de “bumerang” mortal.

5. CARACTERIZAREA GENERICĂ A „INFRAȚIUNII DE TERORISM”

1. Considerații preliminare privind evoluția terorismului în viziunea internațională.

Savantul penalist român Vespasian Pella, prin lucrarea sa, intitulată „*La criminalité collective des etats et le droit pénal de l'avenir*”, analizând răspunderea penală a statelor, a ridicat și problema răspunderii penale internaționale a persoanelor fizice, în general, precum și a răspunerii autorilor de infrațțiuni teroriste cu caracter internațional, în special, prevăzând chiar instituirea unui plan de colaborare internațională și crearea unei „Curti” penale internaționale⁹.

⁷ Complexul Oedip evidențiază instinctul sexual al copilului atras de parintele de sex opus, văzând concomitent în parintele de același sex un posibil rival. Fenomenului îi este corespondent „complexul Electra”-pentru fete- **Sigmund Freud**, *Lecții de psihanaliză*, Ed.Mediarex, București, 1995, pag.80-82.

⁸ Individul care a pilotat avionul prabușit asupra clădirii World Trade Center din New York.

⁹ **Ion.T.Amuza**, „Preocupări pentru deținerea, incriminarea și sancționarea terorismului ca infrațțiune internațională”, în Revista de studii și cercetări juridice „Pro Patria Lex”, nr.6-7/2005, pag.104-113.

Astfel, cu prilejul primei conferințe de unificare a dreptului penal¹⁰ s-a introdus, printre *delicta iuris gentium*¹¹, un text care făcea referire la stadiul „embrionar” în care se afla terorismul, respectiv „folosirea cu intenție a unor mijloace idonee să ducă la un pericol comun”. Sintagma „pericol comun” urma să fie pusă, cu întâietate, pe ordinea de zi a Conferinței de la Bruxelles din 1930, sub denumirea de „*acte de terorism*”.

Aportul savantului român Vespasian Pella a fost unul semnificativ iar meritele sale de necontestat, în ceea ce privește încercarea de plasare într-un cadru legal a acestui fenomen, au fost înobilate cu prilejul întrunirii unui Comitet al Ligii Națiunilor, compus din delegați provenind din 18 țări. „*Savantul nostru coleg, domnul V.V. Pella, delegat al României, a examinat problema terorismului într-un excelent raport pe care l-a prezentat Comitetului. Inițiativei sale, mai ales, se datorește redactarea celor două proiecte asupra cărora s-a oprit Comitetul: un proiect de convenție internațională pentru reprimarea terorismului și un anteproiect de constituire a unei Curți penale internaționale*”¹².

În fața unui asemenea pericol care, în secolul nostru a devenit un adevărat flagel, statele au luat o atitudine netă de respingere și hotărârea de a-l reprima, colaborând în acest scop. Mijlocul principal de combatere, la nivel internațional, a terorismului, îl constituie numeroasele convenții încheiate și documente (rezoluții) adoptate în acest scop¹³, iar după cel de-al Doilea Război Mondial, pe fondul unei recrudescențe și potențări a fenomenului terorist, și, mai ales, din cauza tentei exclusiv-politice care i s-a dat, au fost adoptate un număr de convenții, dintre care unele se referă la combaterea actelor terorite săvârșite împotriva șefilor de stat sau a altor persoane oficiale, (altele pentru a asigura securitatea în domeniul navigației aeriene și a navigației maritime)¹⁴.

România este parte la toate convențiile anterior menționate relativ la combaterea terorismului, având încheiate nenumărate acorduri și angajamente pe plan regional și în cadru bilateral, țara noastră fiind un partener de încredere ce participă efectiv la acțiunile care se organizează la nivel internațional pentru prevenirea și combaterea fenomenului la care am făcut referire.

Transpuse prin prisma legislativă, susținerile venite din partea României, și-au găsit expresia în adoptarea Legii nr. 535 din 25 Noiembrie 2004 privind prevenirea și combaterea terorismului¹⁵ care a răspuns necondiționat amenințărilor teroriste care se dezvoltă ireversibil, conferind actelor teroriste statut oficial de acte infracționale, incriminate și pedepsite ca atare.

2. Incriminarea actelor teroriste conform Legii nr.535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului.

Conform prevederilor art. 2 din Legea nr 535/2004, faptele săvârșite de entitățile teroriste¹⁶ sunt sancționate potrivit prevederilor legii în cauză dacă este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele cerințe:

¹⁰ Desfășurată la Varșovia, în 1927.

¹¹ Idem.

¹² **Niko Gunzburg**, „*Raport pentru cea de-a 5-a Conferință Internațională pentru unificarea dreptului penal*”- Actes de la Conférence-Paris, 1935, pag.167.

¹³ Convenția pentru prevenirea și reprimarea terorismului-Geneva, 1937, (adoptată în urma atentatului ucigaș de la Marsilia);

¹⁴ Convenția asupra prevenirii și pedepsirii crimelor împotriva persoanelor protejate pe plan internațional, inclusiv agenții diplomatici-adoptată de Adunarea Generală a O.N.U., în 1973; Convenția împotriva luării de ostatic-adoptată în cadrul O.N.U. în 1979; Convenția internațională împotriva recrutării, folosirii, finanțării și instruirii de mercenari (1989); Convenția privind securitatea personalului Națiunilor Unite și a celui asociat adoptată la New York în 1994 (ca urmare a atacurilor deliberate împotriva personalului Națiunilor Unite și a celui asociat); Convenția pentru reprimarea actelor ilicite îndreptate contra securității aviației civile (Montreal, 1971).

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României nr.1161 din 8 Decembrie 2004.

¹⁶ Conform prevederilor art. 4 din Legea nr.535/2004, prin “entitate teroristă” se înțelege orice persoană, grupare, grup structurat sau organizație care comite sau participă la acte teroriste, care se pregătește să comită acte teroriste, care promovează sau încurajează terorismul ori care sprijină, sub orice formă, terorismul.

a) să fie săvârșite, cu violență și să producă stări de neliniște, nesiguranță, teamă, panică sau teroare în rândul populației;

b) să atenteze grav asupra factorilor umani specifici și nespecifici, precum și asupra factorilor materiali;

c) să urmărească realizarea unor obiective specifice, de natură politică, prin determinarea autorităților statului sau a unei organizații internaționale să dispună, să renunțe sau să influențeze luarea unor decizii în favoarea entității teroriste în cauză.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile cuprinse în același act normativ¹⁷ constituie acte de terorism următoarele infracțiuni, (cu condiția să fie săvârșite în condițiile prevăzute mai sus):

a) infracțiunile de omor, omor calificat și omor deosebit de grav, (art. 174-176 CP), vătămarea corporală și vătămarea corporală gravă, (art. 181 și 182 CP), precum și lipsirea de libertate în mod ilegal, (art. 189 CP);

b) infracțiunile prevăzute în art. 106-109 din Ordonanța Guvernului nr. 29/1997 privind Codul aerian, republicată;

c) infracțiunile de distrugere, (art. 217 și 218 CP);

d) infracțiunile de nerespectare a regimului armelor și munițiilor, de nerespectare a regimului materialelor nucleare și al altor materii radioactive, precum și de nerespectare a regimului materiilor explozive, (art. 279, 279¹ și 280 CP);

e) producerea, dobândirea, deținerea, transportul, furnizarea sau transferarea către alte persoane, direct ori indirect, de arme chimice sau biologice, precum și cercetarea în domeniu sau dezvoltarea de asemenea arme;

f) introducerea sau răspândirea în atmosferă, pe sol, în subsol ori în apă de produse, substanțe, materiale, microorganisme sau toxine de natură să pună în pericol sănătatea oamenilor sau a animalelor ori mediul înconjurător;

g) amenințarea cu săvârșirea faptelor prevăzute la lit. a)-f).

De asemenea, sunt asimilate actelor de terorism și următoarele fapte¹⁸:

a) procurarea, deținerea, confecționarea, fabricarea sau furnizarea ori, după caz, producerea de mijloace distructive, substanțe toxice, materiale, microorganisme sau alte substanțe ori mijloace vătămătoare, de natură să pună în pericol sănătatea oamenilor sau a animalelor ori mediul înconjurător, în scop terorist;

b) recrutarea, instruirea sau pregătirea entităților teroriste în vederea folosirii armelor de foc, munițiilor, explozivilor, armelor chimice, biologice, bacteriologice sau nucleare, precum și în scopul facilitării ori comiterii de acte de terorism;

c) înlesnirea intrării/ieșirii în/din țară, găzduirea ori facilitarea accesului în zona obiectivelor vizate al persoanei despre care se cunoaște că a sprijinit/săvârșit sau urmează să sprijine/săvârșască un act terorist;

d) culegerea și deținerea, în scopul transmiterii, ori punerea la dispoziție de date și informații despre obiective vizate de teroriști, fără drept;

e) promovarea unor idei, concepții sau atitudini în scopul susținerii cauzei și/sau a activității entității teroriste;

f) spălarea de bani, bancruta frauduloasă, actele de corupție, șantajul, traficul de persoane, traficul ilicit de droguri și precursori, contrabanda, traficul cu autoturisme furate, falsificarea de monedă sau de alte valori, precum și orice alte infracțiuni având ca finalitate realizarea unui profit în folosul entității teroriste;

g) orice alte fapte comise cu intenția de a sprijini, înlesni, ascunde sau de a determina săvârșirea actelor de terorism.

¹⁷ Art. 32 alin. (1) din Legea nr.535/2004.

¹⁸ Art. 33 alin. (1) din Legea nr.535/2004.

De asemenea, constituie infracțiune și asocierea în vederea constituirii ori inițierea constituirii unei asocieri în scopul săvârșirii de acte de terorism ori aderarea sau sprijinirea, sub orice formă, a unei astfel de asocieri.¹⁹

Conform referențialului normativ, constituie infracțiuni și faptele de punere la dispoziția unei entități teroriste a unor bunuri mobile sau imobile, cunoscând că acestea sunt folosite pentru sprijinirea sau săvârșirea actelor de terorism, precum și realizarea ori colectarea de fonduri, direct sau indirect, ori efectuarea de orice operațiuni financiar-bancare, în vederea finanțării actelor de terorism²⁰, fapta de amenințare a unei persoane sau a unei colectivități, prin orice mijloace, de natură să pună în pericol sănătatea oamenilor, a animalelor ori mediul înconjurător²¹, precum și fapta unei persoane care, fără un motiv întemeiat, alarmează publicul, oamenii, organele specializate pentru a interveni în caz de pericol ori organele de menținere a ordinii publice, prin corespondență, telefon sau orice alte mijloace de transmitere la distanță, în condițiile arătate anterior (cu răspândirea ori folosirea de produse, substanțe, materiale, microorganisme sau toxine) dacă fapta este de natură să pună în pericol sănătatea oamenilor, a animalelor ori mediul înconjurător²².

În lumina celor prezentate, se poate observa paleta largă a infracțiunilor sub al căror *modus operandi-verbum regens* se pot ascunde actele teroriste.

O trăsătură comună a tuturor prevederilor din cadrul legislațiilor naționale este faptul că ele nu abordează infracțiunile teroriste prin prisma planului internațional, reglementările respective prevăzând reprimarea actelor teroriste sub forma infracțiunilor de drept comun²³.

Pe lângă caracterizarea specifică fiecărei infracțiuni dintre cele care, așa cum am arătat, pot servi ca suport infracțiunii principale de terorism, suscită interes caracterizarea generală a actului terorist, văzut *lato sensu*, în considerarea căruia o persoană-subiect activ- care a săvârșit una dintre infracțiunile mai sus prezentate îmbracă forma generică a teroristului²⁴.

Astfel, spre exemplificare, „simpla” infracțiune de vătămare corporală prezintă, sub aspectul repercuzării în plan intelectual și volitiv, o intenție canalizată spre cauzarea de vătămări corpului sau sănătății persoanei. Însă aceleași acte săvârșite în considerarea unei calități aparte cum este cea de terorist distorsionează întrutotul latura subiectivă a „simplei” infracțiuni de vătămare corporală, întregul conținut fiind, practic, eclipsat de actul terorist în sine. Fără a neglija conținutul constitutiv al acestora, putem spune, pe veridic temei, că ar putea fi reținută o infracțiune de sine stătătoare, pentru care, în cele ce urmează vom încerca o prezentare generală de rigoare.

a) Latura obiectivă a „infracțiunii de terorism”

Din punct de vedere noțional, latura obiectivă, reprezintă activitatea întreprinsă de către un subiect, prin ale cărei urmări se aduce atingere unor relații sociale determinate protegute prin normele de drept penal.

Este unanim acceptat faptul că pentru existența laturii obiective a unei infracțiuni se cere ca activitatea întreprinsă (elementul material) să fie generatoare (legătura de cauzalitate) de consecințe socialmente periculoase (urmarea periculoasă), indiferent că se traduc, în plan fizic-extern, sub formă de acțiune sau de inacțiune.

¹⁹ Art. 35 alin. (2) din Legea nr.535/2004.

²⁰ Art. 36 alin. (1) din Legea nr.535/2004.

²¹ Art. 37 alin. (1) din Legea nr.535/2004.

²² Art. 38 din Legea nr.535/2004.

²³ **Ion.T.Amuza**, „Preocupări pentru definirea, incriminarea și sancționarea terorismului ca infracțiune internațională”, în Revista de studii și cercetări juridice „Pro Patria Lex”, nr.6-7/2005, pag.104-113.

²⁴ Conform prevederilor art. 4 din Legea nr.535/2004, în accepțiunea termenului de “terorist” intră atât persoana care a săvârșit o infracțiune prevăzută expres în textul legii, cât și cea care intenționează să pregătească, să comită, să faciliteze sau să instige la acte de terorism.

Astfel, terorismul se atribuie la infracțiunile de categorie specială care pun în pericol viața și sănătatea oamenilor. Legiuitorul, în asemenea cazuri, străduindu-se să protejeze cât mai eficient valorile cărora li se aduce atingere de consecințele potențialmente periculoase, leagă momentul consumării faptei de două elemente inseparabile ale laturii obiective, respectiv: fapta în sine și apariția pericolului real. Pe cale de consecință, raportul de cauzalitate trebuie stabilit (raportat) întotdeauna între activitatea ilicită întreprisă, realizată prin diferite modalități, și momentul creării pericolului pentru viața unui număr nedeterminat de persoane, deteriorarea clădirilor, instalațiilor, transportului, punerea în pericol concret a societății privite din perspectivă umană.

Ca element de bază al laturii obiective, elemntul material al actelor teroriste se poate prezenta sub felurite forme evidențiate printr-un verbum regens care gravitează în jurul acțiunilor ce țin de sfera pregătirii, planificării, comiterii, coordonării și controlului asupra unui act terorist. („procurarea, deținerea, confecționarea, fabricarea sau furnizarea ori, după caz, producerea de mijloace distructive”, „pune stăpânire”, „comite un act de violență”, „amenințarea”, „alarmarea”, „rănește sau ucide orice persoană” etc.).

Condiția de bază care se cere a fi îndeplinită este aceea a reprezentării actului respectiv în conștiința autorului lor care să și-l asume *intuitu personae*, în considerarea propriei calități, de apartenență la valorile sociale puternic motivate moral, politic sau religios, și, totodată, în considerarea materială a actelor astfel realizate, pe care să le considere vindicative, aducătoare de satisfacții personale și apte a provoca panică, intimidare sau subminarea autorității diferitelor organisme etatice sau internaționale.

Relativ la urmarea imediată periculoasă, orice act infracțional specific terorismului îmbracă forma unei modificări negative de esență în planul realității înconjurătoare care își găsește oglindirea în existența premiselor reale pentru lezarea dreptului la viață, la integritatea fizică, la libertate individuală, patrimoniu sau a oricăror valori sociale protejate prin lege.

În cazul comiterii unui act de terorism, pericolul se realizează prin survenirea unor consecințe palpabile, materiale (daune fizice, de natură patrimonială) dar și nemateriale (daune morale). Dacă e să ne referim la consecințele nemateriale, ele nu se reflectă în obiectele reale ale lumii înconjurătoare și de facto nu pot fi înregistrate sau măsurate²⁵.

b) Latura subiectivă a „infracțiunii de terorism”

Privită dintr-un punct de vedere antagonic (spre deosebire de componenta obiectivă) latura subiectivă exprimă atitudinea psihică a subiectului infracțiunii în raport cu activitatea infracțională astfel materializată în plan exterior. Cu alte cuvinte, dacă latura obiectivă se materializează printr-un act material exterior, componenta subiectivă exprimă o atitudine psihică intrinsecă.

Doctrina penală face referire, în ceea ce privește conținutul acestei laturi, la elementul său de bază, respectiv: *vinovăția*, ca trăsătură esențială a infracțiunii, (alături de care se mai face referire la *mobilitate și scop*).

Din perspectiva laturii subiective, a vinovăției, terorismul se înfățișează indubitabil sub forma unei infracțiuni intenționate, comisive actele infracționale fiind determinate legal ca infracțiuni cu scopuri specifice. În toate cazurile autorul unor astfel de acte teroriste prevede rezultatul socialmente periculos al acestora, urmărind ca ele să se producă. De aceea, ele se pot săvârși numai cu forma de vinovăție-intenție directă, persoana în cauză conștientizează caracterul periculos al faptelor sale și prevede nu numai posibilitatea, dar și, de regulă, iminența consecințelor și dorește înfăptuirea acestora prin săvârșirea faptelor respective. Din acest considerent considerăm că actele infracționale specifice terorismului nu pot fi săvârșite și cu forma de vinovăție: intenție indirectă. (întrucât este de

²⁵ Conform normelor juridico-penale, urmările zise „nemateriale”, care nu pot lua formă fizică, fie se includ în conținutul constitutiv inerent laturii obiective, încorporate în componenta materială, fie rămân în afara componenței infracțiunii, neluându-se în considerare sub formă de componentă formală.

neconceput că astfel de acte ar putea atrage o reprezentare psihică volitivă diferită din partea autorului lor astfel încât acesta să prevadă rezultatul periculos al acestora, și, totodată, fără ca în prealabil să-l fi urmărit, să accepte posibilitatea producerii lui).

Analizând esența *scopurilor*²⁶ terorismului, deducem că acestea nu sunt omogene din punctul de vedere al conținutului, acest fapt datorându-se caracterului ubicuu al fenomenului terorist în sine. Pe de altă parte nu trebuie scăpat din vedere faptul că scopul „pur terorist” este determinat, indiferent de forma de manifestare, de dorința de a se impune unor subiecte (organisme de stat, autorități publice, persoane fizice) luarea unor decizii conforme cu voința teroriștilor.

Dacă scopul în săvârșirea infracțiunii de terorism este o condiție indispensabilă²⁷, motivul nu este neapărat să poarte un caracter determinat, (de exemplu politic- influențarea politicii interne și externe a statului, destabilizarea liniștii publice etc.) în sensul plener al cuvântului.

c) Infracțiunile teroriste-apanajul „infracționalității constituite”

Organizația teroristă *Hezbollah*, gruparea teroristă *Al-Qaeda*, organizația Bască (Spania) societatea secretă Ku-Klux-Klan, ETA din Spania, RAF-ul,(din Germania), Celulele Combatante(din Belgia), Armata Populară – aripa comunistă,(din Filipine), Brigăzile Roșii italiene, Escadroanele Morții, în Brazilia, reprezintă doar o parte dintre exemplele tipice de grupuri infracționale de factură terorist-diversionistă.

Realitatea demonstrează că cele mai sângeroase acte teroriste s-au săvârșit de către persoane aparținând unei grupări teroriste individualizate. Resimțirea unificării în jurul unui nucleu infracțional organizat este lesne de înțeles. Gradul de pericol social este net mai ridicat iar actele teroriste au o forță incontestabil mai mare dacă sunt grevate pe spiritul de apartenență la aceleași valori și principii conservate în sânul unui grupări, în sensul cel mai plener al termenului. De regulă, în cadrul unei „celule” teroriste se respectă principiul ierarhizării, însă nu este exclusă nici organizarea de tip ad-hoc, constituită în considerarea unor „atacuri fulger”, organizate, din punct de vedere teritorial, în diferite părți ale zonelor de conflict. Însă și acest gen de colaborare (ad-hoc-între membri ai unor organizații aflate în părți diferite ale lumii) se face în considerarea apartenenței la „marea familie teroristă”.

De multe ori sentimentul apartenenței la anumite valori sociale diriguitoare este atât de potențat încât se exclude o altă apartenență decât cea susținută. Un exemplu corespunzător este cazul unificatorului Ramzi Yousef, cel care a pus bazele unui astfel de grup(ad-hoc), generic numit Armata de Eliberarea, al cărei scop calificat declarat a fost îndeplinirea „operațiunii WTC” din 26 Februarie 1993. Astfel, acționând independent, mica celulă autonomă condusă de acest lider a împiedicat autoritățile să o raporteze la apartenența unei alte organizații teroriste, ca de exemplu grupul coordonator Al-Qaeda condus de Osama Bin-Laden, revendicând atacul în nume exclusiv propriu.

O caracteristică veritabilă a terorismului motivat psihologic este necesitatea pronunțată de a aparține unui grup individualizat prin trăsături aparte. Cu trecerea timpului stabilitatea din interiorul unor astfel de grupări crește iar componenții săi sunt gata să slujească intereselor nutrite de sentimentul apartenenței comune chiar cu prețul vieții. Aceasta cu atât mai mult cu cât apartatul inoculator al oricărui grup terorist funcționează la „turație maximă” pe toată durata de existență a acestuia. Mai mult, primirea sau aderarea de noi membri sunt trecute cu minișotitate prin filtrul valorilor astfel susținute, ceea ce face ca cea mai mică incompatibilitate să atragă interdicția aderării.

²⁶ Doctrina și legislația penale fac referire, de asemenea, la scopul infracțiunii definindu-l ca finalitatea urmărită de către subiectul de drept prin comiterea faptei prohibite de lege.

²⁷ Conform prevederilor art. 2 din Legea nr 535/2004, faptele săvârșite de entitățile teroriste sunt sancționate potrivit prevederilor cuprinse în aceasta dacă autorul lor urmărește realizarea unor obiective specifice, de natură politică, prin determinarea autorităților statului sau a unei organizații internaționale să dispună, să renunțe sau să influențeze luarea unor decizii în favoarea entității teroriste în cauză.

Singurele concesi care se fac sunt cele spijinite din rațiuni de pregătire profesională (primirea unor persoane a căror pregătire de specialitate îi recomandă). Astfel, din ce în ce mai mult, grupările teroriste își recrutează membri cu experiență în domenii strategice (programare computerizată, comunicații, inginerie, chimie, științe, medicină, fizică,) a căror controlare corespunzătoare poate asigura reușita acțiunilor distructive²⁸.

Pe când aptitudinile comandourilor teroriste de elită din anii 70 erau deseori limitate la ceea ce ei învățaseră în taberele de antrenament, teroriștii contemporani, specialiștii operațiunilor teroriste de amploare, includ pregătiri de specialitate în varii domenii: biologie, IT, inginerie, fizică.

Dincolo de formele sale specifice, practicate în timp de pace, terorismul apare și în conflictele armate, mai ales în cele destructurate (precum cele de pe teritoriul Somaliei), care se transformă în acte de banditism colectiv, cu efecte catastrofale pentru populațiile civile.

6. SISTEMUL NAȚIONAL DE PREVENIRE ȘI COMBATERE A TERORISMULUI

MANAGEMENTUL INVESTIGATIV AL DIRECȚIEI DE INVESTIGARE A INFRAȚIUNILOR DE CRIMINALITATE ORGANIZATĂ ȘI TERORISM

Conform prevederilor cuprinse în Legea cadru nr. 535/2004, prevenirea și combaterea terorismului se realizează în conformitate cu prevederile convențiilor internaționale privind reprimarea terorismului, la care țara noastră este parte, precum și cu respectarea reglementărilor internaționale și a legislației interne referitoare la drepturile omului.

La nivel național activitatea de prevenire și combatere a terorismului se organizează și se desfășoară în mod unitar, potrivit legii mai sus menționate. În acest scop cooperarea în domeniu se realizează sub forma unui "Sistem național de prevenire și combatere a terorismului" (SNPCT), la care participă o multitudine de autorități și instituții publice²⁹.

Conform referențialului normativ, în structura Serviciului Român de Informații-ca autoritate națională în domeniu-se înființează Centrul de coordonare operativă antiteroristă, (CCOA), prin intermediul căruia SRI asigură coordonarea tehnica a SNPCT.

Astfel, Ministerele și celelalte autorități și instituții publice cu atribuții pe linia aplicării prevederilor legi-cadru au obligația de a sesiza Serviciul Român de Informații cu privire la persoanele fizice și juridice suspecte de săvârșirea sau de favorizarea în orice mod a actelor de terorism.

În scopul prevenirii și combaterii actelor de terorism și a faptelor asimilate acestora, autoritățile și instituțiile publice componente ale SNPCT desfășoară activități specifice, individual sau în cooperare, în conformitate cu atribuțiile și competențele lor legale și cu prevederile Protocolului general de organizare și funcționare a Sistemului național de prevenire și combatere a terorismului, aprobat de Consiliul Suprem de Apărare a Țării, respectiv:

- a) activități informativ-operative;
- b) activități împotriva fluxurilor de alimentare cu resurse umane a entităților teroriste, desfășurate în interiorul și/sau în exteriorul teritoriului național;
- c) activități împotriva fluxurilor de alimentare cu mijloace specifice de acțiune, precum și cu resurse financiare, logistice sau informaționale a entităților teroriste, desfășurate în interiorul și/sau în exteriorul teritoriului național;

²⁸ Ramzi Yousef-absolvent al unei prestigioase universități din Marea Britanie(Swansea University); Osama Bin-Laden a recurs, de asemenea, la recrutarea unor „profesioniști”, în special cei cu experiență în dezvoltarea WMD- arme de distrugere în masă în scopuri teroriste.

²⁹ Serviciul Român de Informații, cu rol de coordonare tehnică; Ministerul Administrației și Internelor; Ministerul Finanțelor Publice; Ministerul Integrării Europene; Ministerul Justiției; Serviciul de Informații Externe; Serviciul de Protecție și Pază; Serviciul de Telecomunicații Speciale; Parchetul de pe lângă I.C.C.J.; B.N.R.; O.N.P.C.S.B.; Ministerul Comunicațiilor și Tehnologiei Informației, s.a m.d.

d) activități de pază, protecție și alte forme speciale de descurajare realizate de forțele unor autorități și instituții publice din componența SNPCT, pentru asigurarea securității principalelor categorii de factori umani și de obiective autohtone ori străine de pe teritoriul național, precum și a principalelor obiective românești din străinătate, potențial vizate de entități teroriste;

e) activități de pregătire a intervenției în urgențe civile, generate de acțiuni teroriste, în vederea limitării și combaterii efectelor acestora;

f) activități de informare și relații publice;

g) activități de cooperare internațională și de instruire și perfecționare profesională;

i) activități destinate optimizării continue a cadrului legislativ aplicabil categoriilor de misiuni ce revin SNPCT, inclusiv sub aspect penal și procesual-penal.

În cazul unui atac terorist, Serviciul Român de Informații, prin unitatea specializată, execută intervenția contrateroristă, independent sau în cooperare cu alte forțe abilitate, pe întregul teritoriu al țării, asupra obiectivelor atacate sau ocupate de teroriști, în scopul capturării ori anihilării acestora, eliberării ostaticilor și al restabilirii ordinii legale. Intervenția contrateroristă se execută cu aprobarea CSAT și se realizează potrivit metodologiei elaborate de SRI, metodologie aprobată prin hotărâre a Consiliului Suprem de Apărare a Țării. În funcție de amploarea și de natura acțiunii teroriste, la solicitarea SRI pot fi angrenate, în condițiile legii, forțe cu misiuni specifice din cadrul Ministerului Administrației și Internelor, Ministerului Apărării Naționale și Serviciului de Protecție și Pază, precum și din alte structuri din sistemul securității și apărării naționale.

Relativ la activitatea de culegere a informațiilor în cauzele în care sunt suspectate persoane implicate în pregătirea, organizarea sau săvârșirea unor acte teroriste³⁰ organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale, în cazuri justificate, pot să solicite autorizarea efectuării unor activități specific-informative, constând în: interceptarea și înregistrarea comunicațiilor, căutarea unor informații, documente sau înscrisuri 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.

Dacă judecătorul apreciază că solicitarea este justificată, o data cu încheierea de admitere acesta emite un mandat³¹ prin care autorizează efectuarea activităților propuse. Durata de valabilitate a mandatului nu poate depăși 6 luni (în cazuri temeinic justificate judecătorii desemnați special de către președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție pot prelungi durata acestuia, fiecare prelungire neputând depăși 3 luni).

Conform prevederilor legale în vigoare sunt interzise orice operațiuni financiar-bancare între rezidenți și nerezidenți, sau între nerezidenți, constând în operațiuni de cont curent sau de cont de capital, inclusiv operațiunile de schimb valutar³², efectuate pentru sau în contul persoanelor fizice ori juridice prevăzute în anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 159/2001³³. În acest sens activele persoanelor în cauză sunt blocate, fiind interzis orice transfer, prin orice modalitate, inclusiv bancară.

În sprijinul autorităților și instituțiilor mai sus enumerate, precum și pentru o mai eficientă luptă împotriva comiterii sau finanțării actelor teroriste, în cadrul Direcției Generale de Combatere a Criminalității Organizate au fost puse bazele unei direcții specializate în domeniu, respectiv **DIRECȚIA DE COMBATERE A FINANȚĂRII TERORISMULUI ȘI SPĂLĂRII BANILOR A**

³⁰ Sau amenințările la adresa securității naționale a României, prevăzute la art. 3 din Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României

³¹ Solicitarea, emiterea și punerea în aplicare a mandatului se fac cu respectarea prevederilor Legii nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate.

³² Astfel cum sunt ele definite prin reglementările valutare emise de Banca Națională a României.

³³ Privind prevenirea și combaterea utilizării sistemului financiar-bancar în scopul finanțării actelor de terorism, aprobată prin Legea nr. 466/2002.

cărei principală direcție investigativă are în vedere infracțiunile de spălare a banilor murdari proveniți din infracțiuni de factură judiciară. La nivel teritorial își desfășoară activitatea ofițeri specializați în investigarea acestui tip de infracționalitate.

În aceeași direcție, (precum și în vederea investigării infracțiunii de spălare a banilor) cooperarea cu instituții și organisme se situează pe aceleași coordonate, astfel: cu Agenția Națională de Adiminstrare Fiscală, Direcția Generală de Tehnologie a Informațiilor³⁴, Direcția Stabilitate Financiară și cea de Supraveghere³⁵ (ambele din acdrul BNR), Departamentul de Luptă Antifraudă (din cadrul Guvernului României), iar pe linia, în special, a bioterorismului, și cu INTERPOL, care, în 2004, cu sprijinul ONG-ului american SLOAN, a înființat o unitate specializată la nivelul Secretariatului General, cu rol în dezvoltarea unor programe fiabile privind amenințările biologice, promovarea unei linii legislative solide, precum și în încurajarea și sprijinirea cooperării interinstituționale în domeniul prevenirii actelor de bioterorism³⁶.

Magnitudinea criminalității este percepută doar odată cu declanșarea marilor seisme financiare, cu inventarierea actelor teroriste, finanțate generos de organizațiile criminale și cu prăbușirea imperiilor financiare construite pe baza profiturilor obținute din contrabandă, evaziune fiscală, spălare de bani, precum și din traficul cu armament³⁷.

Legătura indisolubilă dintre aceste trei elemente, infracționalitatea economico-financiară, crima organizată și actele de terorism trebuie să constituie principala pârgie de conștientizare că soluționarea nu poate veni decât printr-o strategie globală care să fie cu un pas înaintea imaginației concertate a celor „trei coloși” ai omenirii contemporane terorizate. *Iar aceasta nu este o sarcină de o singură zi...*

7. CONSIDERAȚII FINALE

Având în vedere cele mai sus prezentate se poate desprinde, pe veridic temei, concluzia în conformitate cu care terorismul, văzut în cel mai plenar conținut al său, este un pericol ce începe să prindă rădăcini tot mai adânci în solul civilizației iar, pe de altă parte, necesitatea stringentă de a-l combate este, sau cel puțin ar trebui să fie, situată pe aceleași coordonate.

“Pacea mondială nu poate fi asigurată fără a face eforturi creatoare proporționale cu pericolele care o amenință”... spunea fostul ministru francez al afacerilor externe, Robert Schuman în Declarația din 9 Mai 1950. Chiar dacă nu formele incisive de atac ale terorismului au stat în spatele acestei declarații, nu este mai puțin adevărat faptul că necesitățile actuale în materie de securitate trebuie să se suprapună, într-o măsură considerabilă, veridicității acestui citat.

Ceea ce am arătat anterior nu reprezintă altceva decât stări faptice care, analizate obiectiv, atestă faptul că pericolele care stau în drumul bunului mers al omenirii se desprind în mare măsură din universul atroce al „terorii teroriste”.

Or cum am putea raspunde unei astfel de amenințări³⁸, știut fiind faptul că cea mai bună cale de apărare este atacul? Cu siguranță soluția stă în cunoașterea inamicului și, în subsidiar, în încercarea de anticipare și contracararea a „viitoarelor mutări”, soluție înnobită de solidaritate și

³⁴ Se solicită, cu avizul scris al procurorului care asigură instrumentarea cauzei, situația conturilor deschise (curente sau de depozit) de către persoanele fizice sau juridice la instituțiile de credit din România

³⁵ Se solicită furnizarea de date și informații din baza de date a Centralei Incidentelor de Plăți, precum și în vederea efectuării de verificări specifice la nivelul instituțiilor de credit și al celor financiare nebancale cu privire la ilegalitățile săvârșite cu ocazia efectuării anumitelor operațiuni bancare.

³⁶ A se vedea, Ghidul INTERPOL de planificare și răspuns la un incident bioterorist.

³⁷ C. Voicu, *Criminalitatea organizată în domeniul afacerilor*, Ed. Pildnen, pag. 35, 2006.

³⁸ „Oh... voi cei de pretutindeni, strângeți legăturile în jurul națiilor lor, rupeți-i în bucăți, distrugeți-le economia, instigați corporațiile una împotriva celeilalte, distrugeți-le ambasadele, atacați-le interesele, scufundați-le navele și distrugeți-le avioanele. Omorâți-i pe pamânt, pe mare și în aer, ucideți-i oriunde îi găsiți” (Sheikh Abdel Rahman dintr-o închisoare a Statelor Unite)

unitate globală. Trebuie să conștientizăm că prevenirea și încercarea de combatere a “fenomenului terorii” nu pot fi realizate unilateral...este o realitate faptul că bătălia astfel pornită nu va avea succes dacă nu va înțelege să strângă sub același drapel forțele dedicate ordinii din toată lumea, întrucât, *“dacă îți cunoști inamicul și pe tine însuși, nu trebuie să-ți fie frică de rezultatul a sute de bătălii. Dacă te cunoști pe tine însuși dar nu și pe inamic, pentru fiecare victorie vei suferi și o înfrângere. Dacă nu te cunoști nici pe tine nici inamicul vei întâlni înfrângerea la fiecare bătălie”*

SUN TZU, Arta Războiului

ANEXA Nr.1.

„ORGANIZAȚIA TERORISTĂ HEZBOLLAH”

Una dintre cele mai temute organizații teroriste ce se manifestă în plan transnațional este Organizația teroristă Hezbollah. Cunoscută și sub alte denumiri precum „Jihadul islamic”, sau „Organizația Dreptății Revoluționare”. Formată în anul 1982, ca replică la invazia Israelului în Liban, această grupare radicală šiită are scop crearea Republicii Islamice de tip iranian în Liban și îndepărtarea tuturor influențelor non-islamice din zonă. Este orientată împotriva Israelului și Occidentului. Are strânse legături cu Iranul și acționează frecvent cu sub conducerea Teheranului, dar a desfășurat și activități care nu au avut aprobarea acesteia. Această grupare teroristă se reclamă ca fiind un aliat strategic al Siriei, ajutând-o la înlăturarea dezideratelor politice din regiune.

Potrivit informațiilor deținute de serviciile secrete, în România sunt activi aproape 100 de adepți ai acestei organizații. Popularitatea Hezbollahului a crescut odată cu venirea la conducere a Șeicului Hassan Nasrallah în anul 1992, funcție ocupată cu largul concurs al Ayatollahului Khamenei. Printre obiectivele imediate revendicate se numără eliberarea teritoriului cunoscut sub denumirea de „fermele Shebaa” din sudul Libanului și sprijinirea palestinienilor, iar ca obiective pe termen lung gruparea teroristă își propune transformarea Libanului într-o țară islamică, precum și lupta continuă împotriva intereselor strategice ale SUA în regiune.

Într-un discurs difuzat de Al Manar în 21 martie 2002, în viziunea șeicului Nasrahallah, SUA este sursa principală a răului în lume și sursa principală de terorism în lume. Din punctul de vedere al activității efective, Hezbollah-ul este suspectat că ar fi orchestrat următoarele atacuri:

- atacul asupra ambasadei și a cazărmilor marinei americane din Beirut, cu o mașină capcană condusă de un sinucigaș, în octombrie 1983;
- atacul asupra clădirii anexă a Ambasadei SUA din Beirut în septembrie 1984;
- atacul organizat asupra Ambasadei Statului Israel din Buenos Aires în 1992;
- atacarea centrului cultural israelian din Buenos Aires în 1994;

Mesajul primei linii de lideri ai Hezbollah a fost unul care chema la Jihad sau la luptă sfântă împotriva Vestului și împotriva Israelului. Începând cu 1985, sloganul a devenit *„Fiecare dintre noi este un soldat combatant atunci când aude chemarea la Jihad. Allah este cel care ne sprijină și ne protejează în timp ce noi inculcăm teama în inimile inamicilor noștri.”*

Liderul Hezbollah a continuat în aceeași tradiție, dar a pus accent și pe ajutorarea comunității shiite ale cărei nevoi erau complet ignorate de stat. În Liban, circula o legendă, care s-a confirmat a avea o doză de adevăr. Speaker-ul Parlamentului, Ahmed Assad a fost întrebat, de ce el, ca reprezentant al comunității, nu face mai mult pentru a eradica analfabetismul. Răspunsul acestuia a fost că fiul său Kamel merge la una din cele mai bune școli din țară și acest fapt e suficient pentru întreaga comunitate. Hezbollah a construit și administrează unități de învățământ, spitale, organizații caritabile, de fapt încercând prin acțiunile sale să se substituie entității statale. Simbolismul e foarte important în cultura arabă și musulmană. Culoarea verde folosită pentru a scrie numele partidului reprezintă teritoriul păcii, iar culoarea galbenă din jur reprezintă teritoriul care trebuie câștigat de partea lui Allah. Teritoriul păcii este acela în care se respectă legea islamică, Sharia. Agenda

Partidului lui Dumnezeu este de a transforma Libanul într-o țară islamică, așa după cum stă scris și în cartea partidului și, de a impune legea islamică în regiune.

Uniunea Europeană nu consideră Hezbollah ca fiind o organizație teroristă. În anul 2000 când s-a pus această problemă pe plan internațional și a existat un lobby puternic din partea Statelor Unite și a Israelului, Franța, Belgia, Grecia, Spania, și Suedia s-au opus luării unei asemenea decizii.

Referințe bibliografice

1. ACTE NORMATIVE

- **Codul Penal al României**, Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2010.
- **Legea nr. 535 din 25 Noiembrie 2004 privind prevenirea și combaterea terorismului** (Publicată în Monitorul Oficial al României nr.1161 din 8 Decembrie 2004).
- **3.Legea nr. 161/2003-Titulul III „Prevenirea și combaterea criminalității informatice”**(Publicată în M.Of. nr.279 din 21 Aprilie 2003).
- **Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 159/2001 privind prevenirea și combaterea utilizării sistemului financiar-bancar în scopul finanțării actelor de terorism**, aprobată prin Legea nr. 466/2002.
- **Legea nr.39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate** (Publicată în M.Of nr.50 din 29 Ianuarie 2003)
- **Hotărârea Consiliului Suprem de Apărare a Țării nr. 36** din 5 Aprilie 2002 privind *Strategia națională de combatere a terorismului*.
- **Strategia de Securitate Națională a României**, adoptată prin Hotărârea Parlamentului României nr.36 din 18. Decembrie 2001.

2. CURSURI, STUDII, ARTICOLE

- **V. Costică**, *Acțiunile terorist-diversioniste și implicațiile acestora asupra securității naționale a României*, Ed. M.A.I, 1996.
- **V. Costică**, *Criminalitatea organizată în domeniul afacerilor*, Ed. Pildnen, 2006.
- **G.Geamănu**, *Dreptul internațional contemporan*, vol.al II-lea, Ed.Didactică și Pedagogică, București, 1975.
- **I.Brisenco, N.Jdanov**, *Terrorism and International Law*, Moscova, 1984.
- **I.Luca, N.Ghinea, N. Neagu, M.Marcoci**, *Protecția juridică a României împotriva criminalității transnaționale*, Ed.Pro Universitaria, București, 2010.
- **V. Costică, A. Boroi**, *Dreptul penal al afacerilor*,ed.a 3-a, Ed.CH.Beck,București 2006
- **Serge Le Doran, Philippe Rose**, *Ciber-Mafia*, Ed.Antet, București, 1998
- **Niko Gunzburg**, *„Raport pentru cea de-a 5-a Conferință Internațională pentru unificarea dreptului penal”*- Actes de la Conférence-Paris, 1935, pag
- **Ion.T.Amuza**, *„Preocupări pentru deținerea, incriminarea și sancționarea terorismului ca infracțiune internațională”*, în Revista de studii și cercetări juridice „Pro Patria Lex”, nr.6-7/2005
- **C.Constantin, M.C. Merloiu**, *„Considerații generale privind cauzele și factorii care generează terorismul”*, în Revista „Pro Patria Lex”, nr.6-7/2005.
- **Maria Nemoianu** – *„Considerații cu privire la actele de terorism incriminate prin Ordonanța de Urgență nr.141/2001”*, (pentru sancționarea unor acte de terorism
- și a unor fapte de încălcare a ordinii publice), Pro-Lege nr. 3/2002.
- **Ilie Botoș** – *„Mecanismele informative de control și documentare a activităților circumscrise terorismului”*, Pro-Lege nr. 4/2004
- **Codruț Olaru** – *„Terorismul. Mijloace legislative de combatere a acestui fenomen”*, în Revista Dreptul nr.11/2005.

O REALITATE JURIDICĂ ÎN CURS DE CONSACRARE- FENOMENUL CONCURENȚEI COMERCIALE

Costin TOADER*

Abstract

On a free market, as is known the European Union space, the business contest is one of the most important engine for improving the economical progress, therefore the government efforts should be focused on protecting the loial rivalry between business operators. These concern is expressed in the European Union legislation, as well as is in our national legislation. The obligations that our country is willing to honour so as to become a real integrated country in the European concert, must be strictly respected, that's why in our legislation are charged some offences in order to discourage the unfair rivalry on the free maket, or the free contest on the black market. In my essay, I had treated in details the latest change operated on a very important law that covers business competition. It is well known that every business operator must have a fairly behaviour when acts on the free market. Every violation of this obligation should be strictly punished by the qualified administrative authority, called the Council of Business Competition. The existence of this administrative authority reflects the attention that our national gouverment has granted to combat the unfairly behaviours from the open society. Generally speaking, the criminal laws are used as protective instrument in such important activitty like the competition between economical competitors, therefore we can say for surely that the politics of our country stimulates the benefits of the free market.

Cuvinte cheie: concurență comercială, infracțiune, pedeapsă

1.Introducere

Motivul demersului nostru este acela de a releva o recentă modificare a actului normativ ce constituie reglementarea-cadru în materie de concurență comercială – Legea nr. 21/1996, Legea concurenței comerciale¹. În mod special, ne propunem să analizăm elementele care interesează aspectul protecției penale a regulilor concurențiale și reorientările intervenite în materie.

Așa cum se întâmplă în general, în acest caz, dreptul penal este utilizat ca un instrument de protecție a unei valori sociale de o mare importanță pentru un alt domeniu – cel economic și al afacerilor. Importanța valorii este relevată chiar de Constituția României², care în articolul 135, stipulează că „economia României este o economie de piață bazată pe libera inițiativă și concurență”.

Așadar, statul ca entitate proteguitoare înțelege să reglementeze anumite raporturi juridice în scopul de a ocroti anumite valori sociale bine determinate, fundamentale pentru consacrarea regimului democratic și al unei societăți moderne. Una dintre aceste valori se regăsește în asigurarea concurenței comerciale licite și loiale, creând în acest fel premisele pentru exploatarea eficientă a tuturor factorilor de producție.

* Student Academia de Poliție „Alexandru I. Cuza” București. (cos4you_costy@yahoo.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr. Mirela Gorunescu

¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 472 din 16 august 2005. Pentru elaborarea materialului de față a fost avută în vedere forma cu modificările și completările ulterioare, inclusiv cele operate prin O.U.G. nr.75/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 459 din 6 iulie 2010 și Rectificarea nr. 75/2010

² Constituția României, republicată în Monitorul Oficial, al României, Partea I, nr. 767, din 31 octombrie 2003.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

În doctrina de specialitate se arată că prin concurență, în sens juridic se înțelege confruntarea dintre agenții economici cu activități similare sau asemănătoare, exercitată în domeniile deschise pieței pentru câștigarea și conservarea clientelei, în scopul rentabilizării propriiei întreprinderi³.

Termenul desemnează astfel relațiile dintre toți cei care acționează pe aceeași piață pentru realizarea propriilor interese în condiții de libertate economică. Totodată, concurența reflectă rivalitatea, disputa dintre entitățile economice respective care urmăresc același scop, de aceea interesele lor devin contradictorii. Este de asemenea, o condiție fundamentală a economiei de piață, fiind considerată cea mai importantă cauză a progresului economic și tehnico-științific.⁴

În general, se distinge între concurența licită și concurența ilicită. **Concurența licită** este cea care, în domeniile pe care legea le lasă deschise competiției operatorilor economici, permite ca aceștia se bucură de facultatea deplină de a se confrunta pe piață, cu bună-credință, respectând regulile deontologice. Concurența are vocația de a contribui la modelarea și fluctuarea prețurilor, în cadrul raportului ce se stabilește prin cerere și ofertă pe piața liberă. Concurența este aceea care impune un preț just mărfurilor și care stabilește raporturi corecte între ele. Însă, funcționalitatea acesteia nu se reduce numai la atât, obiectul său fiind mult mai vast: influențează calitatea mărfurilor, modul de prezentare a acestora, difuzarea reclamei, organizarea rețelelor de distribuție, etc. **Concurența interzisă** (ilicită) reprezintă acea situație de necompetivitate sub incidența căreia nu se poate manifesta rivalitatea agenților comerciali. Fiind derogări de la principiul libertății concurenței comerciale, interdicțiile prevăzute de lege sunt de strictă interpretare.⁵ Așa cum rezultă din examinarea cadrului legislativ actual, domeniile închise concurenței comerciale sunt: piața muncii și a forței de muncă (reglementată de Legea concurenței nr. 21/1996⁶); piața monetară și a titlurilor de valoare (în măsura în care libera concurență pe aceste piețe face obiectul unor reglementări speciale consacrată prin Legea nr. 21/1996); concurența în raporturile dintre comerciant și prepus sau alți salariați (reflectată de art. 397 Cod Comercial); concurența în raporturile dintre societățile comerciale și asociați (supusă reglementării Legii nr. 31/1990 Legea societăților comerciale⁷); domeniile supuse monopolului de stat (reglementat de Legea 31/1996 privind regimul monopolului de stat⁸).

Conform art. 1 din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale⁹, comercianților le incumbă obligația de a își exercita activitatea cu bună-credință, potrivit uzanțelor cinstite, cu respectarea intereselor consumatorilor, și a cerințelor concurenței loiale. În accepțiunea aceluiași act normativ, este considerată ca fiind contrară uzanțelor comerciale cinstite utilizarea în mod neloial a secretelor comerciale ale unui comerciant prin practici de genul neexecutării unilaterale a contractului sau utilizării unor proceduri neloiale, abuzului de încredere, incitări la delict și achiziționări de secrete comerciale de către terții care cunoșteau că respectiva achiziție implică astfel de practici, de natură să afecteze poziția comercianților concurenți pe piață. Coroborând aceste texte fragmentate din Legea combaterii concurenței neloiale, considerăm că legiuitorul a dorit să contureze noțiunea de **concurență loială**. Per a contrario, în același act normativ amintit mai sus, în articolul 2 este definită **concurența neloială** în calitate de fenomen economic prohibit, *ca fiind orice*

³ O. Căpățână, Dreptul Concurenței Comerciale - Concurența Onestă, Ed. Lumina Lex, București, 1992, pag.86.

⁴ Laura Maierean, Dreptul concurenței comerciale, Ed. Cernaprint, București, 2009, pag.36.

⁵ Gabriel Ungureanu, Drept european al concurenței, Ed. Cernaprint, București, 2009, pag.22.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 742 din 16 august 2005

⁷ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 1.066 din 17 noiembrie 2004

⁸ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.96 din 13 mai 1996; a fost abrogată de O.G. nr 23/1999 privind constituirea fondurilor de garantare (M.Of. nr 42 din 29 ianuarie 1999), respinsă la rândul ei, de Legea nr. 628/2002 privind respingerea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 23/1999 pentru abrogarea Legii nr. 31/1996 privind regimul monopolurilor de stat (M.Of. nr. 848 din 25 noiembrie 2002); În prezent Legea nr. 31/1996 este în vigoare.

⁹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 24 din 30 ianuarie 1991

act sau fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea industrială și de comercializare a produselor, de execuție a lucrărilor, precum și de efectuare a prestărilor de servicii.

Concret, asemenea practici se materializează mai ales prin crearea de confuzii cu semnele distinctive ale agentului economic rival de pe piață, prin denigrarea acestuia, prin coruperea personalului său, prin spionaj economic, și alte mijloace de a-i dezorganiza întreprinderea. Competiția de acest fel urmărește în mod obișnuit atragerea și captarea prin mijloace neonestе a clientelei agentului economic lezat. Faptele se desfășoară, cu alte cuvinte, excedând limitele raportului juridic de concurență. Cadrul uzual îl formează piața relevantă dintr-o anumită țară. Desigur, nu se exclude eventualitatea unor comportamente concurențiale, de felul celor menționate mai sus, la scară mai largă, aducând prejudicii unor întreprinderi din străinătate. Intruziunea elementelor de extraneitate reprezintă totuși un fenomen mai puțin frecvent, în măsura în care comerciantul agresiv săvârșește denigrări, confuzii, corupere de personal, spionaj economic.¹⁰

În practica judiciară se face uneori confuzie între concurența onestă și cea neloyală. Pentru a-și acapara clientela un comerciant are dreptul să uzeze de toate practicile oneste pentru a obține acest lucru, inclusiv practicarea unor prețuri mai mici decât un alt agent comercial concurent cu același profil de activitate. Jurisprudența noastră manifestă totuși în această privință unele ezitări, pe care le considerăm lipsite de fundament. Ne referim la un litigiu ce s-a ivit între două întreprinderi de transport rutier, ambele fiind societăți comerciale ce deserveau același traseu. Reclamanta a formulat acțiune în concurență neloyală împotriva cărăușului rival, deoarece practica un tarif de prețuri mai redus la biletele de călătorie decât al său, răpindu-i astfel clienții. În acest caz, Curtea Supremă de Justiție¹¹ a constatat *potrivit dispozițiilor art. 1 și 2 din Legea 11/1991 concurența neloyală intervine numai când activitatea se desfășoară cu totală rea-credință*. Pentru a se dovedi această rea-credință, s-a statuat că *instanța de fond avea obligația să pună în discuția părților necesitatea efectuării unei expertize tehnico-contabile, așa cum obligau unele dispoziții din Codul de procedură civilă, expertiză prin care trebuia să se stabilească dacă tarifele practicate de părțile pe anumite trasee sunt socotite inechitabile în raport cu cele practicate de societatea reclamantă, care apar ca disproporționate față de serviciile efectuate și costurile reale de producție. Un asemenea exces de comportament abuziv al întreprinderii care practică prețuri inferioare celor de cost, în scopul de a elimina concurenții, ar fi justificat scopul penetrării pe piață, prin destabilizarea competitorilor, care nu izbutesc să suporte rabaturi corespunzătoare în favoarea propriei clientelei.*

Pentru conservarea unei economii transparente și concurențiale, legiuitorul a format un cadru legislativ autohton care să consacre interesul sporit pe care îl acordă statul român relațiilor sociale a căror formare și bună desfășurare sunt asigurate prin promovarea probității în economia de piață, a bunelor moravuri, a bunei-credințe, și prin apărarea producătorilor, comercianților și consumatorilor contra unor practici abuzive. Dintre actele normative cu incidență în domeniul concurenței enumerăm: Constituția României, republicată în 2003¹²; Legea nr.21/1996, legea concurenței, cu modificările și completările ulterioare¹³; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 117/2006 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, modificată și aprobată prin Legea nr. 317/2007; Legea nr 11/1991 privind combaterea concurenței neloyale, cu modificările și completările ulterioare; Legea nr. 12/1990 privind protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite, republicată, cu modificările și completările ulterioare¹⁴; Legea nr. 148/2000 privind publicitatea¹⁵;

¹⁰ Octavian Căpățână, Dreptul Concurenței comerciale - Concurența neloyală pe piața internă și internațională, Ed. Lumina Lex, București, 1996, pag.15.

¹¹ C.S.J., Secția Comercială, decizia nr. 2216 din 5 august 1997, în Costică Voicu, Alexandru Boroș, Ioan Molnar, Mirela Gorunescu, Sorin Corlățeanu, Dreptul penal al afacerilor, Ediția 4, Editura C.H.Beck, București, 2008, pag. 551-552.

¹² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.758 din 29.10.2003.

¹³ Publicată în Monitorul Oficial, nr. 742 din 16 august 2005.

¹⁴ Republicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 291 din 5 mai 2009.

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial, nr.359 din 2 august 2000.

Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor¹⁶; Legea 296/2004 privind Codul Consumului, cu modificările și completările ulterioare¹⁷;

Din punct de vedere economic, concurența pentru a fi posibilă presupune o piață organizată pe baza unor reguli de conduită: independența și descentralizarea activității de producție, de distribuție și de consum, libertatea de inițiativă fără constrângeri sau limitări de ordin administrativ și proprietate privată asupra unui procent semnificativ din totalitatea mijloacelor de producție. În universul juridic multicolor, statul român a înțeles că trebuie să acorde o importanță excesivă ocrotirii relațiilor sociale care fac referire la protejarea economiei de piață prin conservarea concurenței legale și loiale. Adoptarea unor acte normative esențiale în materia concurenței comerciale a format contextul necesar asigurării unor fenomene economice predictibile, în măsură să contribuie la dezvoltarea sustenabilă social-economică a statului. Din punct de vedere macroeconomic, concurența neloială produce grave prejudicii agenților economici constrânși să-și estompeze o parte a activității sau chiar întreaga activitate datorită unor motive imorale și neimputabile. Consecințele nu se răsfrâng doar asupra comercianților, ele se extind și asupra societății civile, care, din perspectiva opticii comerciale, este formată din consumatori. Aceștia din urmă devin servili unor oferte incorecte din punct de vedere economic, și sunt nevoiți să consume anumite produse impuse în mod artificial de un mediu concurențial nestimulativ.

În *Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene*¹⁸, a fost dedicat un capitol întreg, respectiv Titlul VII, intitulat *Norme comune privind concurența, impozitarea și armonizarea legislativă*, fenomenului comunitar al concurenței comerciale. În acest sens, în articolul 101, este instituită o regulă de conduită ce vizează reglementarea cadrului general al concurenței intracomunitare. Legiuitorul european consacră în mod expres incompatibilitatea pieței interne cu orice acorduri între întreprinderi, ori decizii ale asocierilor de întreprinderi și orice practici concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre și care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței în cadrul pieței comune. Totodată, în același articol, se indică o serie de comportamente interzise, care în alineatul 2 sunt sancționate cu nulitatea absolută în măsura în care au fost adoptate de operatorii economici. În articolul 102, este definit abuzul de poziție dominantă, textul de lege stipulând că *este incompatibilă cu piața internă și interzisă, în măsura în care poate afecta comerțul dintre statele membre, folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia*. Considerăm că legiuitorul intracomunitar a urmărit să desăvârșească „înfierarea” abuzului de poziție dominantă în legislațiile statelor membre, și să ofere acestor reglementări un izvor de drept supranațional. Cu caracter exemplificativ, sunt nominalizate câteva din practicile curente ce se grefează pe delictul de abuz de poziție dominantă, între literele a) și d). Pentru stabilirea aspectelor procedurale, legiuitorul intracomunitar, menționează în articolul 104, rolul Comisiei Europene care trebuie să asigure aplicarea principiilor stabilite în articolele 101 și 102 menționate mai sus. La cererea unui stat membru sau din oficiu, și în cooperare cu autoritățile competente ale statelor membre, care îi acordă sprijin, Comisia investighează presupusele cazuri de încălcare a principiilor menționate mai sus. În situația în care, aceasta constată existența unei încălcări, propune măsuri adecvate pentru ca aceasta să înceteze. Totuși, dacă, încălcarea nu încetează, Comisia constată încălcarea principiilor printr-o decizie motivată. Ea, poate publica decizia și poate autoriza statele membre să ia măsurile necesare pentru remedierea situației, măsuri ale căror condiții și norme de aplicare le stabilește.

¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial, nr. 899 din 28 decembrie 2007.

¹⁷ Publicată în Monitorul Oficial, nr. 487 din 19 iulie 2010.

¹⁸ Cu denumirea și în forma consolidată ca urmare a intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, la 1 decembrie 2009.

Modalitatea foarte riguroasă de a asigura aplicarea acestor reguli de conduită, ne îndreptățește să reiterăm preocuparea incisivă a legiitorului intracomunitar pentru ocrotirea relațiilor sociale suprastatale privitoare la asigurarea unui cadru de exercitare liberă și nevicată a actelor de comerț desfășurate între operatori economici intracomunitari. În extensia acestor reglementări, articolul 106 precizează fără echivoc, că în ceea ce privește întreprinderile publice și întreprinderile cărora li se acordă drepturi speciale sau exclusive, statele membre nu adoptă și nu mențin nicio măsură care contravine prezentului tratat. Întreprinderile care au sarcina de a gestiona serviciile de interes economic general sau care prezintă caracter de monopol fiscal, se supun normelor tratatelor și, în special, regulilor de concurență, în măsura în care aplicarea acestor norme nu împiedică, în drept sau în fapt, îndeplinirea misiunii speciale care le-a fost încredințată. Dezvoltarea schimburilor comerciale nu trebuie să fie afectată într-o măsură care contravine intereselor Uniunii Europene.

Pentru a implementa aceste reguli de conduită în cadrul juridic autohton, legiitorul român a considerat necesară adoptarea Legii nr 21/1996, Legea Concurenței, care este o lege extrapenală, dar care incriminează în articolul 60 următoarele fapte: *participarea cu intenție frauduloasă și în mod determinant a unei persoane fizice la conceperea, organizarea, sau realizarea practicilor interzise de art. 5 alin (1) și de art 6, și care nu sunt exceptate conform prevederilor art. 5 alin (2), sau ale art. 8 se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 4 ani sau cu amendă.*

Prin cea mai recentă modificare¹⁹, articolul 60²⁰ a suferit următoarea transformare: *participarea cu intenție frauduloasă și în mod determinant a unei persoane fizice la conceperea, organizarea, sau realizarea practicilor interzise de art. 5 alin (1), și care nu sunt exceptate conform prevederilor art. 5 alin (2), constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 4 ani sau cu amendă și cu interzicerea dreptului de a ocupa o funcție sau de a exercita o profesie, ori de a desfășura o activitate, de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru săvârșirea infracțiunii, potrivit prevederilor art. 65 din Codul penal.*

Așadar, constatăm că prin modificarea operată asupra Legii nr. 21/1996 s-a produs dezincriminarea unora dintre faptele incluse anterior sub incidența legii penale. Însă pentru a înțelege sistematic rațiunea inserției unor asemenea fapte în sfera ilicitului penal este util să remarcăm că articolul 60 al Legii 21/1996 are ca sursă de inspirație Codul Comercial Francez, legiitorul francez sancționând fapta oricărei persoane fizice de a lua fraudulos parte, personal și determinat la conceperea, organizarea sau punerea în aplicare a practicilor vizate de art. L420-1 (înțelegeri anticoncurențiale), și de art. L420-2 (exploatarea abuzivă a unei poziții dominante sau a dependenței economice). Sancțiunea stabilită de legiitorul francez este de 4 ani de închisoare și o amendă de 75.000 euro.²¹

În justificarea oficială²² modificarea art. 60 este îndreptată în sensul eliminării trimiterii la practicile interzise de art. 6 (abuzul de poziție dominantă), precum și trimiterea la excepția de la art. 8, deoarece acest articol nu instituie o excepție, precum cea de la art. 5 alin. (2). În măsura în care nu sunt îndeplinite pragurile de la art. 8, art. 5 nu este incident. Totodată s-a prevăzut expres pedeapsa interzicerii dreptului de a ocupa o funcție sau de a exercita o profesie ori de a desfășura o activitate,

¹⁹ O.U.G. nr. 75/2010 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 459 din 6 iulie 2010 și Rectificarea nr. 75/2010 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 459 din 5 august 2010.

²⁰ Având în vedere că noua formă a articolului 60 nu mai incriminează decât practicile interzise de art. 5 alineatul 1, propunem să intitulăm această incriminare din legea specială, infracțiunea de ”**înțelegeri anticoncurențiale**”, din rațiuni de tip de caracterul repetitiv al acestei formulări de-a lungul prezentului articol, dar concomitent apreciem că această formulare urmărește simplificarea redării conținutului constitutiv stufos al unei infracțiuni ce emană din creația legiitorului.

²¹ Pentru a se vedea mai multe, Gabriel Ungureanu, Cristian Macsim, Răspunderea penală-o soluție pentru împiedicarea înțelegerilor anticoncurențiale?, Revista de Drept Comercial, Anul XX, Nr. 3, Ed. Lumina Lex, București, 2010, pag. 27.

²² Notă de fundamentare la O.U.G. 75/ 2010 privind modificarea și completarea legii concurenței nr 21/1996, republicată.

de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru săvârșirea infracțiunii, potrivit prevederilor art. 65 Cod penal, în scopul asigurării unui efect deplin al sancțiunii, inclusiv sub aspectul preventiv.

Având în vedere dinamica modificărilor suferite de prezenta lege, articolul 5 alineatul (1) îmbracă o nouă formă: *sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, orice decizii ale asociațiilor de întreprinderi și orice practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care:*

a) stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare ori de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare;

b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile;

c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;

d) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel unora dintre ei un dezavantaj concurențial;

e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte;

f) constau în participarea, în mod concertat, cu oferte trucate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte;

g) elimină de pe piață alți concurenți, limitează sau împiedică accesul pe piață și libertatea exercitării concurenței de către alte întreprinderi, precum și înțelegerile de a nu cumpăra de la sau de a nu vinde către anumite întreprinderi fără o justificare rezonabilă.

De asemenea pentru a înțelege analiza ce urmează a fi efectuată pe textul legal de incriminare, considerăm utilă redarea noului articol 5, alineatul (2): *Interdicția prevăzută la alin. (1) nu se aplică înțelegerilor sau categoriilor de înțelegeri între întreprinderi, deciziilor sau categoriilor de decizii ale asociațiilor de întreprinderi, practicilor concertate sau categoriilor de practici concertate, atunci când acestea îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:*

a) contribuie la îmbunătățirea producției sau distribuției de mărfuri ori la promovarea progresului tehnic sau economic, asigurând, în același timp, consumatorilor un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere, decizie ori practică concertată;

b) nu impun întreprinderilor în cauză restricții care nu sunt indispensabile pentru atingerea acestor obiective;

c) nu oferă întreprinderilor posibilitatea de a elimina concurența de pe o parte substanțială a pieței produselor în cauză.

În cele ce urmează vom analiza conținutul constitutiv al infracțiunii prevăzute de articolul 60 din Legea nr. 21/1996, în urma operării celei mai recente modificări, prin punctarea aspectelor de nouitate și încercarea de a justifica apodictic modificările survenite.

În acest sens, **obiectul juridic special** al acestei infracțiuni îl reprezintă relațiile sociale privitoare la exercitarea într-un cadru legitim al competiției dintre operatorii economici, fără realizarea unor înțelegeri exprese sau tacite ce pot impune limitarea, acapararea, denaturarea activității comerciale pe piața românească sau pe un anumit sector de piață. Din punct de vedere al **subiectul activ nemijlocit**, acesta poate fi orice persoană fizică care este susceptibilă să îndeplinească condițiile generale ale răspunderii penale. Cu toate acestea, considerăm că, datorită specificului relațiilor sociale ocrotite și sectorului economic unde își produc efectele aceste reguli de conduită, subiectul activ, deși nu este circumstanțiat prin textul legal trebuie să îndeplinească unele minime cerințe. În acest sens, subiectul activ trebuie să acționeze în numele sau pe seama unui agent economic implicat în raporturile juridice comerciale din piață, sau în numele ori pe seama unei autorități publice centrale sau locale, dar doar în măsura în care în respectivele raporturi juridice, autoritatea de stat împrumută comportamentul unui agent economic. De asemenea, din punct de vedere penal nu are relevanță dacă persoana fizică respectivă este de cetățenie română, străină sau apatrid. Datorită complexității administrării activității unei persoane juridice ce se pretează în calitate

de operator economic, este acceptată ideea că managementul acesteia este asigurat de un grup de persoane. Extrapolând, putem afirma că, infrațiunea ce constituie obiectul prezentei analize, prin natura sa implică o pluralitate de făptuitori, după cum susține și doctrina.²³

Subiectul pasiv general este statul în calitate de entitate socială ce asigură buna desfășurare a raporturilor de natură economică și juridică pentru formarea unui circuit economic performant pus în slujba societății și a membrilor ce o alcătuiesc. Vătămarea raporturilor de concurență comercială poate aduce grave prejudicii desfășurării în parametrii normali a dimensiunii de business.

Subiectul pasiv adiacent poate fi multiplu, în sensul că pe lângă atingerea adusă intereselor comunității statale, se aduc atingere intereselor pecuniare ale anumitor operatori economici ce înțeleg să se circumscrie unui cadru legal impus de comanda statală. Pierderile persoanei juridice se raportează indispensabil la pierderile persoanelor fizice ce au contribuit la ființarea acesteia, iar în final întregul prejudiciu se va repercuta tot asupra statului, care va fi cel care va deconta costurile sociale ale acestor pierderi.

Din punct de vedere al tehnicii legislative, considerăm că legiuitorul român a operat dezincriminarea practicilor instituite de art. 6 al prezentei legi, transferând abuzul de poziție dominantă din sfera ilicitului penal în sfera ilicitului contravențional, având în vedere modificările realizate în noua formă a Legii Concurenței. În acest sens, noul articol stipulează următoarea reglementare: *constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării următoarele fapte, săvârșite cu vinovăție de întreprinderi sau asociații de întreprinderi: încălcarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*. Această operație juridică, care proiectează o nouă optică a legiuitorului român cu privire la gradul de pericol social abstract reevaluat de către puterea publică, denotă faptul că nu se mai impune plasarea acetuia în aria de incidență a penalului, măsurile de drept administrativ fiind judicioase în a sancționa această leziune a unor reguli de conduită instituționalizate. Altfel spus, variantele normative ale abuzului de poziție dominantă și-au pierdut caracterul de tipicitate și antijuridicitate în actuala viziune a legiuitorului român. Cu toate acestea, nici în O.U.G. 75/ 2010, nici în nota de fundamentare a emiterii acestui act normativ, nu se regăsesc rațiunile ce au stat la temelia adoptării acestei căi juridice. Prin urmare, apreciem că aceste rațiuni au fost lăsate pentru a fi identificate de către actanții vieții juridice. Un potențial argument care a fost avut în vedere la momentul operării acestei modificări, a fost acela al intervenției limitate a puterii statale în economia de piață.

Raporturile economice ce se nasc pe această piață trebuie agendate numai de fluctuația capitalului, statul fiind dator să intervină doar în momentul încălcării ireversibile a noțiunii de ordine publică, privită lato sensu, ori în această nouă abordare legislativă abuzului nejustificat al unei poziții dominante pe piața de business nu mai reprezintă o consecință infailibilă a încălcării unei reguli de conduită. Într-o societate modernă, canalizată pe regulile economiei de piață, măsurile cu un pronunțat caracter restrictiv, cum sunt cele de natură penală, pot produce și anumite consecințe adiacente, cum ar fi dereglarea unor raporturi economice, desființarea acestora prin încetarea activității unui agent economic ca urmare a sancțiunilor de natură penală pe care trebuie să le execute, ori incapacitatea acestuia de a-și onora obligațiile față de ceilalți parteneri comerciali, ca o consecință a imposibilității de a derula activitatea comercială. În calitatea sa de subiect pasiv general și obligat de realitatea socială și economică, statul român optează pentru tragerea la răspundere juridică a subiecților activi prin intermediul pretinderii unor plăți de natură patrimonială (cuantumul sancțiunii contravenționale), în detrimentul inițierii unui proces penal care, de regulă, este lung și imprezvizibil, și în urma căruia agentul economic va primi o sancțiune ce se va repercuta asupra reprezentatului său legal, în sfera obiectivă, însă adeseori rezultatul procesului penal neputând repara prejudiciul provocat în sfera relațiilor economice, adică într-o sferă mult mai dinamică. Celeritatea tragerii la răspunderii juridică, dar și avantajele patrimoniale ale răspunderii contravenționale, sunt, în

²³ Costică Voicu, Alexandru Boroi, op.cit., pag. 571

opinia noastră argumente solide pentru fundamentarea noii viziuni a legiuitorului român. Într-adevăr, în cadrul pieței economice, coerciția statală, considerăm că ar trebui să se răsfrângă asupra instrumentelor esențiale ale acestui tip de piață, respectiv asupra capitalului agentului economic, ci nu asupra libertății fizice a reprezentanților legali ai acestora.

Cu această măsură se atinge atât rolul educativ al sancțiunii, deoarece subiectul pasiv al raportului juridic de conflict, respectiv agentul comercial, pentru viitor își va putea lua măsuri astfel încât să acționeze pe piața economică de așa natură încât să nu mai lezeze aceste valori sociale protegute de legiutor, dar se atinge și funcția coercitivă a sancțiunii prin obligarea contravenientului la plata unei sume considerabile defalcată în funcție de cifra sa de afaceri, în favoarea statului, acesta din urmă fiind obligat să acționeze în calitate de “curator” economic și social, pentru luarea unor măsuri de ocrotire a valorilor sociale lezate de către agentul economic contravenient. În favoarea aplicării unei sancțiuni contravenționale, apreciem faptul că legiuitorul român, a avut în vedere că abuzarea de o poziție economică bine consolidată pe piața de business reprezintă o situație ce nu poate fi restabilită prin nicio metodă coercitivă, nici chiar prin tragerea la răspundere penală a persoanei fizice care a dispus, cu intenție frauduloasă, adică cu rea-credință, conceperea acestui abuz. Faptul că agentul economic este constrâns să plătească o sumă de bani, cu titlu de sancțiune către entitatea statală, în raport cu cifra sa de afaceri, care de regulă este alcătuită din totalitatea încasărilor anuale din care se scad obligațiile fiscale, reprezintă o metodă judicioasă și necesară de pedepsire a unei astfel de ilegalități, diminuarea corespunzătoare a acestui indicator economic extrem de important pentru o societate comercială, fiind de natură să-i blocheze elanul financiar pe piața de business. Un ultim argument în favoarea dezincriminării abuzului de poziție dominantă pe care îl identificăm, argument fezabil logicii legiuitorului român, este viziunea modernă și flexibilă a legiuitorului european, care în Tratatul de la Lisabona, conferă Comisiei Europene dreptul de a efectua investigații de ordin administrativ la nivelul statelor membre, iar în cazul constatării unor abateri flagrante posibilitatea de a propune organelor competente în drept ale statelor membre să ia măsuri în vederea aplicării de sancțiuni. La cererea unui stat membru sau din oficiu și în cooperare cu autoritățile competente ale statelor membre, care îi acordă sprijin, Comisia investighează presupusele cazuri de încălcare a principiilor menționate mai sus. În cazul în care constată existența unei încălcări, Comisia propune măsuri adecvate pentru ca aceasta să înceteze. În cazul în care încălcarea nu încetează, Comisia constată încălcarea principiilor printr-o decizie motivată. Comisia poate publica decizia și poate autoriza statele membre să ia măsurile necesare pentru remedierea situației, măsuri ale căror condiții și norme de aplicare le stabilește.

Deși în demersul nostru științific am înțeles să identificăm argumente în favoarea susținerii opticii legiuitorului, și anume aceea de a transgresa din universul ilicitului penal, în universul ilicitului contravențional, fapta de abuz de poziție dominantă, pentru a oferi o notă de obiectivitate curente lucrării, vom puncta și un argument împotriva acestei modificări legislative. Sancțiunile de natură penală, respectiv amenda penală și închisoarea, având un caracter eminentamente punitiv se impun pentru combaterea flagelurilor infracționale. Ori, în sfera criminalității economico-financiare, adeseori autorii acționează asociați în grupuri infracționale, respectiv grupuri de crimă organizată riguros structurate și care se autofinanțează. Prin urmare o sancțiune de natură pecuniară, chiar fiind o sumă considerabilă din cifra de afaceri a unui agent economic se dovedește adeseori a fi insignifiantă în raport cu puterea economică a cartelului, care adeseori uzitează de multiple societăți comerciale prin care profitul este disparat, sau prin care capitalului, care este obținut din activități ilicite, i se conferă o aparență legală, pentru a justifica proveniența acestor fonduri.

3. Concluzii

În concluzie, apreciem că folosirea dreptului penal în calitate de forceps juridic, se impune în măsura în care atingerile aduse acestei dimensiuni a societății nu pot fi contrabalansate de alte forme de răspundere, respectiv răspunderea disciplinară, răspunderea civilă, răspunderea civilă, sau

răspunderea contravențională. Pentru susținerea ideii noastre, legiuitorul român prin cele mai recente modificări aduse Legii 21/ 1996, Legea concurenței comerciale, operează transferarea infracțiunii de abuz de poziție dominantă, în modalitățile normative descrise de-a lungul prezentei lucrări, din universul ilicitului penal în universul ilicitului contravențional, consacrand, din punct de vedere al tehnicii legislative o veritabilă dezincriminare.

Referințe bibliografice:

- Revista de Drept Comercial, Anul XX, Nr. 3, Ed. Lumina Lex, București, 2010,
- Octavian Căpățână, Dreptul Concurenței comerciale - Concurența neloială pe piața internă și internațională, Ed. Lumina Lex, București, 1996
- Laura Maieran, Dreptul concurenței comerciale, Ed. Cernaprint, București, 2009
- Gabriel Ungureanu, Drept european al concurenței, Ed. Cernaprint, București, 2009
- O. Căpățână, Dreptul Concurenței Comerciale - Concurența Onestă, Ed. Lumina Lex, București, 1992
- Costică Voicu, Alexandru Boroi, Ioan Molnar, Mirela Gorunescu, Sorin Corlățeanu, Dreptul penal al afacerilor, Ediția 4, Editura C.H.Beck, București, 2008
- Legislație autohtonă aflată în vigoare până la data de 08.02.2011

LEGITIMA APĂRARE, PREZENT ȘI VIITOR

Alexandru-Daniel BĂLAN*

Abstract

Criminal law aims to protect the human being from any external factors that might on one hand threaten the right exercise of the fundamental rights and freedoms and on the other hand social relationships existing inherently between the members of society. The fact that a person may be a victim of hurtful actions, having no other choice than to grant such a responsive action has been taken into account by any state legislator in criminal law by introducing the concept of "self-defense". The need for this provision undoubtedly arise in the rich practice of the courts and also accepting that self-defense is inherently a response more than necessary to protect human values.

Keywords: *criminal law, fundamental rights, self-defense, human values.*

1. Introducere

Pentru a realiza o comparație între modul în care se prezintă legitima apărare în actualul Cod Penal și forma pe care aceasta o îmbracă în viitoarea legislație penală, consider că este necesar, mai întâi, a caracteriza în câteva cuvinte conceptul de legitimă apărare.

Legea penală are rolul de a proteja membrii societății de orice acțiune sau inacțiune prin care drepturile ori libertățile inerente ale unor persoane ar fi încălcate ori prin care s-ar aduce atingere mănunchiului de relații sociale ce caracterizează sistemul de drept.

În ceea ce privește rolul anterior menționat trebuie spus faptul că el poate fi atât unul preventiv, constând în aplicarea unei politici de informare și educare a cetățenilor având ca finalitate prevenirea săvârșirii de fapte penale cât și unul coercitiv, caracterizat de luarea măsurilor pentru sancționarea celor ce încalcă dispozițiile legale.

Potrivit Codului penal, cel care săvârșește o faptă incriminată de legea penală va fi tras la răspundere penală acestuia aplicându-i-se o sancțiune penală potrivit vinovăției sale.

Specificul faptelor incriminate de legea penală în raport cu alte fapte ilicite îl constituie caracterul penal. Acest specific este caracterizat de prezența trăsăturilor esențiale fără de care nu poate exista o infracțiune, trăsături ce le regăsim în cuprinsul art.17 Cod penal: „*Infracțiunea este fapta care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală*”.

Lipsa oricăreia din trăsăturile esențiale ale infracțiunii exclude existența caracterului penal al faptei, înlătură existența infracțiunii și a răspunderii penale.

Trebuie menționat faptul, că stabilirea caracterului penal al faptei nu este lăsată la aprecierea membrilor societății ci reprezintă un atribut exclusiv al legiuitorului, care poate înlătura în anumite cazuri acest caracter și prevede ca o faptă sau anumite categorii de fapte prevăzute de legea penală, dacă sunt săvârșite în anumite stări, situații, împrejurări, nu constituie infracțiuni, nefiind incidentă răspunderea penală ci eventual o altă formă de răspundere juridică.

Astfel, cauzele care înlătură caracterul penal al faptei pot fi definite drept acele împrejurări, stări, situații, circumstanțe, cazuri a căror existență în timpul săvârșirii faptei face, potrivit legii, ca realizarea uneia din trăsăturile esențiale ale infracțiunii să devină imposibilă. Literatura de specialitate consideră că terminologia corectă este cea de cauze care înlătură vinovăția¹ întrucât sub denumirea „cauze care înlătură caracterul penal al faptei” se poate înțelege și cauze care

* Student, Facultatea de Poliție, Academia de Poliție „Alexandru-Ioan Cuza”-București; (nero1rules@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Mirela Gorunescu

¹ A se vedea G. Antoniu, Partea generală a codului penal într-o viziune europeană, R.D.P, nr.1/2004, p.37.

înlătură pericolul social precum și cauze care înlătură cerința prevederii faptei de către legea penală, acestea fiind cauze justificative.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Potrivit legii penale, legitima apărare alături de starea de necesitate, constrângerea fizică, constrângerea morală, cazul fortuit, iresponsabilitate, beția, minoritatea și eroare de fapt reprezintă cauze care înlătură caracterul penal al faptei, acestea producându-și efectul chiar în momentul în care s-au ivit. Acest efect operează însă concret, după ce cauza de înlăturare este judiciar constatată și reținută. Existența cauzei ce înlătură caracterul penal poate fi invocată în orice fază a procesului penal, iar organele judiciare sunt obligate să o constate și să-i recunoască efectul, din oficiu, ori de câte ori existența acestuia rezultă din datele cauzei.

Conceptul de legitimă apărare a făcut obiect de analiză atât pentru toaereticienii de drept penal cât și pentru numeroși filosofi, întrebarea care s-a pus dintotdeauna fiind: “Care este explicația că nu constituie infracțiune fapta săvârșită în legitimă apărare?”.

De-a lungul istoriei dreptului penal, s-au dat mai multe explicații. În concepția școlii pozitivistice, legitima apărare era socotită drept un act de justiție socială.² Într-o altă opinie, legitima apărare apară dreptul contra injustitiei. Ciceron afirma că într-un pericol social iminent, declanșat prin viclesug sau violență, sub pumnul lăcomiei sau al mâniei, orice mijloc de apărare este legitim. Într-o altă opinie, legitima apărare este considerată ca un drept al al unei persoane de a riposta în fața unei agresiuni.

Explicând legitima apărare, I. Tanoviceanu (1912) spunea că “oamenii în societate trebuie să fie apărați de stat împotriva agresiunilor nedrepte. Când cineva este lovit sau ucis, societatea trebuie să-l pedepsească pe agresor. Când însă forța socială este absentă, și nu-l poate proteja pe individul atacat, acesta are dreptul de a se proteja singur. În acest caz, fapta în apărare nu reprezintă un act de revoltă împotriva societății (o nesupunere), ci ajută societatea în menținerea ordinii, împiedicând pe agresor să comită o nouă infracțiune. Este chiar în interesul societății ca apărarea legitimă să se exercite cât mai des”.³

Argumentele aduse în sprijinul legitimei apărări sunt foarte variate. Kant a susținut ca legitima apărare nu este justă, însă trebuie să rămână nepedepsită, fiindcă “izvorăște din necesitate, iar legea nu poate avea nici o influență acolo unde intervine necesitatea”. Fierbach: “legitima apărare e îndreptățită de facultatea pe care o are fiecare cetățean de a-și relua drepturile concedate de el societății și de a se apăra singur contra unui atac injust, atunci când societatea nu-i poate acorda asistență”. Puffendorf: “nepedepsirea faptelor săvârșite în stare de legitimă apărare se datorează tulburării sufletului în care se afla cel atacat, tulburare care-l face să-și piardă uzul rațiunii și să devină iresponsabil”. Hegel considerând orice agresiune ca o negație a ordinii juridice, apreciaza că “legitima apărare este justă și nu poate fi pedepsită, fiindcă ea este reacțiunea contra negației dreptului”. Von Burri: “statul are interes ca dreptul cel mai important să fie salvat” și considera că “prin însuși faptul agresiunii, dreptul agresorului a micșoratsi deci dreptul celui atacat fiind superior, legitima apărare devine justă”. Carara: “legitima apărare este o reacție contra injustului, reacție care nu e decât o întregire a ordinii juridice”. Manzini: “legitima apărare nu-și poate găsi justificarea decât în ideea de necesitate juridicește recunoscută, necesitate care produce efecte juridice în caz de agresiune injustă, ori de câte ori statul nu poate apăra pe cetățeni”. Enrico Ferri: “legitima apărare, nefiind o acțiune izvorată din motive antisociale, ci un act de justiție socială, cel ce a lucrat sub imperiul legitimei apărări nu se releva ca o natură periculoasă, și ca atare, contra sa, nu este necesar să se intervină cu măsuri represive”.

² Corina A. Dumitrescu, “Despre definirea legitimei apărări în anteproiectul Codului Penal”, în R.D.P., nr.1/2003, p.71-75.

³ C. Bulai, “Drept penal român. Partea generală”, vol. I, Casa de editură și presă Șansa S.R.L., București, 1992.

Nu faptul că atacul este nedrept, justifică legitima apărare, ci împrejurarea că un pericol de neînălăturat amenință pe cel amenințat. Prin urmare, ceea ce trebuie pus la baza justificării impunității legitimei aparari, este pericolul care constringe pe cineva să reacționeze prin savarsirea unei fapte prevăzute de legea penală. Acest pericol face ca omul să lucreze condus de un "animus", adică de un element imaterial, deosebit de acela cerut pentru existența ilicitului penal.

Legitima apărare nu constituie un drept și nici cel puțin o simplă autorizare eventuală din partea legii pentru a savarsi o faptă prevăzută de legea penală. Un individ atacat nu se apără fiindcă legea îi permite sau ca el se crede titularul unui asemenea drept, ci pentru că intervine instinctul de conservare al speciei umane.

Legea penală (în cazul legitimei aparari), nu poate autoriza uciderea unui agresor. Dimpotrivă, când legea penală lasă în afara ilicitului penal un fapt oarecare (ex., omorârea agresorului), ea nu creează un drept la savarsirea aceluși fapt, ci recunoaște numai că incidenta legii penale nu are rațiune de a cădea asupra aceluși fapt.

Prin urmare, când legea penală nu înțelege să reprime faptele savarsite în legitima apărare, nu acordă niste drepturi speciale destinatarilor legii penale, ci doar recunoaște în plan juridic anumite situații de fapt pe care le așează în afara ilicitului penal, ea neînțelegând a lega consecințe juridice de astfel de situații.

Legea penală nu poate, și nu trebuie să creeze drepturi care să permită savarsirea unor acțiuni ilicite d.p.d.v penal, pentru că întotdeauna, unde există ilicit penal, trebuie să intervină și represia.

Dreptul la impunitate nu-l poate avea nimeni atunci când fapta savarsită corespunde cazurilor în care represia este înălăturată prin lege sau provine din iresponsabilitatea autorului acțiunii, fie din cauza că acea acțiune nu corespunde unui ilicit penal.

Se știe că la frontiera dintre ilicitul penal și faptele nesusceptibile de represie, se găsesc fapte care prin complexitatea lor, pot da naștere la indoială.⁴ De aceea, legiuitorul penal, introducând cauzele justificative și cele care înălătură caracterul penal, a ținut să arate că anumite fapte savarsite în anumite împrejurări nu aparțin ilicitului penal, și că atare nu produc consecințe juridice penale, necazând sub incidenta represiei penale. Aceste situații sunt cele prevăzute în art. 18-20 C.p (proiect).

Legitima apărare nu este un drept, și la fel ca și în cazul stării de necesitate, este o situație juridică consfințită, sub imperiul căreia, faptele savarsite nu au caracter de ilicit penal. Apararea fiind legitimă, fapta savarsită pentru apararea vieții a rămas nepedepsită în toate timpurile și a fost consfințită în cele mai vechi legislații => "legitima apărare nu are istorie".

În legile lui Manu este prevăzută legitima apărare. La fel și Platon, recunoaște legitima apărare în anumite situații. În dreptul roman sunt prevăzute numeroase texte. Penalistii sec. XVI s-au preocupat intens de legitima apărare, însă tratau această instituție ca o cauză de nepedepsire.

Este prevăzută și în vechea legislație românească, în Pravila lui Caragea: "cine va omori apărându-și viața de primejdie, nevinovat este".

Părerea este că victima unei agresiuni chiar dacă ar putea să fugă din fața pericolului, nu este datoare a face acest lucru, ci poate reacționa contra agresorului fiind ocrotită de legitima apărare.⁵

În vederea sublinierii modificării concepției legiuitorului privind legitima apărare, așa cum este ea consacrată în actuala legislație penală și forma pe care aceasta o îmbracă în proiectul de lege privind noul Cod Penal, voi începe prin a realiza o analiză a textului de lege referitor la legitima apărare –art.44.C.P.

Astfel, potrivit art.44. C.P., nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală săvârșită în legitimă apărare. "Este în stare de legitimă apărare acela care săvârșește fapta pentru a înălătură un

⁴ V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, "Explicații teoretice ale Codului Penal român. Partea generală", vol. II, Editura Academiei Române, București, 1970

⁵ Victor A. Ionescu, "Legitima apărare și starea de necesitate", Editura Științifică, București, 1972

atac material, direct, imediat și injust, îndreptat împotriva sa, a altuia sau împotriva unui interes general și care pune în pericol grav persoana ori drepturile celui atacat sau interesul obștesc.

Se prezumă că este în stare de legitimă apărare și acela care săvârșește fapta pentru a respinge pătrunderea fără drept a unei persoane prin violență, viclenie, efracție sau prin alte asemenea mijloace într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ori delimitat prin semne de marcarea.

Este, de asemenea, în legitimă apărare și acela care, din cauza tulburării sau temerii, a depășit limitele unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului și împrejurările în care s-a produs atacul.”

Din analiza textului legal, observăm faptul că pentru a fi incidente dispozițiile art.44.C.P trebuie îndeplinite cumulativ anumite condiții privitoare atât la atac cât și la apărare.

Prin analiza art.44 C.P. observăm, în primă instanță, existența unor condiții referitoare la atac, el fiind un atac material, direct, imediat și injust și care totodată să pună în pericol grav persoana sau drepturile celui atacat ori interesul obștesc. În situația în care organul judiciar constată lipsa chiar și a unei singure condiții nu ne vom afla în prezența legitimei apărări ci, după caz, a unui alt conflict de drept penal, lucru statuat și de instanța supremă prin decizia nr. 2406 din 12 aprilie 2006:

Escaladarea unui gard și pătrunderea victimei pe proprietatea inculpatului nu este de natură să atragă incidența dispozițiilor art. 44 alin. (2)¹ C. pen., dacă victima nu a desfășurat un atac de natura celui la care se referă art. 44 alin. (2) din același cod, iar agresiunea săvârșită de inculpat asupra victimei nu a fost determinată exclusiv de pătrunderea, fără drept, a acesteia pe proprietatea inculpatului.

I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 2406 din 12 aprilie 2006⁶

Prin sentința penală nr. 48 din 8 iunie 2005, Tribunalul Oradea a condamnat pe inculpatul R.I. pentru comiterea infracțiunii prevăzute în art. 20 raportat la art. 174 C. pen., cu aplicarea art. 73 lit. b) și art. 76 alin. (2) din același cod.

Instanța a reținut că, la 22 iunie 2003, partea vătămată D.P., aflată în stare de ebrietate, a proferat de la gardul ce despărțea grădina sa de cea a inculpatului insulte la adresa acestuia. Inculpatul a răspuns insultelor părții vătămate, care a escaladat gardul și, trecând în grădina inculpatului, a intrat în curtea acestuia. Inculpatul s-a deplasat în întâmpinarea părții vătămate, s-au îmbrâncit și s-au lovit reciproc cu pumnii, partea vătămată căzând la pământ. Inculpatul a luat din curte un par și a lovit partea vătămată de mai multe ori peste corp și în zona capului, iar apoi a lovit-o cu piciorul.

Partea vătămată a suferit o fractură a osului parietal stâng, comoție cerebrală, fracturi costale și contuzie abdominală, necesitând pentru vindecare 25 - 30 zile de îngrijiri medicale.

Curtea de Apel Brașov, prin decizia nr. 349 din 9 noiembrie 2005, admitând apelul inculpatului, a desființat sentința și, rejudecând, a dispus achitarea acestuia în baza art. 10 alin. (1) lit. e) C. proc. pen. și art. 44 C. pen.

Instanța de apel a reținut comiterea faptei în legitimă apărare, întrucât partea vătămată a pătruns pe nedrept, prin escaladare, în curtea inculpatului, înarmată cu un cuțit și a încercat să lovească pe inculpat cu un par smuls din gard. În consecință, s-a apreciat că sunt îndeplinite condițiile atacului și cele prevăzute în alin. (2)¹ al art. 44 C. pen., referitoare la respingerea pătrunderii fără drept a părții vătămate în imobilul inculpatului, iar riposta inculpatului - care a aplicat multiple lovituri părții vătămate - a fost proporțională cu gravitatea atacului.

Recursul declarat, între alții, de procuror, cu privire la greșita aplicare a dispozițiilor art. 44 C.P privind legitima apărare, este fondat.

Din probele administrate în cauză se desprinde concluzia că fapta dedusă judecării nu a fost comisă în stare de legitimă apărare.

⁶ <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202006/SP%20%202406%202006.htm>

Astfel, pe fondul unui conflict mai vechi, partea vătămată și inculpatul au avut un incident verbal, care a degenerat într-o agresiune reciprocă a părților și, doborâtă fiind la pământ, partea vătămată a fost în continuare lovită de inculpat cu parul și picioarele.

În acest context, inculpatul nu a săvârșit fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, îndreptat împotriva sa, atâta timp cât victima era în imposibilitate de a-l înfrunta, fiind doborâtă la pământ.

În aplicarea art. 44 C.P., caracterul necesar al apărării trebuie analizat nu numai în raport cu gravitatea atacului, ci și cu posibilitatea celui atacat de a-l înfrunta.

Or, în speță, din partea victimei nu a existat un atac care să îndeplinească cerințele înscrise în art. 44 C.P., cu atât mai mult cu cât aceasta se afla în stare de ebrietate, iar pe de altă parte, inculpatul a lovit partea vătămată cu parul când acesta nu putea să-l mai înfrunte sau să reprezinte un pericol pentru inculpat.

În schimb, în cauză, există circumstanța atenuantă a provocării atâta timp cât partea vătămată a insultat pe inculpat, a escaladat gardul intrând în curtea și pe proprietatea acestuia și l-a lovit, în condițiile unei agresiuni reciproce.

Escaladarea gardului și intrarea victimei pe proprietatea inculpatului nu este de natură să atragă nici incidența dispozițiilor art. 44 alin. (2¹) C. pen. - în condițiile în care victima nu a desfășurat un atac efectiv, de natura celui la care se referă art. 44alin. (2) din același cod, iar pe de altă parte, agresiunea nu a fost determinată exclusiv de pătrunderea, fără drept, a părții vătămate pe proprietatea inculpatului. În contextul în care între părți a existat un conflict verbal care a degenerat într-o agresiune reciprocă, situația creată nu a putut surprinde pe inculpat, după felul în care s-au derulat evenimentele și, în consecință, nu poate fi apărât de prezumția instituită prin art. 44 alin. (2¹) C. pen.

Pentru aceste considerente, soluția de achitare pronunțată în apel este nelegală și netemeinică și, în consecință, recursul a fost admis, decizia pronunțată în apel a fost casată, menținându-se soluția de condamnare și încadrarea juridică a faptei dispuse de prima instanță.

Trasând o paralelă asupra proiectului privind noul Cod penal, observăm faptul că în primul rând instituția cauzelor care înlătură caracterul penal al faptei a cunoscut modificări, legiuitorul noului C.p considerând că nu toate cauzele care înlătura caracterul penal al faptei (art. 44 – 51 C.p) au la baza lipsa vinovatiei, așa cum s-a susținut în doctrina penala până în prezent⁷. Din acest motiv legiuitorul noului C.p a grupat legitima apărare, starea de necesitate, ordinul legii și comanda autorității legitime, și consimțământul victimei, ca fiind cauze justificative. Prin urmare, suntem în prezența cauzelor justificative atunci când legea penala permite în mod excepțional săvârșirea unor fapte pe care chiar ea le interzice, iar autorul când le comite, poate spune “feci sed, iure feci” (am făcut, dar cu drept am făcut); de ex., legea interzice omorul și-l pedepsește; totuși ea îi permite omului să-și apere viața chiar ucigând o altă persoană (legitima apărare). Prin urmare, în concepția noului C.p, fapta aceluia care-l omora pe agresor pentru a-și apăra propria viață, este justificată, iar pe cale de consecință, o asemenea faptă nu va fi pedepsită.

Noul Cod penal plasează legitima apărare în cuprinsul art.19 N.C.P., având următorul conținut legal:

(1) Este justificată fapta prevăzută de legea penală săvârșită în legitimă apărare.

(2) Este în legitimă apărare persoana care săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, care pune în pericol persoana sa, a altuia, drepturile acestora sau un interes general, dacă apărarea este proporțională cu gravitatea atacului.

(3) Se prezumă a fi în legitimă apărare, în condițiile alin. (2), acela care comite fapta pentru a respinge pătrunderea unei persoane într-o locuință, fără drept, în timpul nopții, prin violență, viclenie, fracție sau alte asemenea mijloace.

⁷ Florin Dorian Dăscălescu, “Legitima apărare în contextul evoluției legislative preconizate în cadrul proiectului noului Cod penal”, în Dreptul nr.1/2004.

Prin comparația celor două texte legale se observă faptul că aspectele privitoare la condițiile atacului au rămas aceleași (atacul rămânând unul material, direct, imediat și injust), cu mențiunea că de data aceasta condiția ca atacul să pună într-un pericol grav persoana nu mai este expres prevăzută, fiind lăsată la aprecierea organelor judiciare.

Totodată în alin.3 al art.19 N.C.P observăm faptul că legiuitorul a introdus un reper temporal pentru îndeplinirea condiției legate de existența legitimei apărări și anume “timpul nopții”, ceea ce înseamnă că organelle judiciare pe baza materialului probator vor trebui să stabilească dacă fapta a fost sau nu săvârșită în intervalul de timp prevăzut în Noul Cod Penal.

În ceea ce privește condițiile referitoare la apărare, limitele proporționalității acesteia sunt expres reglementate de data aceasta în Noul Cod Penal, potrivit acestuia nefiind admis a se utiliza mijloace de constrângere mai grave, atunci când împotrivirea sau rezistența individului ar fi putut fi înlăturate prin mijloace mai ușoare, mai puțin violente. Deci legea cere ca reacția să fie proporțională cu pericolul creat, adică să existe o oarecare echivalență între fapta săvârșită în apărare și atacul care a condus la necesitatea unei apărări.

În cazul în care fapta săvârșită în legitimă apărare este disproporționat de gravă în raport cu gravitatea pericolului creat prin atac, fapta nu poate fi considerată ca fiind săvârșită în legitimă apărare, deoarece depășește limitele unei apărări legitime, constituind un exces de apărare. Totodată se face distincție între excesul de apărare justificat, care este asimilat cu legitima apărare și excesul scuzabil, care nu înlătură caracterul penal al faptei de apărare exagerată, dar constituie o circumstanță atenuantă.

Excesul de apărare justificat îl întâlnim în art.44, alin.4 C.P., sub forma împrejurării potrivit căreia cerința existenței tuturor condițiilor privind legitima apărare este îndeplinită, ea referindu-se doar la împrejurarea că riposte a depășit atacul din cauza tulburării sau temerii de care era stăpânită victima atacului.

Excesul scuzabil îl întâlnim în prevederile art.73 lit.b, C.P. și desemnează acea ripostă exagerată ce nu a fost determinată de starea de tulburare ori temere provocată de atac ci eventual de sentimental de mândrie, revoltă, indignare în fața violenței nejustificate.

În acest sens, atunci când excesul scuzabil va exista, nu va fi posibilă aplicarea dispozițiilor art.44, aspect statuat și instanța supremă în următoarele două exemple:

1. În cazul în care inculpatul a săvârșit fapta de omor asupra victimei, după ce atacul acesteia constând în lovituri aplicate cu pumnul a încetat, nu sunt întrunite condițiile legitimei apărări prevăzute în art. 44 alin. (2) C. pen., întrucât, pe de o parte, nu sunt întrunite condițiile unui atac imediat, iar pe de altă parte, atacul victimei nu prezintă un pericol care să amenințe grav viața inculpatului, mijloacele folosite de victimă în atacul său nefiind în măsură să justifice riposta inculpatului. În acest caz, sunt incidente, însă, prevederile art. 73 lit. b) C. pen., deoarece inculpatul a săvârșit fapta de omor în condițiile unei puternice emoții și tulburării cauzate de modul agresiv în care s-a comportat victima.

I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 785 din 7 februarie 2006⁸

Prin sentința penală nr. 398 din 14 septembrie 2005, Tribunalul Bacău a condamnat pe inculpatul R.V. pentru săvârșirea infracțiunii de omor calificat prevăzută în art. 174 raportat la art. 175 lit. c) și i) C. pen., cu aplicarea art. 73 lit. b) din același cod.

Instanța a reținut că, la 1 februarie 2005, în timp ce inculpatul și victima, fiul acestuia, se aflau în căruță pe un drum județean, pe fondul unor discuții contradictorii și al consumului de alcool, dar și al neînțelegerilor anterioare, victima a lovit pe inculpat cu pumnul în zona feței. După ce a

⁸ <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202006/SP%20%20785%202006.htm>

coborât din căruță, inculpatul a luat scândura folosită drept scaun în timpul mersului, cu care a aplicat victimei mai multe lovituri în zona capului.

În urma loviturilor primite și din cauza intensității acestora, victima a decedat.

Raportul de constatare medico-legală a concluzionat că moartea victimei a fost violentă și s-a datorat hemoragiei și contuziei cerebrale consecutive unui traumatism cranio-cerebral soldat cu fractură de bază de craniu.

Curtea de Apel Bacău, prin decizia penală nr. 362 din 15 noiembrie 2005, a respins apelul declarat de inculpat, prin care acesta a solicitat achitarea în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. e) C. proc. pen., întrucât fapta a fost comisă în condițiile legitimei apărări.

Recursul declarat de inculpat este nefondat.

În cauză, în mod justificat s-a reținut că fapta nu a fost comisă în stare de legitimă apărare, din moment ce nu erau întrunite, cumulativ, toate cerințele prevăzute în art. 44 alin. (2) C. pen., între care și existența unui atac imediat, inculpatul lovind victima după ce atacul încetase, dar și datorită faptului că atacul victimei nu prezenta un pericol care să amenințe grav viața inculpatului, mijloacele folosite de victimă în atacul său - aplicarea de lovituri cu pumnul în față - nefiind în măsură să justifice o asemenea ripostă.

Prin urmare, în mod corect nu s-a reținut existența legitimei apărări, făcându-se, justificat, aplicarea prevederilor art. 73 lit. b) C. pen., întrucât inculpatul a săvârșit fapta în condițiile unei puternice emoții și tulburări cauzate de modul agresiv în care s-a comportat victima.

Ca atare, recursul inculpatului a fost respins.

2. Fapta unei persoane de a pătrunde în casa fostei sale concubine, de a insista să reia conviețuirea, trăgând de hainele ei și rupându-le, urmată de lovirea cu pumnul în față a soțului acesteia care a intervenit în apărarea femeii nu constituie un atac de natură a pune în pericol grav persoana acesteia. Riposta soțului femeii de a lovi în cap cu toporișca pe agresor nu îndeplinește, sub acest aspect, condițiile unei apărări legitime prin depășirea limitelor din cauza tulburării sau temerii, prevăzută în art. 44 alin. (2) și (3) C. pen., din lipsa gravității pericolului cauzat de atacul victimei.

Într-o atare situație sunt incidente prevederile art. 73 lit. b) C. pen., fapta fiind săvârșită sub stăpânirea unei puternice tulburări determinată de provocarea persoanei vătămate, produsă prin violență.

I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 6279 din 25 noiembrie 2004⁹

Prin sentința penală nr. 95 din 16 martie 2004, Tribunalul Vrancea, în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. e) C. proc. pen., a achitat pe inculpatul S.I. pentru săvârșirea tentativei la infracțiunea de omor prevăzută în art. 20 raportat la art. 174, cu aplicarea art. 73 lit. b) C. pen.

Prin rechizitoriul parchetului inculpatul a fost trimis în judecată reținându-se că, pe fondul stării de tulburare cauzată de comportamentul părții vătămate, a lovit-o în cap cu o toporișcă producându-i leziuni ce i-au pus viața în primejdie.

Instanța, în motivarea sentinței, a arătat că inculpatul, căsătorit de 16 ani și având patru copii minori, a fost părăsit de soție care s-a mutat la G.C., concubinul ei; la insistențele părinților a reluat traiul în comun cu soțul său.

În ziua de 24 noiembrie 2003, inculpatul împreună cu soția au mers să lucreze la casa familiei aflată în construcție. În acest timp G.C., aflat în stare de ebrietate, a pătruns în interiorul casei; femeia insista să plece, dar acesta a tras de hainele ei rupându-i cureaua și pantalonii.

Alarmat de strigătele soției, inculpatul a venit în acel loc având asupra sa o toporișcă și a cerut lui G.C. să plece; acesta a refuzat spunând că pleacă numai cu soția inculpatului.

⁹ <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202004/SP%20%206279%202004.htm>

Tulburat de situație și fiind lovit cu pumnul în față, inculpatul a aplicat părții vătămate o lovitură cu toporișca în cap.

Victima a fost internată în spital cu diagnosticul traumatism cranio-cerebral care i-a pus viața în primejdie.

Instanța a motivat că inculpatul a săvârșit fapta în legitimă apărare, în condițiile art. 44 alin. (2) și (3) C. pen., pentru a respinge atacul îndreptat împotriva soției sale depășind, din cauza temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului.

Prin decizia penală nr. 307 din 27 mai 2004, Curtea de Apel Galați a admis recursul procurorului, a desființat sentința și a condamnat pe inculpat la 2 ani închisoare pentru săvârșirea tentativei la infracțiunea de omor, cu aplicarea art. 73 lit. b) C. pen.

Recursul declarat de inculpat este nefondat.

Potrivit art. 44 alin. (2) C. pen., este în legitimă apărare acela care săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust îndreptat împotriva sa, a altuia sau împotriva unui interes obștesc, și care pune în pericol grav persoana sau drepturile celui atacat ori interesul obștesc.

Examinând probele administrate în cauză se constată că nu a existat o agresiune asupra soției inculpatului în sensul prevederilor legale, fapta victimei nefiind de natură să pună în pericol grav persoana acesteia.

Relațiile de concubinaj cu soția inculpatului și comportarea victimei în ziua săvârșirii faptei, pătrunderea în casă, refuzul de a o părăsi, lovirea inculpatului cu pumnul în față au fost corect reținute de instanța de apel ca fiind o provocare în înțelesul art. 73 lit. b) C. pen., astfel încât recursul inculpatului a fost respins.

În concepția Noului Cod Penal depășirea limitelor unei apărări proporționale în raport cu gravitatea pericolului precum și împrejurările în care s-a produs atacul ori săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală de către o persoană care nu și-a dat seama în momentul comiterii faptei, că pricinuieste urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat, constituie *exces neimputabil* potrivit art. 26 N.C.P.

3. Concluzii

Elementul de noutate constă în introducerea în categoria cauzelor de neimputabilitate și nu în cea a cauzelor justificative – a excesului justificat de legitimă apărare sau stare de necesitate. Această abordare¹⁰, acceptată de numeroase sisteme europene – § 33 și 35 C. pen. german, art. 16 alin.(2) și art.18 alin.(2) C. pen elvețian (forma în vigoare de la 1 ianuarie 2007), art. 33 și 35 C. pen. portughez – se justifică prin aceea că în respectivele situații suntem în prezența unor cauze cu caracter personal, care nu se răsfrâng asupra participanților, spre deosebire de cauzele justificative. Dacă spre exemplu, două persoane aflate împreună comit o faptă în legitimă apărare depășind limitele unei apărări proporționale, însă numai una a acționat sub imperiul unei stări de tulburare, doar aceasta va beneficia de efectele excesului neimputabil, nu și cea care a depășit limitele apărării în deplină cunoștință de cauză.

Referințe bibliografice

- 1. Constituția României.
- 2. Codul Penal român.
- 3. Codul de procedură penală română.
- 4. Alexandru Boroș, „Drept penal partea generală”, Editura ALL Beck, București, 2000.
- 5. V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, „Explicații teoretice ale Codului Penal român. Partea generală”, vol. I, Editura Academiei Române, București, 1969.

¹⁰ www.just.ro/.../Coduri/Proiect%20-%20Codul%20penal%20-%2025%20februarie%202009.doc

- 6.V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, "Explicații teoretice ale Codului Penal român. Partea generală", vol. II, Editura Academiei Române, București, 1970.
- 7.V. Dobrinou, Alexandru Boroi, Gh. Nistoreanu, I. Pascu, I. Molnar, V. Lazăr, "Drept penal partea generală", Editura Atlas Lex, București, 1996.
- 8.C. Bulai, "Drept penal român. Partea generală", vol. I, Casa de editură și presă Șansa S.R.L., București, 1992.
- 9.C. Bulai, "Manual de drept penal. Partea generală", Editura ALL Beck București, 1997.
- 10.Alexandru Boroi, Sorin Corlățeanu, "Drept Penal. Partea generală – Culegere de spețe pentru uzul studenților", Editura ALL Beck, București, 2003.
- 11. Narcis Giurgiu, "Drept Penal General: doctrină, legislație, jurisprudență.", Editura Cantes, Iași, 2000.
- 12. Teodor Vasiliu, G. Antoniu "Codul Penal comentat și adnotat. Partea generală", Editura Științifică, București, 1972.
- 13.Maria Zolineak, "Drept penal Partea generală", vol.I Universitatea "Alexandru I. Cuza", Iași, 1976.
- 14.A. Ungureanu, "Drept penal român", Editura Lumina Lex, București, 1995.
- 15.Narcis Giurgiu, "Legea penală și infracțiunea", Editura Gama, Iași, 1994.
- 16.Victor A. Ionescu, "Legitima apărare și starea de necesitate", Editura Științifică, București, 1972.
- 17.George Antoniu, "Vinovăția penală", Editura Academiei Române, București, 1972.
- 18.I. Anghel, Francisc Deak, M. Popa, "Răspunderea civilă", Editura Științifică, București, 1970.
- 19.Vasiliu Papadopol, Mihai Popovici, "Repertoriu de practică judiciară în materia penală pe anii 1976-1980", Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1982.
- 20.V. Dobrinou, N. Conea, "Cauze penale comentate", Serviciul Editorial și Cinematografic, I.G.M., 1988.
- 21.O. Loghin, A. Filipaș, "Dreptul penal, partea specială", Casa de editură și presă Șansa S.R.L., București, 1992.
- 22.George Antoniu, Ștefan Doneș, Marin Popa "Codul penal pe înțelesul tuturor", Editura societății Templus, București, 1996.
- 23.C. Mitrache, "Drept penal român, partea generală", Casa de editură și presă Șansa S.R.L., București, 1997.
- 24.M. Basarab, "Drept penal, partea generală", Editura Lumina Lex vol. I,II, București, 1997.
- 25.G. Antoniu, C. Bulai, Gh. Chivulescu, "Dicționar juridic penal" Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1997.
- 26.Constantin Crișu, Nicorina Crișu Magroman, Ștefan Crișu, "Repertoriu de jurisprudență și doctrină română", vol II (1989 –1994), Editura Argesis, 1995.
- 27.I. Vasiu, "Drept penal, partea specială" vol. II, Editura Albastră București, 1997.
- 28.G. Antoniu, C. Bulai, "Practica judiciară penală, partea specială", vol.III, Editura Academiei, București, 1992.
- 29.Gheorghiu Brădet, "Drept penal, partea generală", Editura Europa Nova, București, 1993.
- 30.I. Dobrinescu, "Despre condițiile atacului și apărării în materie de legitimă apărare", în Justiția Nouă, nr. 4 / 1957.

INFRAȚIUNI REGLEMENTATE DE LEGEA NR. 319/2006 – PRIVIND SECURITATEA ȘI SĂNĂTATEA ÎN MUNCĂ

Ana-Maria FĂGĂRAȘ*
Lavinia-Florentina CERNEA*

Abstract

Safety and Health at Work is aimed at ensuring the best conditions in process at work, to defend the life, the physical integrity and mental to the workers and the other persons who participate in the process mentioned (Article 5 (N of the Law No 319/2006). Based on these grounds, the article is designed to analyze crimes under the Law No 319/2006. Also, we will present the general obligations under the Law No 319/2006, risk assessment and the monthly assistance.

Subsequently, by addressing the legal framework established in Romania with different opinions to the legal classification, we will present community rules.

Cuvinte-cheie: Legea nr.319/2006, infracțiuni prevăzute în legi speciale, SSM (Securitate și Sănătatea în Munca), dreptul muncii, protecția muncii.

1. Introducere

Statisticile Inspectoratului Teritorial de Muncă arată că, în România, își pierd viața în accidente de muncă peste 450 de angajați anual, cele mai multe accidente mortale fiind înregistrate în construcții.

Datele ITM arată că principalele cauze care duc la accidente de muncă revin angajatorului.

Printre primele trei cauze se află deficiențele de natură organizatorică, respectiv lipsa activității de prevenire și protecție, incapacitatea (sau dezinteresul) angajatorului pentru a evalua riscurile pentru securitatea și sănătatea angajaților. La acestea se adaugă lipsa de instruire cu privire la siguranța și sănătatea în muncă a angajaților, neacordarea echipamentului individual de protecție adecvat și neefectuarea verificărilor periodice ale aparatelor și utilajelor, precum și a echipamentelor de muncă.

Cu toate acestea, ITM a stabilit că într-o proporție covârșitoare accidentele de muncă sunt cauzate chiar de persoanele vătămate. Astfel 93,2% din accidente s-au produs din vina muncitorului, pentru că acesta nu a respectat condițiile de muncă, a efectuat necorespunzător operațiile de muncă sau nu s-a asigurat împotriva căderii de la înălțime.

Inspectorii mai arată că vina angajatorului, reflectată în ceea ce ITM numește "deficiențe de îndrumare, supraveghere și control", a produs 62,7% din accidente, în timp ce 66,5% dintre acestea au drept cauză și elemente care țin de mijloacele de producție, respectiv mișcarea aparatelor.

Actul normativ special – Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă „stabilește principii generale referitoare la prevenirea riscurilor profesionale, protecția sănătății și securitatea lucrătorilor, eliminarea factorilor de risc și accidentare, informarea, consultarea, participarea echilibrată, instruirea lucrătorilor și a reprezentanților lor, precum și direcțiile generale pentru implementarea acestor principii” (art.1 alin.2).

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București . Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Jipa Alexandra Cristina (e-mail:alexandrajipa@gmail.com).

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Jipa Alexandra Cristina (e-mail:alexandrajipa@gmail.com).

2. Cadrul legal actual

Neluarea măsurilor de protecție a muncii

Conținutul textului incriminator - art. 37

(1) Neluarea vreuneia dintre măsurile legale de securitate și sănătate în muncă de către persoana care avea îndatorirea de a lua aceste măsuri, dacă se creează un pericol grav și iminent de producere a unui accident de muncă sau de îmbolnăvire profesională constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la un an la 2 ani sau cu amendă.

(2) Dacă fapta prevăzută la alin.(1) a produs consecințe deosebite, pedeapsa este închisoarea de la un an la 3 ani sau amendă.

(3) Fapta prevăzută la alin.(1) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă, iar fapta prevăzută la alin.(2) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la un an sau cu amendă.

Condițiile preexistente

Obiectul infracțiunii

Obiectul juridic al infracțiunii analizate este constituit din relațiile sociale care se formează și se dezvoltă în legătură cu protecția muncii, a căror existență este condiționată de luarea măsurilor legale de securitate și sănătate în muncă de către persoanele care organizează, conduc și controlează procesul muncii. Cele mai multe dispoziții în legătură cu protecția muncii se regăsesc în normele de tehnica securității muncii.

Obiectul material, în cazul acestei infracțiuni, de regulă, lipsește.

Subiecții infracțiunii

Subiectul activ al infracțiunii este calificat, deoarece aceasta poate fi comisă numai de către persoana care avea îndatorirea, potrivit legii, de a lua măsurile legale de securitate și sănătate în muncă¹. Cei care organizează, conduc și controlează procesul muncii sunt singurele persoane angajate în luarea măsurii de protecție a muncii.

De asemenea, persoana juridică poate fi subiect activ al acestei infracțiuni, iar participația penală este posibilă în toate formele, inclusiv a coautoratului, dacă este realizată condiția privind calitatea specială pretinsă de lege.

Subiectul pasiv principal al infracțiunii este statul român. Infracțiunea poate avea și subiect pasiv secundar în ipoteza în care prin fapta săvârșită este pusă în pericol sau vătămată o persoană fizică. Subiect pasiv secundar este instituția, persoana fizică sau juridică.

Locul săvârșirii infracțiunii

Infracțiunea analizată trebuie comisă la locul de muncă. Locul de muncă este locul destinat să cuprindă posturi de muncă, situat în clădirile întreprinderii sau unității la care lucrătorul are acces în cadrul desfășurării activității.

Latura obiectivă

Elementul material

Elementul material al infracțiunii constă într-o inacțiune, respectiv omisiunea de a lua măsurile legale privind securitatea și sănătatea în muncă, dacă prin această conduită se creează un pericol grav și iminent de producere a unui accident de muncă sau a unei boli profesionale. Nerespectarea conduitei prescrise de normele privind securitatea și sănătatea în muncă se poate face fie printr-o omisiune totală, atunci când subiectul activ nu ia nici o măsură legală necesară pentru a asigura condițiile optime în unitate, fie printr-o omisiune parțială, atunci când subiectul activ a luat una sau mai multe măsuri de protecția muncii, însă nu pe toate pe care putea și avea obligația legală să le ia.²

¹ A se vedea: T.C. Medeanu, Considerații privind subiectul activ al infracțiunilor la protecția muncii, Dreptul nr.5/1999, p.116-118; R.R. Popescu, op.cit., p.116

² A se vedea N. Costache, Delicte contra protecției muncii, R.D.P nr.4/2004, p.92.

Există infracțiunea prevăzută de articolul 37 din Legea nr. 319/2006 și în cazul în care inculpatul, deși a efectuat instructajul obligatoriu, nu a luat toate măsurile ce se impuneau.³

Urmarea imediată

Urmarea imediată constă într-un pericol grav și iminent de producere a unui accident de muncă sau a unei boli profesionale. Incriminarea vizează, astfel, pericolul iminent sau posibilitatea producerii accidentului.⁴ Infracțiunea analizată nu este susceptibilă să producă un prejudiciu material⁵, decât, eventual, pe disp. alin. 2. În sensul Legii nr. 319/2006 (art.5 pct.20), pericol grav și iminent de accidentare reprezintă situația concretă, reală și actuală căreia îi lipsește doar prilejul declanșator pentru a produce un accident în orice moment. Se observă că această definiție are un conținut diferit de sensul dat acestei expresii de autorii de specialitate în cazul legitimei apărări sau al stării de necesitate.

Conform art.5 din Legea nr. 319/2006, accidentul de muncă este vătămarea violentă a organismului, precum și intoxicația acută profesională, care au loc în timpul procesului de muncă sau în îndeplinirea îndatoririlor de serviciu și care provoacă incapacitate temporară de muncă de cel puțin 3 zile calendaristice, invaliditate ori deces. Boala profesională este afecțiunea care se produce ca urmare a exercitării unei meserii sau profesii, cauzată de agenți nocivi fizici, chimici ori biologici caracteristici locului de muncă, precum și de suprasolicitarea diferitelor organe sau sisteme ale organismului, în procesul de muncă.

Legătura de cauzalitate

Între elementul material și urmarea imediată trebuie să existe legătură de cauzalitate. Nu orice încălcare a dispozițiilor legale constituie infracțiune la protecția muncii prevăzută de articolul 38 din Legea nr. 319/2006, ci numai aceea care creează un pericol iminent de producere a unui accident de muncă sau de îmbolnăvire profesională și, “a fortiori”, când încălcarea respectivă a determinat producerea vreuneia din cele două rezultate.

Ca să poată subzista o atare infracțiune, este necesar ca între încălcarea dispozițiilor legale referitoare la protecția muncii și crearea aceluși pericol iminent de producere a unui accident de muncă sau de îmbolnăvire profesională, ori de survenire a vreunui din aceste rezultate, să existe o legătură cauzală. Astfel, într-o speță s-a considerat că neîntocmirea unor acte despre activități ce, în realitate, au avut loc, nu poate produce, în mod obiectiv, nici pericol iminent de accident de muncă sau îmbolnăvire profesională și nici moartea unei persoane. De asemenea, neasigurarea căștilor de protecție pentru muncitori, în raport de condițiile concrete existente pe șantier (unde era vorba de o demolare a unui perete nefisurat și nedeteriorat, și care nu prezenta niciun pericol, lucrare ce trebuia făcută de sus în jos, toate condițiile în acest scop fiind asigurate) nu putea nici ea să creeze stare de pericol sau să provoace moartea unei persoane. Crearea acelei stări de pericol, care în final a dus la accidentul de muncă, cu consecința morții victimei, s-a datorat culpei victimei care a lucrat contrar instructajului și indicațiilor primite, acționând asupra bazei peretelui și împingându-l, ceea ce a determinat surparea sa.⁶

³ A se vedea Trib. Suprem, dec. pen nr. 619/1977, SintAct-Bază de date.

⁴ A se vedea T.C. Medeanu, Latura obiectivă a infracțiunilor la protecția muncii, Dreptul nr. 6/2000, p. 113.

⁵ Astfel, într-o speță s-a reținut că inculpatul nefiind trimis în judecată și pentru săvârșirea infracțiunii de vătămare corporală din culpă prevăzută de art. 184 alin. (1) și (3) C. Pen. (partea vătămată nesolicitând aceasta), instanța nu putea să dispună obligarea făptuitorului la plata cheltuielilor de spitalizare, deoarece infracțiunea la protecția muncii ce i s-a reținut în sarcină și care constă în nerespectarea măsurilor de protecție a muncii, dacă prin aceasta se creează un pericol iminent a unui accident de muncă, nu este, prin natura ei, generatoare de prejudiciu (Trib. Suprem, dec. pen nr. 774/1974, SintAct-Bază de date).

⁶ A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec nr. 40/1982, SintAct-Bază de date. Pe de altă parte, înaltă speță s-a considerat că neluarea măsurilor de protecție a muncii pentru executarea de către un elev practicant, minor, cu tractorul, a unor lucrări agricole pe teren accidentat și cu pantă, încuviințarea ca în cabina tractorului să se afle un alt minor și părăsirea locului de muncă de către inculpat, răspunzător de executarea lucrării, urmate de efectuarea unor manevre greșite de elevul practicant, răsturnarea tractorului și accidentarea mortală a celui alt minor, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii privind protecția muncii, dar și alte infracțiuni deucidere din culpă prevăzută în art. 178 alin 2

Elementul subiectiv

Infracțiunea prevăzută de articolul 37 alin.(1) poate fi comisă atât cu intenție directă, cât și cu intenție indirectă. Iar la alin. 3 se prevede în mod expres și posibilitatea comiterii ei din culpă.

Existența infracțiunilor examinate nu este condiționată de scopul în care a acționat subiectul activ și nici de mobilul cu care acesta a săvârșit fapta.

Forme, modalități și variante

Tentativa nu este posibilă. **Consumarea** infracțiunii are loc în momentul în care, prin neluarea măsurilor necesare, apare starea de pericol.

Dacă fapta prevăzută la alin.(1) a produs consecințe deosebite este realizat conținutul agravantei incriminate de articolul 37 alin. (2), iar dacă faptele prevăzute la alin.(1) și (2) sunt săvârșite din culpă suntem în prezența atenuantei descrise de articolul 37 alin. (3). Prin consecințe deosebite, în lipsa unei definiții legale, vom înțelege o tulburare însemnată a bunului mers al unității sau o pagubă importantă în patrimoniul acesteia (angajatorii răspund patrimonial, potrivit legii civile, pentru prejudiciile cauzate victimelor accidentelor de muncă sau bolilor profesionale, în măsura în care daunele nu sunt acoperite integral prin prestațiile asigurărilor sociale de stat (art.44).

Sanționarea și aspecte procesuale

Infrațiunea în variantă simplă se pedepsește cu închisoare de la un an la 2 ani sau cu amendă. Dacă fapta prevăzută la alin.(1) a produs consecințe deosebite, pedeapsa este închisoarea de la un an la 3 ani sau amendă. Fapta prevăzută la alin.(1) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă, iar fapta prevăzută la alin.(2) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la un an sau cu amendă.

Nerespectarea obligațiilor și a măsurilor de protecție a muncii.

Conținutul textului incriminator - art. 38

(1)Nerespectarea de către orice persoană a obligațiilor și a măsurilor stabilite cu privire la securitatea și sănătatea în muncă, dacă prin aceasta se creează un pericol grav și iminent de producere a unui accident de muncă sau de îmbolnavire profesională, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la un an la 2 ani sau cu amendă.

(2)Dacă fapta prevăzută în alin. (1) a produs consecințe deosebite, pedeapsa este închisoarea de la un an la 3 ani sau amendă.

(3)Dacă nerespectarea constă în repunerea în funcțiune a instalațiilor, mașinilor și utilajelor, anterior eliminării tuturor deficiențelor pentru care s-a luat măsura opririi lor, pedeapsa este închisoare de la un an la 2 ani sau amendă.

(4)Faptele prevăzute la alin. (1) și (3) săvârșite din culpă se pedepsec cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă, iar fapta prevăzută la alin. (2) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la un an sau cu amendă.

Există asemănare între această infracțiune și cea prezentată anterior în ceea ce privește **subiecții și obiectul juridic special**. Sunt însă deosebiri referitoare la **latura obiectivă** a infracțiunii. Aceasta nu mai constă doar într-o omisiune de a lua una din măsurile cu privire la securitatea și sănătatea în muncă, ci în nerespectarea obligațiilor și măsurilor în acest domeniu, ceea ce presupune o încălcare directă a respectivelor obligații și măsuri, o altă conduită decât cea prevăzută de lege.

Urmarea imediată constă într-un pericol grav și iminent de producere a unui accident de muncă sau a unei boli profesionale. Conform art. 5 din Legea nr.319/2006, accidentul de muncă este vătămarea violentă a organismului, precum și intoxicația acută profesională, care au loc în timpul procesului de muncă sau în îndeplinirea îndatoririlor de serviciu și care provoacă incapacitate temporară de muncă de cel puțin 3 zile calendaristice, invaliditate ori deces. Boala profesională este

afecțiunea care se produce ca urmare a exercitării unei meserii sau profesii, cauzată de agenți nocivi fizici, chimici ori biologici caracteristici locului de muncă, precum și de suprasolicitarea diferitelor organe sau sisteme ale organismului, în procesul de muncă.

Elementul subiectiv

Infracțiunea prevăzută de art.38 alin. (1) poate fi comisă atât cu **intenție directă**, cât și cu **intenție indirectă**.

Existența infracțiunii examinate nu este condiționată de scopul în care a acționat subiectul activ și nici de mobilul cu care acesta a săvârșit fapta.

Forme, modalități și variante

Tentativa nu este posibilă. **Consumarea** infracțiunii are loc în momentul în care apare starea de pericol.

Dacă fapta prevăzută la alin. (1) a produs consecințe deosebite este realizat conținutul agravantei sancționate de art. 38 alin. (2), iar dacă faptele prevăzute la alin. (1) și (3) sunt săvârșite din culpă suntem în prezența atenuantei descrise de art.38 alin. (4).

Uciderea din culpă a unei persoane ca urmare a nerespectării, din culpă, a normelor de protecție a muncii realizează conținutul infracțiunii complexe prevăzute de art.178 alin. (2) C.pen.⁷ Pentru identitate de rațiune, soluția trebuie să fie aceeași și în cazul în care, ca urmare a nerespectării culpabile a normelor de protecție a muncii, se produce vătămarea corporală din culpă a unei persoane.⁸

Sancționarea și aspecte procesuale

Infrațiunea în variantă simplă se pedepsește cu închisoare de la un an la 2 ani sau cu amendă. Dacă fapta prevăzută în alin. (1) a produs consecințe deosebite, pedeapsa este închisoarea de la un an la 3 ani sau amendă. Dacă nerespectarea constă în repunerea în funcțiune a instalațiilor, mașinilor și utilajelor, anterior eliminării tuturor deficiențelor pentru care s-a luat măsura opririi lor, pedeapsa este închisoarea de la un an la 2 ani sau amendă. Faptele prevăzute la alin. (1) și (3) săvârșite din culpă se pedepsesc cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă, iar fapta prevăzută de alin. (2) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la un an sau cu amendă.

Acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu.⁹

3. Încadrarea juridică

Încadrarea juridică a faptelor de neluare a măsurilor prevăzute de lege referitoare la protecția muncii sau, după caz, de nerespectare a acestor măsuri, ce caracterizează latura obiectivă a infracțiunilor speciale înscrise în art. 21- 25 din Legea nr. 5/1965 (normele echivalente din legislația anterioară, aplicabile în art.37 și art. 38 din Legea nr. 319/2006) când acestea au drept urmare imediată nu doar crearea unui “ pericol iminent ” de producere a unui accident de muncă sau de îmbolnavire profesională, ci urmări materiale imediate, respectiv accidente de muncă soldate cu vătămare corporală sau sănătatea unei/unor persoane, decesul unei/unor persoane, distrugerea sau degradarea unor bunuri și alte asemenea urmări materiale.

Cu privire la această problemă, opiniile au evoluat de la o perioadă la alta.

Astfel, într-o primă etapă de aplicare a Legii nr.5/1965 s-a considerat¹⁰ că infracțiunile înscrise în art.21 – 25 din Legea nr.5/1965 (respectiv art. 37 și art. 38 din Legea nr. 319/2006) se absorb în infracțiunile mai grave prevăzute în art. 181-184 sau în art.178 C.pen. după caz.

⁷ N.A – Conținutul acestei infracțiuni va fi absorbit în cele mai grave din Codul penal.

⁸ A se vedea și R.R.Popescu, op.cit., p. 124.

⁹ Musea Sivici, Al.Toader, “Particularități ale cercetării infracțiunilor contra protecției muncii”, articol în RRD nr.1/1974 p. 74 - “ Sub aspect procesual nu au fost înscrise dispoziții derogatorii de la regulile de drept comun, fiind aplicabile toate dispozițiile Codului de procedură penală (privind punerea în mișcare din oficiu a acțiunii penale, obligativitatea efectuării urmăririi penale de către procuror, potrivit art. 209 alin. 3, competență de judecată ș.a.)”.

¹⁰ Vezi , Dionisie Galbură, “Aspecte ale încadrării juridice în materia infracțiunilor contra protecției muncii”, în RRD nr. 10/1973 p. 106-111.

Ulterior, într-o primă opinie¹¹ s-a considerat că există un concurs ideal de infracțiuni între infracțiunea specială, intenționată sau din culpă, înscrisă în unul din textele art.21 – 25 din Legea nr.5/1965 (respectiv art. 37 și art. 38 din Legea nr. 319/2006), pe de o parte, și infracțiunile existente în raport de urmările materiale concret produse. Într-o altă opinie¹², mai nuanțată, s-a considerat că problema în discuție trebuie rezolvată în funcție de situația de fapt, în sensul că poate exista fie un concurs ideal, fie un concurs real de infracțiuni¹³.

Ca și în practica majorității celorlalte instanțe din țara¹⁴, în sensul că *există un concurs ideal de infracțiuni între infracțiunile speciale înscrise în art.21 – 25 din Legea nr.5/1965 (respectiv art. 37 și art. 38 din Legea nr. 319/2006), pe de o parte, și infracțiunile, mai grave sau mai puțin grave, date de urmările materiale imediate ale faptei*, deoarece una și aceeași acțiune sau inacțiune, săvârșită de aceeași persoană, datorită împrejurărilor în care a avut loc și a urmărilor pe care le-a produs (atât o stare de pericol, cât și o urmare materială), întrunește elementele constitutive ale mai multor infracțiuni, situație tipică în care există concurs ideal de infracțiuni, potrivit art. 33 lit. b C.pen.¹⁵

4. Obligații generale prevăzute de Legea nr.319/2006.

În conformitate cu art. 6 din acest act normativ, angajatorul are obligația de a asigura securitatea și sănătatea lucrătorilor în toate aspectele legate de muncă.¹⁶

În cadrul responsabilităților sale, el trebuie să ia măsuri pentru:¹⁷ asigurarea securității și protecția sănătății lucrătorilor; prevenirea riscurilor profesionale; informarea, instruirea lucrătorilor și asigurarea cadrului organizatoric și a mijloacelor necesare securității și sănătății în muncă;

Măsurile de mai sus trebuie implementate pe baza următoarelor principii generale de prevenire:

Evitarea, evaluarea și combaterea riscurilor la sursă; adaptarea muncii la om, în special în ceea ce privește proiectarea posturilor de muncă, alegerea echipamentelor de muncă, a metodelor de muncă și de producție, în vederea reducerii monotoniei muncii, a celui cu ritm predeterminat și a diminuării efectelor acestora asupra sănătății; adaptarea la progresul tehnic; înlocuirea a ceea ce este periculos cu ceea ce nu este periculos sau cu ceea ce este mai puțin periculos; dezvoltarea unei politici de prevenire coerente care să cuprindă tehnologiile, organizarea muncii, condițiile de muncă, relațiile sociale și influența factorilor din mediul de muncă; adoptarea, în mod prioritar, a măsurilor de protecție colectivă față de măsurile de protecție individuală și furnizarea de instrucțiuni corespunzătoare lucrătorilor;

Ținând seama de natura activităților desfășurate, angajatorul are obligația:

a) să evalueze riscurile pentru securitatea și sănătatea lucrătorilor, inclusiv la alegerea echipamentelor de muncă, a substanțelor sau preparatelor chimice utilizate și la amenajarea locurilor de muncă;

¹¹ Vezi, O.A.Stoica în nota supra 14 p.310.

¹² Vezi , David Maniu, ‘‘Probleme de încadrare juridica în materia infracțiunilor contra protecției muncii’’, RRD nr. 8/1972 p. 80-87.

¹³ Alți autori accept idea concursului de infracțiuni fără însă a preciza daca este vorba de un concurs real sau ideal de infracțiuni; în acest sens a se vedea, G.Antoniou, op. Cit. În nota supra 14, p. 122.

¹⁴ În acest sens a se vedea, TS s.p. d. nr. 4897/1972 în CD 1972 p. 424, nr. 335/1972 în CD 1972 p. 294 ș.a; T.j. Timiș d.p. nr. 635/1973, în RRD nr. 11/1973 p. 174 și în R.I p. 423.

¹⁵ În acest sens a se vedea, A. Ungureanu, A. Ciopraga ‘‘ Dispoziții penale din legi speciale’’, Ed. Lumina Lex 1996, Bucuresti, Vol. III , Jn nota supra 34, p.494.

¹⁶ Această obligație subzistă și în situația în care apelează la servicii externe, adică la persoane juridice sau fizice din afara întreprinderii/unității, abilitate să presteze servicii de protecție și prevenire în domeniul securității și sănătății în muncă (art. 5 lit. p).

¹⁷ A se vedea art. 7 din Legea nr. 319/2006

b) ulterior evaluării, măsurile de prevenire, precum și metodele de lucru și de producție aplicate să asigure îmbunătățirea nivelului securității și al protecției sănătății lucrătorilor;

c) să ia în considerare capacitățile lucrătorului în ceea ce privește securitatea și sănătatea în muncă, atunci când îi încredințează sarcini;

d) să asigure ca planificarea și introducerea de noi tehnologii să facă obiectul consultărilor cu lucrătorii și/sau reprezentanții acestora în ceea ce privește consecințele asupra securității și sănătății lucrătorilor, determinate de alegerea echipamentelor, de condițiile și mediul de muncă;

e) să ia măsurile corespunzătoare pentru ca, în zonele cu risc ridicat și specific, accesul să fie permis numai lucrătorilor care au primit și și-au însușit instrucțiunile adecvate.

Când în același loc de muncă își desfășoară activitatea lucrători din mai multe întreprinderi și/sau unități, angajatorii acestora au următoarele obligații:

a) să coopereze în vederea implementării prevederilor privind securitatea, sănătatea și igiena în muncă, luând în considerare natura activităților;

b) să își coordoneze acțiunile în vederea protecției lucrătorilor și prevenirii riscurilor profesionale, luând în considerare natura activităților;

c) să se informeze reciproc despre riscurile profesionale;

d) să informeze lucrătorii și/sau reprezentanții acestora despre riscurile profesionale;

5. Evaluarea riscurilor

În conformitate cu prevederile **Legii Securității și Sănătății în Muncă nr. 319/2006 angajatorul are obligația** conform art. 12 alin 1 lit. a) *“să realizeze și să fie în posesia unei evaluări a riscurilor pentru securitatea și sănătatea în muncă inclusiv pentru acele grupuri sensibile la riscuri specifice”*. De asemenea conform art.13 alin 1 lit b) angajatorul are obligația *“; să întocmească un plan de prevenire și protecție compus din măsuri tehnice, sanitare, organizatorice și de altă natură, bazat pe evaluarea riscurilor, pe care să îl aplice corespunzător condițiilor de muncă specifice unității; ”*. Nerespectarea acestei prevederi: *“Constituie **contravenție și se sancționează cu amendă** de la 4.000 la 8.000 lei ”*, conform Cap.IX art.39 alin (4) din **Legea nr. 319/2006**.

Scopul evaluării îl constituie:

Determinarea cantitativă a nivelului de risc pe loc de munca pe baza combinației între gravitate și probabilitate; Stabilirea nivelului de risc acceptabil pe societate; Stabilirea stării inițiale de securitate;

Un alt scop poate fi acela de a oferi un instrument managerial pentru a controla riscurile înainte ca acestea să se manifeste și pentru a fundamenta un stil managerial proactiv pe linie de securitate și sănătate în muncă;

Un ultim scop este etapa de bază în vederea constituirii documentației tehnice pentru implementarea sistemului de management al SSM și certificarea ulterioară a acestuia;

Etapele evaluării:

I. Identificarea și nominalizarea locurilor de munca ce urmează a fi supuse procesului de evaluare a factorilor de risc de accidentare și îmbolnăvire profesională.

II. Evaluarea factorilor de risc de accidentare și îmbolnăvire profesională:

Definirea sistemului de analizat (loc de muncă); Identificarea factorilor de risc din sistem; Evaluarea riscurilor de accidentare și îmbolnăvire profesională pe fiecare post de lucru / loc de muncă și stabilirea nivelului de risc parțial și total pe unitate; Ierarhizarea riscurilor și stabilirea priorităților de prevenire; Propunerea măsurilor de prevenire.

III. Precizări privind principalele rezultate ale evaluării:

Încadrarea în prevederile Legii nr. 319/2006 privind managementul securității și sănătății în muncă și implementarea sistemului în cadrul organizației; Reprezintă etapa de bază în vederea

constituirii documentației tehnice pentru implementarea sistemului de management al SSM și certificarea ulterioară a acestuia; Asigură planificarea în timp a costurilor în domeniu și evită penalitățile și costurile cauzate de prezența neconformităților din sistem și Contribuie la informarea corectă a salariaților în ceea ce privește riscurile specifice fiecărui loc de muncă.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat într-o cauză, în anul 2001, că obligația angajatorului de a evalua riscurile în timpul muncii este una continuă care nu se stinge în momentul când a avut loc o primă evaluare.¹⁸ El trebuie să evalueze riscurile în funcție de dezvoltarea progresivă a condițiilor de muncă și a cercetărilor științifice.

6. Asistența lunară

- Participarea efectivă la verificarea însușirii și a modului de aplicare a măsurilor propuse în planul de prevenire
- Monitorizarea funcționării sistemelor și echipamentelor de protecție
- Evidența meseriilor care au nevoie de autorizare și modul de exercitare a acestora cu respectarea prevederilor de securitate, sănătate și protecție a muncii
- Evidența echipamentelor individuale de protecție
- Participarea la evenimentele deosebite ce pot apărea (controale sau accidente)
- Întocmirea rapoartelor și listelor prevăzute în Hotărârile Guvernului
- Realizarea măsurilor dispuse de către inspectorii de muncă cu prilejul vizitelor de control și al cercetării evenimentelor.

7. Reglementări comunitare

La fel ca și în cadrul altor organizații internaționale cu preocupări în materie, în cadrul Uniunii Europene problematica securității și sănătății în muncă a constituit o preocupare deosebită. Prevederi în acest sens pot fi regăsite în chiar tratatele constitutive ale comunităților Europene (de ex. Art. 75, 100A, 118, 118A, 235 ale Tratatului C.E.E.), dar și o lungă serie de directive adoptate pe baza acestora.

Cea mai importantă dintre acestea este **Directiva Consiliului 89/391/CEE din 12 iunie 1989 privind introducerea de măsuri de încurajare a îmbunătățirilor în domeniul securității și sănătății lucrătorilor în muncă**. Acest act comunitar constituie documentul-cadru în ceea ce privește securitatea și sănătatea în muncă.

Obiectivul acestei directive este acela de a îmbunătăți sănătatea și securitatea lucrătorilor, la locurile lor de muncă, în toate sectoarele de activitate, private sau publice(cu excepția anumitor activități specifice din cadrul funcției publice, cum ar fi forțele armate, poliția sau protecția civilă).

Directiva-cadru 89/391/CEE a fost transpusă în dreptul intern prin Legea securității și sănătății în muncă nr.319/2006. În cuprinsul ei se preiau din norma comunitară definițiile termenilor specifici, obligațiile angajatorilor și ale lucrătorilor, precum și aspectele legate de informarea, consultarea și participarea lucrătorilor la discutarea tuturor problemelor referitoare la securitatea și sănătatea în muncă.

Directiva-cadru 89/391/CEE are în conținutul unui articol 19 directive specifice care acoperă problematica sănătății în domenii particulare. Astfel, două dintre ele cuprind norme specifice privind exigențele minime de sănătate și securitate ce trebuie îndeplinite la locul de muncă și în privința instalațiilor întrebuițate. Alte directive individuale detaliază securitatea muncii pe domenii economice sau în funcție de factori de risc, cum sunt: echipamentul personal de protecție, manipularea greutăților, lucrul cu ecrane de monitorizare, agenții cancerigeni, agenții biologici,

¹⁸ Decizia din cauza C- 49/00, Rec., p. 8575, în Ovidiu Ținca, op.cit., p. 269

pentru lucrători din construcții care lucrează pe șantiere temporare sau mobile, în industria extractivă prin foraj, în industria extractivă sub cerul liber sau în subteran sau în industria pescuitului. O directivă specifică se referă la exigențele minime de dotare a locurilor de muncă cu panouri de avertizare privind sănătatea și/sau securitatea, iar o alta, la introducerea de măsuri vizând îmbunătățirea condițiilor de sănătate și securitate la locul de muncă pentru femeile ce muncesc și sunt însărcinate, au născut sau alăptează.

Aceste directive au fost transpuse sau urmează să fie transpuse în legislația română în concretizarea obligației de armonizare a legislației interne cu cea comunitară.

De asemenea, deja un număr important din directivele specifice își găsesc echivalent în legislația românească.

Concluzii:

Securitatea și sănătatea în muncă, instituție a dreptului muncii, este un ansamblu unitar de norme juridice imperative care are ca obiect reglementarea și controlul proceselor de muncă, în scopul asigurării condițiilor optime, la nivelul științei și tehnicii moderne, pentru apărarea vieții, integrității corporale și sănătății tuturor participanților în acest proces, prevenirea accidentelor de muncă și a îmbolnăvirilor profesionale.

Referințe bibliografice:

- Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă, publicată în M.Of nr.646 din 26 iulie 2006.
- Mihai Hotca și Maxim Dobrinou " Infrațiuni prevăzute în legi speciale" comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2008.
- A.Ungureanu și A.Ciporaga " Dispoziții penale din legi speciale române"- comentate și adnotate cu jurisprudență și doctrină, Ed. Lumina Lex, Vol. III, București,1996.
- Alexandru ȚICLEA " Tratat de dreptul muncii", Ediția a-II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2007.
- Nicolae Voiculescu " Reglementări interne și comunitare", Ediția a 2-a, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007

Alte resurse:

- www.agenda.ro/news
- www.protectiamuncii.ro

Am consultat și:

- T. Medeanu "Accidentele de muncă", Ed.Lumina Lex, București, 1998.
- Ovidiu Ținca, Valentin Merișan " Infrațiuni referitoare la ralațiile de muncă". Ed. Lumina Lex, București, 2001.
- Popescu, R.R "Dreptul penal al muncii", Ed.Național, București, 2005.
- "Revista Română de dreptul muncii", nr.2, 2004.

CRIMINALITATEA INFORMATICĂ ȘI FALSIFICAREA INSTRUMENTELOR DE PLATĂ ELECTRONICĂ - AMENINȚĂRI MODERNE -

George NICOLAE*

Abstract

Increasing economic, political and social interdependence multiplied with more pronounced effects of computerized society has led to the redefinition of the phenomenon of organized crime. Regarding the evolution of this phenomenon, cybercrime and the use of IT&C technology in committing crimes are gaining more important roles, taking advantage of insufficient legal protection under national laws and the lack of uniform practices worldwide. The criminals behind such crimes are organized and specialized in using high-tech instruments, being every time one step ahead of legal authorities. Frauds committed by electronic means of payment have acquired serious proportions today, also changing the landscape of law. This situation requires a strict and consistent enforcement of law, task trying to be accomplished by Law 365/2002 and the New Criminal Code.

Keywords: *cybercrime, New Criminal Code, law enforcement, electronic means of payment, fraud*

Introducere

Dezvoltarea tehnologică fără precedent și utilizarea pe scară largă a sistemelor computerizate au condus la apariția criminalității informatice, element ce redimensionează fenomenul criminalității organizate. O altă constantă a societății contemporane globalizate este reprezentată de progresul înregistrat de comerțul electronic și, implicit, de tendința falsificării instrumentelor de plată electronică. Cu privire la aceste doua amenințări, dreptul penal trebuie să reacționeze prompt și coordonat. Lucrarea de față analizează atât evoluția propriu-zisă a celor doua fenomene infracționale, cât și parcursul inițiativelor și demersurilor legislative specifice.

1. Apariția și evoluția criminalității informatice

Criminalitatea informatică reprezintă fenomenul social caracterizat de comiterea de infracțiuni în domeniul informaticii, prin utilizarea calculatorului. Sub aspectul săvârșirii de infracțiuni, calculatoarele pot fi folosite la săvârșirea sau facilitarea comiterii unor infracțiuni specifice (accesul neautorizat, sabotajul informatic, etc) sau a celor clasice, prin mijloace mai evolute și perfecționate (furtul, falsul, fraudele)¹. Astfel, calculatorul privit ca element fundamental în cadrul acestei paradigme infracționale poate constitui atât instrumentul, cât și obiectul delictului. Răspândirea rapidă și ireversibilă a calculatoarelor a fost susținută de deosebitele avantaje pe care tehnologia informatică le deține. Se constată o expansiune accelerată a tehnologizării și informatizării societății umane, calculatoarele fiind prezente atât în cadrul activităților cu caracter comercial, economic, politic, cât și în cele mai insignifiante aspecte ale vieții cotidiene a unei persoane. Totuși, alături de aspectele pozitive precum eficientizarea schimburilor de informații și sporirea controlului operațional, calculatoarele și rețelele dintre acestea au introdus în mediul socio-economic și o serie de riscuri. Dincolo de atracția față de noile tehnologii a celor interesați de dezvoltare a apărut și interesul

* Student, Academia de Poliție "Alexandru Ioan Cuza", București. Studiul a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Mirela Gorunescu (mire_gor@yahoo.com).

¹ Luca Iamandi, Emil Stan, George Țical – Infracționalitatea informatică, București, 2004, pag.7.

acelora care au văzut în utilizarea tehnologiei moderne un mod de a dobândi rapid beneficii ilicite semnificative.

Dependența tot mai accentuată a societății de folosirea sistemelor computerizate demonstrează natura extrem de periculoasă a infracțiunilor informatice. Pericolul social determinat de aceste infracțiuni reprezintă o realitate incontestabilă, statisticile din domeniu demonstrând că teama de atacuri informatice depășește în intensitate pe cea față de furturi sau alte fraude². Mai mult decât atât, din cauza caracterului sofisticat și complex al infracțiunilor informatice doar o mică parte dintre acestea sunt descoperite de organele de urmărire penală. Se poate constata astfel, că dacă în cazul infracțiunilor de drept comun, cifra neagră a criminalității (reprezentată de totalitatea faptelor ilicite care nu sunt descoperite de organele de urmărire penală) constituie un segment important dar nu majoritar, în cazul infracțiunilor săvârșite prin utilizarea calculatorului, ponderea faptelor penale nedescoperite tinde să fie de aproape 90%. Analiza flagelului criminalității organizate a pus în evidență varietatea actelor infracționale care se pot produce precum și imprevizibilitatea acestora.

Prejudiciile directe sau mediate cauzate de aceste activități infracționale ating praguri impresionante. Deși procesul de stabilire a pagubelor produse de criminalitatea informatică este îngreunat de lipsa unor statistici în domeniu, au existat numeroase încercări de cuantificare. Potrivit unui sondaj efectuat de Computer Crime Institute și Federal Bureau of Investigation în anul 2006, 538 de întreprinderi și instituții chestionate din SUA au înregistrat pierderi de 201.794.340 dolari. Cu privire la amploarea fenomenului infracțional pe plan intern, ambasadorul american în România, Mark Gitenstein, afirma la sfârșitul anului trecut că fraudele informatice pornite din România au ajuns să producă pagube de peste un miliard de dolari în Statele Unite ale Americii.

1.2 Forme de manifestare a criminalității informatice

Pentru a identifica instrumentele adecvate în combaterea criminalității informatice, comunitatea internațională a încercat să definească și să cunoască în profunzime tipurile de infracțiuni comise prin intermediul calculatoarelor. Acestea se remarcă prin diversitate și ingeniozitate, comportând trăsături specifice în funcție de factorii spațiali sau tehnologici. Chiar dacă nu există o inventariere oficială și universal valabilă a formelor de manifestare a criminalității informatice, doctrina penală nu a întârziat să exprime opinii cu privire la acest aspect.³ Astfel, întâlnim:

a) Fraudele de pe Internet. Elementele componente ale acestei forme a activității infracționale sunt: fraudele la licitații online, fraudele în domeniul prezentării oportunităților de angajare, fraudele prin intermediul serviciilor de tip escrow, furtul de identitate, șantajul prin Internet, scrisorile nigeriene, fraudele de retransmitere de bunuri, retransmiterea de sume de bani, mesaje de tip SPAM.

Principalul mediu de propagare a acestor fraude este Internetul, o rețea globală de calculatoare care funcționează pe baza unor protocoale comune. Prin serviciile pe care le oferă, Internetul aduce multiple avantaje cercetării științifice, învățământului, administrației, mediului de afaceri, precum și comunicării interumane. Din nefericire, această rețea mondială constituie și un adevărat câmp infracțional. Deplasarea actelor criminale pe terenul Internet-ului nu s-a produs întâmplător, ci din rațiuni cât se poate de pragmatice, care țin de faptul că această mega rețea planetară prezintă cel puțin trei avantaje de marcă pentru infractori: abolirea distanțelor, costuri minime și o față și mai anonimă.⁴

² Ghidul introductiv pentru aplicarea dispozițiilor legale referitoare la criminalitatea informatică, București 2004.

³ Ioan Dascălu (coordonator), Robert Sorin Negoită, Adrian Iacob, Cristian-Eduard Ștefan, Costel Pelcaru, Cătălin Țone, Virgil Spiridon, Dan Bîrlă – Criminalitatea organizată, Editura SITECH, Craiova, 2009, pag 38.

⁴ Serge Le Doran, Philippe Rose, Cyber-Mafia, Editura Antet, București, 1998, pag 153.

b) Atacurile Informatice. Cele mai multe reușite asupra sistemelor informatice se bazează pe exploatarea unor vulnerabilități software. Atacatorii utilizează programe de scanare a IP-urilor și profită de breșele existente în cadrul sistemului de securitate.

c) Pornografia infantilă pe Internet. Odată cu apariția Internetului a crescut atât numărul materialelor ilegale existente, cât și eficiența răspândirii acestora.

d) Pirateria software. Acțiunile de copiere, modificare sau transmitere a informațiilor conținute de un program software atrag răspunderea penală a subiecților infracțiunii. Încălcarea drepturilor de autor pentru acest tip de aplicații high-tech se manifestă mai ales în țări precum: SUA, Mexic, China, Indonezia, Filipine, Rusia, România, Bulgaria. Deși majoritatea țărilor enumerate au legi care incriminează în mod distinct încălcarea drepturilor de autor, totuși numai în țările dezvoltate se realizează o aplicare strictă a acestor prevederi penale.

e) Fraudele privind instrumentele de plată electronică.

1.3 Cadru legal

Conștientizând pericolul reprezentat, majoritatea țărilor au incriminat infracțiunile informatice fie prin reglementări distincte, fie prin modificarea și actualizarea codurilor penale aflate în vigoare. Problemele care mai subzistă în cadrul acestui proces de combatere a cybercriminalității sunt reprezentate de interpretarea diferită în legislațiile naționale a unor activități ilicite săvârșite prin intermediul sistemelor informatizate, lipsa unor protocoale sau convenții care să uniformizeze și să eficientizeze aplicarea reglementărilor actuale, lipsa unicității procedurale a investigațiilor în domeniu. Tot mai multe organizații internaționale s-au implicat în acest complex și dificil proces de armonizare a inițiativelor și reglementărilor regionale din sfera criminalității informatice.

Organizația Națiunilor Unite a adoptat în decembrie 2001 o rezoluție (55/63) privind combaterea folosirii abuzive a tehnologiilor informaționale ce conține câteva recomandări cu privire la incriminarea infracțiunilor informatice. În ianuarie 2010 s-a desfășurat la Mauritsius, pe continentul african, Grupul de Lucru al Agențiilor Guvernamentale organizat sub egida Uniunii Africane. Acesta a dezbătut printre alte idei-temă și problema securității spațiului informatic și necesitatea aplicării măsurilor de combatere a criminalității organizate în domeniul sistemelor coputerizate.

De asemenea, Consiliul Europei a inițiat o serie de reglementări cu privire la criminalitatea informatică, cele mai reprezentative fiind Recomandarea nr. R(89)9 privind unele norme care trebuie aplicate de statele membre pentru combaterea criminalității informatice, Recomandarea nr. R(95)13 cu privire la problemele de procedură penală legate de tehnologiile informaționale din 1995 și Convenția privind criminalitatea informatică, semnată la data de 23 noiembrie 2001 la Budapesta⁵. Principalul obiectiv al Convenției este acela de a încuraja și propune adoptarea unor reglementări penale care să sancționeze actele îndreptate împotriva confidențialității, integrității și disponibilității sistemelor informatice, a rețelelor și datelor, precum și a utilizării frauduloase a acestora. Actul elaborat de Consiliul Europei stabilește de principiu tipologia criminogenă și cere sancționarea efectivă, proporțională și convingătoare a infracțiunilor stabilite. Totuși, felul pedepsei (pedeapsă privată de libertate sau amendă) și întinderea acesteia rămân la latitudinea statelor semnatare.

Referitor la dinamica acestui fenomen infracțional în România, se consideră că apariția criminalității informatice se situează în jurul anilor 1995, 1996. Începând de atunci, pe baza vidului legislativ și din cauza reorientării rapide a activității infracționale a grupurilor criminale organizate, fenomenul va lua amploare. Mai mult decât atât, țara noastră a început să și exporte infractori ai

⁵ Convenția Consiliului Europei din 2001 a fost ratificată de România prin Legea nr.64/2004 (pentru ratificarea Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, adoptată la Budapesta la 23 noiembrie 2001). Convenția a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr.343 din 20/04/2004 și a intrat în vigoare la data de 1 iulie 2004. Actualmente există 55 de state semnatare dintre care doar 30 au și ratificat textul Convenției.

sistemelor informatizate. Astfel într-un Raport din 2008 oferit publicității de un ONG ce se află sub patronajul F.B.I., România este plasată pe locul zece în lume în ceea ce privește țările furnizoare de infractori “www”.⁶

În ultimii ani, legiuitorul român a fost preocupat de elaborarea unui cadru normativ care să reglementeze accesul și desfășurarea activității prin intermediul sistemelor informatice în diferite sectoare.⁷ Legea nr.365/2002 privind comerțul electronic și Titlul III al Legii nr. 161/2003, privind criminalitatea informatică, constituie pilonii fundamentali ai unei legislații moderne, la standarde europene. Odată cu iminența aderării României la Uniunea Europeană a apărut și necesitatea realizării unei reforme penale de anvergură prin modificarea structurală a reglementărilor generale aflate în vigoare. Privind din perspectiva normării fenomenului criminalității informatice, acest deziderat s-a concretizat prin introducerea în Noul Cod Penal Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 575 din 29/06/2004 a Titlului X, denumit „Delicte contra datelor și sistemelor informatice”⁸. Deși reglementarea-cadru amintită nu a intrat în vigoare, este de remarcat interesul deosebit manifestat de legiuitor cu privire la această nouă ramură a criminalității organizate.

Prin adoptarea Legii nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri – Titlul III, intitulat, Prevenirea și combaterea criminalității informatice, legiuitorul a înțeles să acorde atât protecție juridică sistemelor informatice împotriva atacurilor informatice sau a acțiunilor de modificare sau ștergere a informației, cât și întărirea și actualizarea normelor procedurale de desfășurare a investigațiilor. Au fost introduse noi mijloace speciale de investigare, dintre care cea mai relevantă este percheziția sistemelor informatice. Primul capitol al legii conține definițiile termenilor și conceptelor operaționale utilizate. În ceea ce privește Capitolul II, acesta este dedicat dispozițiilor referitoare la prevenirea criminalității informatice, dispoziții referitoare la programele de prevenire, promovarea de politici, practici, măsuri, proceduri și standarde minime de securitate a sistemelor informatice și la constituirea și actualizarea permanentă a bazei de date privind criminalitatea informatică. Tot în cadrul acestui titlu sunt prezentate dispozițiile ce normează cooperarea interinstituțională necesară prevenirii fenomenului infracțional.

În cuprinsul Capitolului III se regăsește reglementarea infracțiunilor din domeniul informatic, structurate după aceleași criterii ca și cele prevăzute în Convenția Consiliului Europei de la Budapesta 2001:

a) Infracțiuni contra confidențialității și integrității datelor și sistemelor informatice: infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic, infracțiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice, infracțiunea de alterare a integrității datelor informatice, infracțiunea de perturbare a funcționării sistemelor informatice, infracțiunea de a realiza operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice.

b) Infracțiuni informatice: infracțiunea de fals informatic, infracțiunea de fraudă informatică.

c) Pornografia infantilă prin sisteme informatice.

Cu scopul de a spori gradul de înțelegere a textului legal și de a lămuri unele aspecte controversate apărute în practica judiciară vom realiza o scurtă analiză juridică a principalelor infracțiuni stabilite prin Legea 161/2003. De altfel, accesul ilegal la un sistem informatic și fraudă informatică reprezintă infracțiunile cele mai des întâlnite în practica judiciară.

⁶ <http://www.infolegal.ro.2011.01.04>.

⁷ Maxim Dobrinou – Infracțiuni în domeniul informatic, Editura C.H.Beck, București, 2006, pag 160.

⁸ Legea nr. 301/2004 - Codul penal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 575 din 29 iunie 2004, cu modificările ulterioare și Legea nr. 294/2004 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 591 din 1 iulie 2004, cu modificările ulterioare, sunt abrogate expres de Legea nr.286 din 17 iunie 2009 privind Codul Penal, publicată în M. Of. Partea I nr. 510 din 24 iulie 2009.

Accesul ilegal la un sistem informatic

Potrivit art. 42, este incriminată fapta de acces ilegal la un sistem informatic într-o variantă tip (alin. 1) și doua variante agravate (alin.2 și 3). Infracțiunea principală constă în *accesul fără drept la un sistem informatic* (art. 42 alin. 1). Variantele agravate există atunci când accesul fără drept la un sistem informatic este săvârșit în scopul obținerii de date informatice (art.42 alin 2) sau când fapta prevăzută la alin(1) sau(2) este săvârșită prin încălcarea măsurilor de securitate (art.42 alin.3). **Obiectul juridic generic** îl constituie relațiile sociale care se nasc odată cu utilizarea sistemelor informatice. În doctrina juridică există opinii care afirmă chiar că prin această incriminare se protejează „domiciliul informatic”⁹.

Cu privire la **obiectul juridic special** al infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic, în primul rând se protejează interesele celui care deține în mod legal sistemele informatice, dar în subsidiar se încearcă și ocrotirea celui care deține sau utilizează de drept datele sau informațiile stocate în respectivul sistem computerizat¹⁰. **Obiectul material** constă în totalitatea componentelor materiale ale unui sistem informatic (Hardware și Software).

Infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic poate fi comisă de orice persoană care îndeplinește condițiile răspunderii penale, textul incriminator necircumstanțind în nici un fel **subiectul activ** al acestei infracțiuni. Sub aspect criminogen se constată ca majoritatea celor care întreprind asemenea activități ilicite sunt persoane cu o inteligență peste medie, cu studii medii sau superioare, specializate în tehnologia utilizării calculatoarelor. Participația este posibilă în toate formele sale: coautorat, instigare sau complicitate.

Subiectul pasiv al infracțiunii este reprezentat de persoana fizică sau juridică, proprietară de drept sau care deține un drept de posesie legală asupra sistemelor sau datelor informatice accesate în mod fraudulos.

Elementul material al acestei infracțiuni se realizează prin pătrunderea pe nedrept într-un sistem informatic.¹¹ Definitiv pentru o bună înțelegere a textului legislativ este termenul de “acces” prin care legiuitorul dorește să se înțeleagă intrarea totală sau doar parțială în cadrul sistemului informatic, neavând relevanță din punct de vedere penal dacă această operațiune s-a realizat prin mijloace de comunicare directe sau la distanță (legătura prin satelit, utilizarea unor componente periferice de acces). Pentru obținerea accesului, făptuitorul va încerca o gamă variată de procedee tehnice, cum ar fi: “atacul prin parolă, atacul de acces liber, atacul care exploatează slăbiciunile tehnologice, atacul care exploatează bibliotecile partajate, atacul IP ori atacul prin deturnarea TCP etc...”¹²

Urmarea imediată a acestei infracțiuni constă în producerea unei stări de pericol pentru relațiile sociale care se bazează pe utilizarea legală a sistemelor informatice. Raportul de cauzalitate dintre acțiunea incriminată și urmarea imediată se prezumă, el rezultând din însăși materialitatea faptei. Totuși, pentru cea de-a doua variantă agravată este necesar să se demonstreze încălcarea forțată a măsurilor de securitate.

Raportat la **elementul subiectiv**, infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic se realizează cu intenție directă sau intenție indirectă. În cazul alin.(1) și (3), mobilul și scopul nu prezintă relevanță pentru încadrarea juridică a faptei, dar pot fi avute în vedere cu ocazia

⁹ I. VasIU, Informatica juridică și drept informatic, Ed. Albastră, 2002, pag.167; I. VasIU, Implicații legale și etice ale folosirii Internet, în Revista de Drept Penal 4/1996, pag. 88-92.

¹⁰ A se vedea în acest sens AntonIU George, Infracțiuni în legătură cu folosirea calculatoarelor, în Studii de Drept Românesc, 3/1992,pag. 227-243; Gheorghe Bica, Gheorghe Mihail, Infracțiuni săvârșite prin calculator, în Revista de Drept Penal 4/1996, pag 85-88.

¹¹ A se vedea în acest sens dosarul DIICOT nr.66/D/P/2007 în Ioan Dascălu (coordonator), Robert Sorin Negoită, Adrian Iacob, Cristian-Eduard Ștefan, Costel Pelcaru, Cătălin Țone, Virgil Spiridon, Dan Bîrlă – Criminalitatea organizată, Editura SITECH, Craiova, 2009, pag. 87.

¹² L. Klander - Anti-Hacker, Ed. All Educational, București, 1998, pag. 22.

individualizării judiciare a pedepsei. Pentru prima variantă agravată, prevăzută de alineatul (2), forma de vinovăție este intenția calificată prin scop.

Actele pregătitoare, deși posibile, nu sunt incriminate și, prin urmare, nu sunt pedepsite. O parte a actelor pregătitoare specifice este incriminată ca infracțiune de sine stătătoare, cum ar fi cazul art. 46 „Operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice”. Este pedepsită tentativa, fiind incriminată de art. 47 din lege. Cu privire la consumarea infracțiunii în modalitatea prevăzută la alin. (1), aceasta se realizează în momentul în care făptuitorul accesează în mod direct sau de la distanță resursele sistemului informatic. În modalitatea prevăzută la alin. (2), consumarea infracțiunii are loc atunci când intrusul acționează asupra măsurilor de securitate, indiferent dacă a reușit sau nu înlăturarea acestora.

Pedeapsa principală prevăzută în alin. (1) este închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau amendă. Pentru fapta prevăzută la alin. 2, pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 5 ani, iar fapta prevăzută în alin.3 se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani.

Frauda informatică

Frauda informatică este incriminată în cadrul art.49 din Legea 161/2003 și constă în *fapta de a cauza un prejudiciu patrimonial unei persoane prin introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, prin restricționarea accesului la aceste date ori prin împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem informatic, în scopul de a obține un beneficiu material pentru sine sau pentru altul.*

Obiectul juridic special îl constituie relațiile sociale care protejează patrimoniul unei persoane, atunci când prezența respectivei persoane în spațiul cibernetic se cuantifică într-un anumit volum de date stocate într-un sistem informatic sau vehiculate într-o rețea¹³. **Obiectul material** este reprezentat atât de componentele sistemului informatic, cât și de datele și informațiile cu valoare patrimonială. Infracțiunea analizată poate fi săvârșită de orice **subiect activ** care îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru răspunderea penală.

În cazul comiterii infracțiunii de fraudă informatică, **subiectul pasiv** va fi persoana ale cărei interese patrimoniale sunt prejudiciate indiferent dacă aceasta este proprietarul, deținătorul de drept sau utilizatorul legal al respectivului sistem informatic.

Elementul material se realizează printr-o acțiune alternativă de introducere, modificare sau ștergere de date informatice ori de restricționare a accesului la respectivele date sau de împiedicare în orice mod a funcționării unui sistem informatic. Este absolut necesar ca aceste acțiuni să producă efecte negative, fiind motivate de intenția de a obține un beneficiu material. Prin “modificare” de date informatice se înțelege introducerea de secvențe noi sau degradarea celor existente deja astfel încât, noile date obținute să fie diferite de cele inițiale. “Ștergerea” datelor constă în operațiunea de eliminare totală sau parțială a reprezentării binare a datelor informatice stocate pe diferite suporturi de memorie. Ștergerea datelor echivalează oarecum cu distrugerea de obiecte materiale, fiind păstrată totuși posibilitatea, în cazul datelor informatice, de recuperare dacă nu a intervenit suprascrierea. “Deteriorarea” semnifică alterarea, degradarea conținutului binar al datelor informatice, astfel încât noul cod să nu mai corespundă celui anterior.

Urmarea imediată constă în producerea unui prejudiciu de natură patrimonială unei persoane. Pentru întregirea laturii obiective este necesară existența unei **legături de cauzalitate**, între producerea prejudiciului patrimonial și o anumită acțiune incriminată, sancționată, comisă în cazul concret.¹⁴

Deoarece infracțiunea se săvârșește în vederea obținerii unui folos material pentru sine sau pentru altul, fraudă informatică se săvârșește numai cu **intenție directă, calificată prin scop**. Nu

¹³ Maxim Dobrinou – Infracțiuni în domeniul informatic, Editura C.H.Beck, București, 2006, pag 222.

¹⁴ Ilie Pascu, Mirela Gorunescu – Drept Penal, Partea Specială, ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2009.

prezintă relevanță dacă prejudiciul patrimonial a fost efectiv realizat, ci numai să fi existat posibilitatea producerii acestuia, posibilitate cunoscută și urmărită de subiectul activ al infracțiunii.

În ce privește actele pregătitoare, este de subliniat faptul că acestea nu sunt incriminate prin textul legal, ca atare nefiind pedepsite. Deși tentativa acestei infracțiuni este incriminată în art.50, în practica judiciară s-a reținut adesea înlocuirea acesteia cu infracțiunea de fals informatic.

Pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea de fraudă informatică este închisoarea de la 3 la 12 ani.

2. Falsificarea instrumentelor de plată electronică

2.1 Instrumente de plată electronică

Dezvoltarea tehnologică susținută și răspândirea Internetului au dus la redefinirea conceptului de “plată”. Factori precum extinderea piețelor de desfacere, creșterea vitezei de transmitere a fluxurilor informaționale, mondializarea raporturilor comerciale au deschis perspectivele unui nou tip de comerț, comerțul electronic și ale unei noi modalități de plată, plata electronică. Comerțul electronic oferă statelor lumii o oportunitate nemaîntâlnită pentru încurajarea creșterii economice prin îmbunătățirea performanțelor industriei și comerțului și încurajarea investițiilor în dezvoltarea de tehnologii inovatoare. Chiar dacă definițiile comerțului electronic diferă, acestea au un element comun: “efectuarea de tranzacții într-un mediu electronic și obținerea de avantaje de către toți partenerii de afaceri, îmbunătățirea calității produselor și serviciilor, precum și creșterea vitezei de realizare a proceselor economice. Pe de altă parte, toate aceste definiții indică faptul că noua formă de comerț nu este limitată doar la cumpărarea și vânzarea de produse, ci face referire și la activitățile anterioare sau ulterioare vânzării specifice unui lanț valoric comercial.”¹⁵

La momentul actual există numeroase instrumente de plată electronică disponibile pe Internet. Putem stabili care sunt elementele “sine qua non” ale acestora:

- ❖ Costurile reduse de tranzacționare. Pentru ca folosirea unor instrumente de plată electronică să fie avantajoasă este necesar ca taxele percepute să fie reduse.

- ❖ Ușurința utilizării. Simplitatea folosirii mijloacelor electronice de plată reprezintă un deziderat ce trebuie avut în vedere de emitenți.

- ❖ Universalitatea. În contextual internaționalizării schimburilor comerciale această caracteristică devine tot mai importantă. Acceptarea universală a mecanismului de plată utilizat constituie una dintre condițiile viabilității sale.

- ❖ Posibilitatea verificării autenticității valorilor conținute. Fiecare sistem de plată trebuie să fie în măsură să garanteze creditorului autenticitatea valorii ce este transmisă sau primită.

- ❖ Asigurarea integrității plății. Din considerente de securitate este necesar ca un mijloc electronic de plată să asigure efectuarea integrală a plății.

- ❖ Confidențialitatea. Unul dintre etaloanele valorii instrumentelor de plată electronică este confidențialitatea. Datele și informațiile personale, precum și cele de autentificare trebuie să fie protejate de intruziunea unor entități externe, neautorizate.

Stabilirea unei tipologii exhaustive a instrumentelor de plată electronică constituie un demers dificil de realizat. Varietatea acestora, numărul tot mai mare cât și posibilitatea identificării rapide a unor noi forme de plată electronică sunt factorii care contribuie la stabilirea acestei concluzii. Chiar și așa putem enumera cele mai des utilizate instrumente de plată electronică: cardurile cu bandă magnetică, cardurile cu microprocesor, cecurile electronice, Ecash (sistem online de plată electronică), Cybercoin sau Millicent.

¹⁵ Meștină Gabriela – Introducere în afaceri electronice, Editura Junimea, Iași, 2001, pag 20.

2.2 Cadrul legal

Pe măsură ce fenomenul emiterii și difuzării de monedă electronică a luat amploare, a fost necesară crearea unei reglementări la nivel comunitar. Acest deziderat s-a materializat în adoptarea Directivei Parlamentului European și a Consiliului nr.2000/46/CE, privind inițierea, exercitarea și supravegherea prudențială a activității instituțiilor de bani electronici.¹⁶ În sensul articolului (3) al acestei legi, “banii electronici pot fi considerați ca un substitut electronic al monedelor și bancnotelor, care se stochează pe un dispozitiv electronic, cum ar fi un card electronic sau o memorie de calculator și care sunt destinați în general scopului de a efectua plăți electronice cu valori limitate.” Tot în acest cadru juridic comunitar se stabilea că instituțiile de bani electronici trebuie să aibă un capital inițial stabilit de cel puțin 1 milion de euro.

Transformările inedite evoluției activităților comerciale și necesitatea identificării unor soluții pertinente pentru rezolvarea dificultăților din domeniu au determinat adoptarea în anul 2009 a unui nou act, intitulat Directiva 2009/110/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind accesul la activitate, desfășurarea și supravegherea prudențială a activității instituțiilor emitente de monedă electronică, de modificare a Directivelor 2005/60/CE și 2006/48/CE și de abrogare a Directivei 2000/46/CE.¹⁷ Se precizează că Directiva 2009/110/CE va intra în vigoare începând cu data de 30 aprilie 2011. Ea va abroga dispozițiile privitoare la monedă electronică stabilite în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 ca urmare a abrogării din legislația comunitară a Directivei 2000/46/CE. Noua reglementare își propune să contribuie în mod esențial la uniformizarea și armonizarea legislației în domeniu, precum și la soluționarea unor probleme apărute în practică. Pentru a stabili un context judiciar mai clar, Directiva Parlamentului European și a Consiliului aduce câteva modificări de substanță. Ca atare, definiția monedei electronice este modificată, noua formă a acesteia fiind conținută de articolul 2 (alin. 2) „monedă electronică înseamnă orice valoare monetară stocată electronic, inclusiv magnetic, reprezentând o creanță asupra emitentului, care este emisă la primirea fondurilor, în scopul efectuării unor tranzacții de plată”. Odată cu noua reglementare, exigențele prudențiale sunt stabilite astfel:

- Armonizarea procedurii de obținere a cererii de acreditare cu dispozițiile directivei privind serviciile de plată.¹⁸
- Reducerea cerinței de capital inițial care a scăzut de la 1 milion la 350.000 de euro, sumă ce reprezintă un prag mai accesibil pentru companiile care doresc să obțină acreditare și să se implice în această activitate.
- Schimbarea cerințelor de capital permanent cu noi metode de calcul pe baza profilului de natură și de risc al instituțiilor emitente de monedă electronică.

În România, conceptul de instrument de plată electronică este reglementat în cuprinsul Legii nr 365/2002¹⁹ privind comerțul electronic, republicată în 2006. Acest act normativ definește în primă fază termenii tehnici, ulterior făcând referire și la mijloacele de plată fără numerar. Pe de altă parte, textul de lege prevede ca infracțiuni anumite fapte săvârșite în legătură cu emiteria și utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică și cu utilizarea datelor de verificare în vederea efectuării de operațiuni financiare.

În conformitate cu această lege, potrivit articolului 11, prin “instrument de plată electronică” se înțelege un instrument care permite titularului său să efectueze următoarele tipuri de

¹⁶ Această Directivă a fost adoptată la Bruxelles în data de 18 septembrie, 2000.

¹⁷ Directiva 2009/110/CE a fost adoptată la Strasbourg, 16 septembrie 2009 și publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 267/7 din 10.10.2009.

¹⁸ Directiva Serviciilor de Plăți 2007/64/CE, publicată oficial la 5 decembrie 2007.

¹⁹ Legea nr. 365/2002 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 483 din 5 iulie 2002 și a mai fost modificată prin Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 279 din 21 aprilie 2003.

operațiuni: transferuri de fonduri, altele decât cele ordonate și executate de către instituții financiare, retrageri de numerar, precum și încărcarea și descărcarea unui instrument de monedă electronică.

Articolele 12 și 13 din cadrul Legii 365/2002 definesc noțiunile de instrument de plată cu acces la distanță²⁰ și instrument de monedă electronică²¹.

De asemenea, Hotărârea nr. 1308 din 11/20/2002 pentru aprobarea normelor metodologice pentru aplicarea Legii 365/2002, precum și Legea nr.455 din 18 iulie 2001 privind semnătura electronică²² stabilesc noi reglementări privind regimul juridic al comerțului electronic. Condițiile și formele emiterii și utilizării instrumentelor de plată electronică, alături de relațiile dintre participanții la tranzacțiile cu aceste instrumente sunt stabilite de Regulamentul Băncii Naționale a României nr.6 din 11.10.2006. În completarea prevederilor conținute de legea 365/2002 cu privire la reglementarea instrumentului de plată cu acces la distanță, Regulamentul B.N.R. stabilește tipologia acestora. Astfel, conform art.15, în categoria instrumentelor de plată electronică cu acces la distanță sunt incluse în special cardurile, altele decât cele ce fac parte din categoria instrumentelor de plata de tip moneda electronică (indiferent dacă sunt de debit sau de credit), precum și aplicațiile de tip internet-banking, home-banking și mobile-banking. Ultimele trei noțiuni sunt definite de Ordinul MCTI nr.389 din 27 iunie 2007 privind procedura de avizare a instrumentelor de plată cu acces la distanță de tipul aplicațiilor internet-banking, home-banking și mobile-banking. În conformitate cu prevederile art.2, (literele "e", "f", "g"), prin „instrument de plată la distanță tip Internet-banking” se înțelege acel instrument de plată cu acces la distanță care se bazează pe tehnologia Internet (world wide web) și pe sistemele informatice ale emitentului; prin „instrument de plată la distanță tip home-banking” se înțelege acel instrument de plată cu acces la distanță care se bazează pe o aplicație software a emitentului instalată la sediul deținătorului pe o stație de lucru individuală sau în rețea; prin „instrument de plată la distanță tip mobile-banking” se înțelege acel instrument de plată cu acces la distanță care presupune utilizarea unui echipament mobil (telefon, PDA - Personal Digital Assistant etc.) și a unor servicii oferite de către operatorii de telecomunicații.

2.3 Aspecte specifice fraudelor cu cărți de credit

Cardul este un instrument de plată electronică, respectiv un suport de informație standardizat, securizat și individualizat, care permite deținătorului său să folosească disponibilitățile bănești proprii dintr-un cont deschis pe numele său la emitentul cardului și să utilizeze o linie de credit, în limita unui plafon stabilit în prealabil, deschisă de emitent în favoarea deținătorului cardului, în vederea efectuării uneia sau mai multora dintre următoarele operațiuni²³: retragerea de numerar, respectiv încărcarea și descărcarea unităților valorice în cazul unui instrument de plată de tip monedă electronică, de la terminale, precum și de la distribuitorii de numerar și ATM, de la ghișeele emitentului/băncii acceptante sau de la sediul unei instituții, obligată prin contract să accepte instrumentul de plată electronică; plata bunurilor sau a serviciilor achiziționate de la comercianții acceptanți și plata obligațiilor către autoritățile administrației publice, reprezentând impozite, taxe, amenzi, penalități etc, prin intermediul terminalelor POS sau prin alte medii electronice; transferurile de fonduri între conturi, efectuate prin intermediul instrumentului de plată electronică.

²⁰ Instrument de plată cu acces la distanță – instrument de plată electronică prin intermediul căruia titularul său poate să își acceseze fondurile deținute într-un cont la o instituție financiară și să autorizeze efectuarea unei plăți, utilizând un cod personal de identificare sau un alt mijloc de identificare similar;

²¹ Instrument de monedă electronică – instrument de plată electronică reîncărcabil, altul decât instrumentul de plată cu acces la distanță, pe care unitățile de valoare sunt stocate electronic și care permite titularului său să efectueze tipurile de operațiuni menționate la pct. 11;

²² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr.429 din 31 iulie 2001.

²³ Art 1, pct. 3 din Regulamentul Băncii Naționale a României nr.6 din 11.10.2006.

După criteriul funcției îndeplinite, cardurile pot fi: de credit, de debit, de numerar, de garantare a cecurilor, cardul-hibrid, cardul co-branded și chip-cardul.²⁴

Cardurile au început să fie utilizate în România în anul 1995. Datorită creșterii rapide a numărului de carduri, piața cardurilor din țara noastră și-a căpătat renumele de cea mai dinamică parte a economiei informatizate. Conform datelor statistice furnizate de B.N.R. în aprilie 2006 existau 7,8 milioane de carduri, iar în prezent numărul acestora se ridică la aproximativ 14 milioane.

Totuși, pe fondul unei insuficiente și inadecvate reglementări, a lipsei de instruire a populației cu privire la riscurile utilizării cardurilor și ca urmare a reorientării a numeroase grupări criminale organizate către acest segment, s-a dezvoltat fenomenul infracțional al utilizării frauduloase și contrafacerii instrumentelor de plată electronică. Rețelele de carding au o structură complexă, sunt alcătuite din profesioniști și utilizează mijloace tehnice moderne. O altă specificitate a acestor grupări criminale o reprezintă carcterul transfrontalier. Principalele modalități de comitere a infracțiunilor din domeniul fraudelor cu cărți de credit sunt următoarele:

a) Phishing-ul²⁵ (furtul de date referitoare la cărțile de credit prin Internet).

Phishing-ul se referă la obținerea de date confidențiale utilizând pagini de Internet false, care imită în detaliu paginile unor instituții financiare cunoscute sau instituții guvernamentale cu atribuții pe linia colectării de taxe și impozite la bugetul consolidat al statului. Prin mijloace frauduloase sunt obținute adresele de poștă electronică ale clienților, cărora le sunt trimise mesaje (ca și cum ar veni din partea adevăratelor instituții financiare) prin care se cere introducerea datelor referitoare la cărțile de credit (numărul, codul PIN etc).

Legislația românească nu incriminează în mod distinct „phishing-ul”, acesta fiind încadrat cel mai des la infracțiunea de “Fals informatic”, prevăzută de art.48 din Legea nr.161/2003.

b) Skimming-ul (copierea conținutului benzii magnetice).

Skimming-ul constă în copierea secvențelor benzii magnetice a cardului în vederea clonării acestuia. Astfel, se obțin fraudulos datele cărților de credit prin citirea și înregistrarea datelor electronice conținute de cărțile de credit, cu ajutorul unui dispozitiv numit “skimmer”, date ce sunt apoi folosite pentru producerea altor cărți de credit și utilizarea acestora pentru ridicarea de numerar de la ATM-uri ori pentru efectuarea de cumpărături din magazine.²⁶

c) Contrafacerea cărților de credit.

Contrafacerea cărților de credit reprezintă etapa ulterioară obținerii prin mijloace frauduloase a datelor bancare ale unui cont de card și constă în realizarea unei copii prin rescrierea datelor pe alte carduri de plastic care conțin o bandă magnetică.

2.4 Reglementarea infracțiunilor săvârșite prin utilizarea frauduloasă a instrumentelor de plată electronică

Aspectele care țin de prevenirea, combaterea și sancționarea infracțiunilor cu mijloace de plată electronică se regăsesc în Legea nr.365/2002 privind comerțul electronic, republicată. Potrivit art.24, intitulat „Falsificarea instrumentelor de plată electronică”: (1) Falsificarea unui instrument de plată electronică se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani și interzicerea unor drepturi. (2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează punerea în circulație, în orice mod, a instrumentelor de plată electronică

²⁴ Dezvoltarea cardurilor cu circuit integrat (cunoscute sub denumirea de smart card sau chip card) reprezintă o direcție principală a politicilor comunitare privitoare la asigurarea unui grad mai ridicat de securitate a operațiunilor financiare desfășurate prin aceste mijloace de plată. De pildă, în Germania, începând din luna iulie, supermarketurile și centrele comerciale vor accepta doar plata prin intermediul cardului cu cip, iar, din 2012, retragerea de numerar la ATM-urile din Germania se va putea face numai prin intermediul cardurilor cu cip.

²⁵ De asemenea, au fost identificate Vishing (constă într-un phishing pentru voice-over-IP, VoIP) și SmiShing (phishing prin utilizarea SMS-urilor).

²⁶ Gheorghe Bică, Florea Daniel Ciobanu – Aspecte specifice combaterii fraudelor informatice, Buletinul de Informare și Documentare nr. 1/2008, pag. 250.

falsificate sau deținerea lor în vederea punerii în circulație. În cazul aliniatului (3), nivelul mai ridicat de pericol și implicit sancționarea mai aspră sunt determinate de condiția specială pe care trebuie să o îndeplinească subiectul activ. Ca atare, pedeapsa este închisoarea de la 5 la 15 ani și interzicerea unor drepturi, dacă faptele prevăzute la alin. (1) și (2) sunt săvârșite de o persoană care, în virtutea atribuțiilor sale de serviciu: realizează operații tehnice necesare emiterii instrumentelor de plată electronică ori efectuării tipurilor de operațiuni prevăzute la art. 1 pct. 11; are acces la mecanismele de securitate implicate în emiterea sau utilizarea instrumentelor de plată electronică; are acces la datele de identificare sau la mecanismele de securitate implicate în efectuarea tipurilor de operațiuni prevăzute la art. 1 pct. 11. Conform dispozițiilor art.(4), tentativa se pedepsește. În articolele 25-28 ale Legii 365/2002, privind comerțul electronic, sunt incriminate deținerea și fabricarea de echipamente în vederea falsificării de instrumente de plată electronică; falsul în declarații în vederea emiterii sau utilizării instrumentelor de plată electronică; efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos; acceptarea operațiunilor financiare efectuate în mod fraudulos.

În Noul Cod Penal²⁷, infracțiunile referitoare la instrumentele de plată electronică sunt reglementate atât în Titlul II (Fraude comise prin sisteme informatice și mijloace de plată electronice), cât și în Titlul IV (Infracțiuni de fals). Capitolul IV din cadrul Titlului II conține reglementarea infracțiunilor de fraudă informatică (art.249), efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos (art. 250) și acceptarea operațiunilor financiare efectuate în mod fraudulos (251). Cu referire la celelalte infracțiuni informatice, noua reglementare conține: art. 230 - Folosirea fără drept a unui terminal de comunicații al altuia sau folosirea unui terminal de comunicații racordat fără drept la o rețea, dacă s-a produs o pagubă, art. 311 - Falsificarea de titluri de credit sau instrumente de plată, art. 314 – Deținerea de instrumente în vederea falsificării de valori, art. 325 - Falsul informatic, art. 360 - Accesul ilegal la un sistem informatic, art. 361 - Interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice, art. 362 - Alterarea integrității datelor informatice, art. 363 - Perturbarea funcționării sistemelor informatice, art. 364 - Transferul neautorizat de date informatice, art. 365 – Operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice, art. 374 - Pornografia infantilă, art. 388 - Frauda la votul electronic.

Noul Cod Penal realizează transpunerea reglementărilor comunitare și armonizarea dreptului material român cu sistemele de drept ale celorlalte state membre din Uniunea Europeană. Dezideratele acestei noi reglementări-cadru sunt reprezentate de soluționarea cu celeritate a dosarelor și aplicarea cât mai rapidă a pedepselor astfel încât acestea să-si poată îndeplini atât funcția de sancționare, cât și cea de reeducare și reinserție socială a infractorilor. În ce privește, reglementarea infracțiunilor informatice, Noul Cod Penal reușește să confere coerență integrând prevederile Titlului III al Legii nr.161/2003, privind prevenirea și combaterea criminalității informatice. Totuși, decizia reducerii cuantumului pedepselor prevăzute²⁸, în condițiile în care amploarea fenomenului criminalității informatice și a falsificării mijloacelor de plată electronică din România reprezintă o realitate incontestabilă provoacă numeroase discuții în doctrina penală.

Concluzii

Paradigma cybercriminalității și a falsificării instrumentelor de plată electronică se îmbogățește constant cu noi valențe și semnificații. Este indubitabil că acest flagel infracțional cunoaște în societatea contemporană o amploare deosebită, lucru ce reclamă necesitatea identificării celor mai pertinente măsuri de prevenire și combatere. Pregătirea de specialitate a infractorilor, tehnologizarea tot mai accentuată, caracterul transnațional al rețelelor între calculatoare și vidul legislativ existent în ultimul deceniu al secolului XX au transformat criminalitatea informatică în componenta criminogenă cu cea mai spectaculoasă ascensiune. Pentru a putea rezista în fața dezvoltării susținute a tehnologiilor

²⁷ Legea nr.286 din 17 iunie 2009 privind Codul Penal, publicată în M. Of. Partea I nr. 510 din 24 iulie 2009.

²⁸ Cu excepția infracțiunii de pornografie infantilă prevăzută de art.374.

informaționale, legislațiile statelor lumii trebuie să se modernizeze constant. “Dreptul penal se schimbă împreună cu timpurile în care ia naștere.”²⁹ În acest context combaterea criminalității informatice depinde de armonizarea și actualizarea legislațiilor penale naționale și de reglementările-cadru la nivel comunitar sau mondial. Cooperarea juridică internațională își dovedește încă o dată necesitatea imperativă în procesul sancționării acestor infracțiuni informatice transnaționale. Criminalitatea informatică reprezintă o amenințare globală, împotriva căreia nu se pot lua măsuri eficiente decât în mod conjugat, fiecare stat aducându-și aportul necesar.

Referințe bibliografice:

1. Legislație

- Legea nr.286 din 17 iunie 2009 privind Codul Penal, publicată în M. Of. Partea I nr. 510 din 24 iulie 2009
- Legea nr.455 din 18 iulie 2001 privind semnătura electronică, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr.429 din 31 iulie 2001.
- Legea nr. 365/2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 483 din 5 iulie 2002 și modificată prin Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 279 din 21 aprilie 2003.
- Legea nr. 294/2004 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 591 din 1 iulie 2004.
- Legea nr. 301/2004 - Codul penal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 575 din 29 iunie 2004.
- Convenția Consiliului Europei din 2001, adoptată la Budapesta la 23 noiembrie 2001. Convenția a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr.343 din 20/04/2004
- Directiva Serviciilor de Plăți 2007/64/CE, publicată oficial la 5 decembrie 2007.
- Directiva 2009/110/CE, adoptată la Strasbourg, 16 septembrie 2009 și publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 267/7 din 10.10.2009.
- Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr.2000/46/CE, privind inițierea, exercitarea și supravegherea prudencială a activității instituțiilor de bani electronici, adoptată la Bruxelles în data de 18 septembrie, 2000.
- Recomandarea nr. R(95)13 a Consiliului Europei.
- Rezoluția O.N.U. (55/63) privind combaterea folosirii abuzive a tehnologiilor informaționale.
- Legea nr.64/2004 (pentru ratificarea Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică).

2. Tratamente, cursuri, monografii

- Serge Le Doran, Philippe Rose, Cyber-Mafia, Editura Antet, București, 1998
- L. Klander - Anti-Hacker, Ed. All Educational, București, 1998
- Ilie Pascu, Mirela Gorunescu – Drept Penal, Partea Specială, ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2009
- Vasile Dobrinou, Norel Neagu – Drept Penal, Partea Specială, București, Wolters Kluwer, 2008
- Maxim Dobrinou – Infracțiuni în domeniul informatic, Editura C.H.Beck, București, 2006
- Luca Iamandi, Emil Stan, George Țical – Infracționalitatea informatică, București, 2004
- Ioan Dascălu (coordonator), Robert Sorin Negoită, Adrian Iacob, Cristian-Eduard Stefan, Costel Pelcaru, Cătălin Țone, Virgil Spiridon, Dan Bîrlă – Criminalitatea organizată, Editura SITECH, Craiova, 2009
- Vasiu, Informatica juridică și drept informatic, Ed. Albastră, 2002
- Meștină Gabriela – Introducere în afaceri electronice, Editura Junimea, Iași, 2001
- Gheorghe Bică, Florea Daniel Ciobanu – Aspecte specifice combaterii fraudelor informatice, Buletinul de Informare și Documentare nr. 1/2008.

3. Articole publicate în reviste de specialitate tipărite

- I. Vasiu, Implicații legale și etice ale folosirii Internet, în Revista de Drept Penal 4/1996, pag. 88-92.
- Antoniu George, Infracțiuni în legătură cu folosirea calculatoarelor, în Studii de Drept Românesc, 3/1992, pag. 227-243.
- Gheorghe Bica, Gheorghe Mihail, Infracțiuni săvârșite prin calculator, în Revista de Drept Penal 4/1996, pag. 85-88.

²⁹ Vasile Dobrinou, Norel Neagu – Drept Penal, Partea Specială, București, Editura Wolters Kluwer, 2008, pag 17.

INFRAȚIUNI PRIVITOARE LA PRELEVAREA ORGANELOR SAU ȚESUTURILOR ÎN LEGISLAȚIA PENALĂ CONTEMPORANĂ

Cristina MINUȚ*
Bogdan Petru CIOBANU**

Abstract

The phenomena of trafficking human tissues or organs has been around for more than 10 years, but it has been superficially discussed in scientific commentaries or Criminal Law textbooks (The Special Part) as well as in some articles in the press, which seek after a strong response among the readers.

The reticence of crime investigations linked to organ trafficking, linked with the degree of complexity and the organized status of it, conducts to their increasing social threat. Moreover, the area of interest of this present theme can be explained also by the judicial nature of the enquired crimes, which implies priceless values such as: life, health, phisical or psychical integrity; all these require a proper protection with the aid of consecutive laws and stable guarantees, all these coordinated, lacking a dogmatic exegesis, risk to not go further a declarative dimension.

Cuvinte cheie: prelevare, organe, țesuturi, transplant, incriminare.

Introducere

Sfera medicală reprezintă una dintre componentele prioritare ale oricărei societăți, asigurând mecanismele ei de dezvoltare. Actele normative internaționale, precum și cele naționale consfințesc dreptul fiecărei persoane la asigurarea sănătății, fără deosebire de naționalitate, rasă, sex, apartenență socială și religie.

În vederea realizării acestui deziderat, România promovează o politică medicală ce are ca scop asigurarea stării de sănătate prin prevenirea îmbolnăvirilor, promovarea, menținerea și recuperarea sănătății individului și a colectivității¹. Totodată, creșterea coeficientului morbidității, ca efect al sporirii numărului de maladii incurabile, a orientat statul nostru spre a legifera și susține aplicabilitatea noilor realizări biomedicale. Un loc deosebit îl ocupă prelevarea materialului transplantologic de origine umană, act medical care implică, inevitabil cauzarea de daune integrității corporale, sănătății sau chiar vieții persoanei.

Dreptul la viață² și la sănătate, cu precădere dreptul la integritatea psihofizică, din care derivă toate celelalte drepturi umane, drepturi inviolabile și inalienabile, determină ca orice practică și descoperire biomedicală să respecte demnitatea ființei umane, care este superioară voinței celui ce o poartă, asigurându-i dreptul la informare și consimțământ, la codecizie și evaluare a raportului de risc/beneficiu, drepturi de la care persoana nu poate renunța. Însă, în condițiile destabilizării social-politice, alături de situația economică precară, la sfârșitul secolului trecut în România își face apariția fenomenul traficului de organe, care de cele mai multe ori are un caracter transnațional.

Legiuitorul român a incriminat prin norma legală, fapta persoanei care donează organe sau țesuturi în scopul obținerii unor foloase. De asemenea, este incrimată determinarea cu rea-credință sau constrângerea unei persoane să doneze țesuturi și organe, indiferent sub ce formă. Legea

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (cristinaminut@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Alexandra Jipa;

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (ciobanu_bogdan89@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Alexandra Jipa;

¹ Art. 374 alin. 1 din Legea nr. 95/2006;

² Art. 22 din Constituția României;

pedepsește activitatea de organizare a efectuării prelevării și transplantului de țesuturi sau organe umane, în scopul obținerii vreunui profit din vânzarea acestora³.

1. Conceptul de prelevare

Pentru prima dată în dreptul român, prelevarea și transplantul de organe umane au fost reglementate prin cele câteva dispoziții⁴, cuprinse în Legea nr. 3/1978 privind asigurarea sănătății populației⁵. Prelevarea și transplantul de organe umane au făcut obiect de preocupare specială și reglementare distinctă în dreptul român abia prin Legea nr. 2/1998 privind prelevarea și transplantul de țesuturi și organe umane⁶ și Legea nr. 104/2003 privind manipularea cadavrelor și prelevarea organelor și țesuturilor de la cadavre în vederea transplantului⁷.

În prezent, efectuarea prelevării și transplantului de organe umane în scop terapeutic sunt reglementate în Titlul VI, art. 141-164 din Legea nr. 95 din 14 aprilie 2006 privind reforma în domeniul sănătății⁸.

Prin dispozițiile acestei legi, au fost definite conceptele de prelevare și transplant de organe umane și a fost indicată ordinea în care se realizează această activitate.

Astfel, prin prelevare se înțelege recoltarea de țesuturi, organe sau celule de origine umană, sănătoase morfologic și funcțional, în vederea realizării unui transplant, cu excepția autotransplantului de celule stem hematopoetice, când celulele sunt recoltate de la pacient.

Operația de prelevare a organului trebuie să se realizeze în anumite condiții, atât în ceea ce privește locul prelevării, calitățile pe care să le îndeplinească, starea organelor, cât și starea generală a primitorului și a donatorului.

Prin transplant se înlocuiește organul biologic bolnav, care nu trebuie să fie incompatibil cu corpul care îl primește, devenind parte perfect îngemănată, prezentându-se ca o unitate desăvârșită cu celelalte organe.

Conceptul de organ este reprezentat de partea diferențiată în structura unui organism, adaptată la o funcție definită, alcătuită din mai multe țesuturi sau tipuri celulare, prezentând vascularizație și inervație proprie.

În cazul distrugerii sau al degradării organului, pentru însănătoșirea sau supraviețuirea unei persoane este necesar ca organele bolnave să fie înlocuite în întregime, cu organe sănătoase prelevate de la donator.

Conceptul de țesut este reprezentat de gruparea de celule diferențiate, unite prin substanță intercelulară amorfă, care formează împreună o asocieră topografică și funcțională [art. 142 lit. b) din Legea nr. 95/2006]. Aceste elemente ale corpului uman, având aceeași structură și îndeplinind aceleași funcții în corp, sunt reglementate în mod natural, de către corpul uman⁹.

³ Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății: Titlul VI „Efectuarea prelevării și transplantului de organe, țesuturi și celule de origine umană, în scop terapeutic”;

⁴ A se vedea B.G. Ioan, V. Astărăstoae, „Principiul autonomiei reflectat în legislația românească privind transplantul de organe țesuturi”, în *Bioetica* nr. 1/2007;

⁵ Publicată în M. Of. nr. 54 din 10 iulie 1978, abrogată;

⁶ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 8 din 13 ianuarie 1998, abrogată;

⁷ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 222 din 3 aprilie 2003, completată și modificată;

⁸ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 372 din 28 aprilie 2006, completată și modificată;

⁹ În legislațiile lumii, diferențierea dintre conceptele de organe și de țesuturi nu este pe deplin clarificată. Astfel, în unele legislații, țesuturile intră în alcătuirea organelor umane, întrucât acestea nu se regenerează în mod natural. Rămân în afara clasificării unele componente ale corpului uman: oasele, sângele, măduva, care deși sunt folosite în cazul transplantului, pentru faptul că sunt regenerabile în mod natural, nu sunt clasificate;

2. Analiza juridico-penală a infracțiunilor legate de prelevarea organelor în reglementarea legii penale a României

2.1 Prelevarea sau transplantul de țesuturi și organe umane fără consimțământul dat în condițiile legii (art. 155 din Legea nr. 95/2006)

Legea incriminează fapta de prelevare sau transplant de organe și/sau țesuturi de origine umană, fără consimțământul dat de victimă în condițiile legii¹⁰.

Donatorul este, potrivit art. 142 lit. f), subiectul în viață sau decedat, de la care se prelevează organe pentru utilizarea terapeutică, fiind necesar ca acesta să fie compatibil genetic cu potențialul primitor.

Pentru donatorul decedat, consimțământul se exprimă în scris de cel puțin unul dintre membrii majori ai familiei sau al rudelor, în următoarea ordine: soț, părinte, copil, frate, soră.

În absența acestora, consimțământul va fi luat de la persoana autorizată, în mod legal, conform legislației în domeniu, să îl reprezinte pe defunct.

Pe de altă parte, primitorul este subiectul care beneficiază de transplant de organe și/sau țesuturi și/sau celule (art. 142 lit. g).

Potrivit art. 144 din lege, literele (a) și (b), prelevarea se face în următoarele condiții: prelevarea de organe sau țesuturi de origine umană în scop terapeutic se poate efectua de la persoane majore în viață, având capacitate de exercițiu deplină, după obținerea consimțământului informat, scris, liber, prealabil și expres al acestora, conform modelului prevăzut în anexa nr. 1 la Titlul VI al legii. Se interzice prelevarea de organe sau țesuturi de la persoane fără capacitate de exercițiu.

Consimțământul se semnează numai după ce donatorul a fost informat de medic, asistentul social sau alte persoane cu pregătire de specialitate asupra eventualelor riscuri și consecințe pe plan fizic, psihic, familial și profesional, rezultate din actul prelevării.

Fapta este periculoasă întrucât încalcă după caz, dreptul donatorului sau cel al primitorului de a dispune de propria persoană, ca și dreptul la libertate fizică și psihică, la integritate corporală și sănătate.

Această infracțiune poate fi savârșită atunci când din cadavrul unei persoane se prelevează organe în vederea unor operații de transplant fără a se cere consimțământul familiei.

Obiectul juridic special al acestei infracțiuni îl constituie relațiile sociale prin care se ocrotește activitatea de prelevare și de transplant, condiționată de acordarea consimțământului prealabil, de către donator sau de către primitor, în conformitatea cu dispozițiile legale.

Obiectul material este reprezentat de corpul donatorului sau primitorului.

Subiectul activ nu este circumstanțiat prin lege, dar el nu poate fi în mod normal decât un membru al personalului medical calificat să facă prelevarea și transplantarea unui organ uman. Subiectul pasiv este, după caz, donatorul, primitorul sau ambii. Se poate vorbi și de un subiect pasiv reprezentat de instituția medicală în care activează medicul care face prelevarea sau transplantul nelegal.

Elementul material constă într-o acțiune de prelevare a unui organ uman, condiția-cerință fiind aceea că fapta se comite în lipsa consimțământului prealabil, obligatoriu a exista din partea donatorului și primitorului.

Urmarea imediată constă într-un rezultat: donatorul își pierde un organ în favoarea primitorului. Eventual o urmare imediată poate consta într-o stare de pericol pentru sănătatea donatorului.

În acele cazuri în care prelevarea sau transplantul de organe sau țesuturi de origine umană, efectuate fără consimțământul dat în condițiile legii a avut urmări vătămătoare pentru integritatea corporală sau sănătatea ori viața donatorului sau a primitorului va exista o pluralitate de infracțiuni sub forma concursului ideal între aceea în discuție și cele îndreptate, după caz, împotriva integrității

¹⁰ Art. 155 din Legea nr. 95/2006;

corporale și sănătății ori vieții persoanei cum sunt: lovirile sau alte violențe (art. 180 C. Pen.), vătămarea corporală (art. 181 C. pen.), vătămarea corporală gravă (art. 182 C. pen.), vătămarea din culpă (art. 184 C. pen.), omorul (art. 174 C. pen.) sau omorul din culpă (art. 178 C. pen.).

Legătura de cauzalitate întrește latura obiectivă a infracțiunii și constă în raportul de determinare – de la cauză la efect – care trebuie să existe între elementul material și urmarea socialmente periculoasă. Ea rezultă ex re, infracțiunea fiind una formală, de pericol.

Latura subiectivă este caracterizată prin vinovăție sub forma intenției directe, deoarece făptuitorul a prevăzut rezultatul prejudiciabil al faptei de prelevare, fiind sigur de producerea concretă a acestuia, întrucât a folosit instrumente apte să penetreze corpul victimei, conștientizând, prin adoptarea unui procedeu specific, faptul că va recolta organul din corpul victimei.

Pedeapsa pentru această infracțiune constă în închisoarea de la 5 la 7 ani.

În Marea Britanie s-au făcut prelevări de organe de la circa 20 de persoane care nu doreau acest lucru. Serviciul Național de Sănătate (NHS) a recunoscut că s-au strecurat greșeli în baza de date a donatorilor de organe, care conține peste 14 milioane de fișe individuale, declarând că numărul erorilor s-ar putea ridica la câteva sute de mii.

Fiecare cetățean britanic poate decide nu numai dacă donează organe sau nu, ci poate enumera și organele care să-i fie prelevate după moarte.

În Marea Britanie, la decesul unei persoane, familiile iau cunoștință de dorințele defunctului în funcție de fișă (existență sau nu) la Serviciul Național de Sănătate. Prin urmare, familiile au luat o hotărâre bazându-se pe informații greșite.

2.2 Disponerea sau efectuarea prelevării pentru a se compromite o autopsie medico-legală, solicitată în condițiile legii (art. 156 din Legea nr. 95/2006)

Legea incriminează acțiunea intenționată a făptuitorului, susceptibilă să compromită o autopsie medico-legală¹¹, dacă s-a dispus sau s-a procedat la efectuarea prelevării unui organ, determinându-se un rezultat prin care s-a compromis o autopsie medico-legală.

Obiectul juridic special al infracțiunii este reprezentat de relațiile sociale privind autoritatea de stat, care implică ocrotirea activității de autopsiere efectuată legal de către organele competente.

Obiectul material poate fi reprezentat de cadavrul de la care se face prelevarea.

Subiectul activ nu este circumstanțiat prin lege, dar el nu poate fi în mod normal decât un membru al personalului medical calificat să dispună sau să efectueze prelevarea unui organ, a unui țesut sau a unei/unor celule de origine umană.

Subiect pasiv general este statul ca titular al justiției, subiect pasiv secundar fiind atât organul judiciar care a dispus la aprobat efectuarea autopsiei, cât și, după caz - subiect pasiv adiacent - persoana care a solicitat efectuarea acesteia.

Elementul material constă într-o acțiune de a dispune sau de a preleva un organ sau țesut de origine umană cu ignorarea cerinței de efectuare prealabilă a autopsiei.

Urmarea imediată reprezintă o stare de pericol pentru înfăptuirea justiției prin compromiterea probei cu constatarea sau expertiza medico-legală, precum și o stare de pericol vizând buna desfășurare a necropsiilor.

Infracțiunea poate fi săvârșită printr-o faptă izolată, dar și printr-o multitudine de fapte repetate în timp sub forma unei unități naturale, atunci când acestea s-au succedat fără întrerupere, a unei unități legale dacă au fost comise în baza aceleiași hotărâri infracționale sau a unei pluralități de infracțiuni în modalitatea concursului. În aceste din urmă situații pe lângă momentul consumării, infracțiunea are și unul de epuizare care survine odată cu încetarea ultimului act de executare.

Între infracțiunea prevăzută de art. 156 din Legea nr. 95/2006 și profanarea de cadavre se poate vorbi de concurs ideal de infracțiuni, deoarece acțiunea de profanare poate realiza în același timp latura obiectivă a altei infracțiuni (în cazul nostru, a infracțiunii de compromitere a autopsiei).

¹¹ Art. 156 din Legea nr. 96/2006;

Consumarea infracțiunii prevăzute de art. 319 C. pen. are loc în momentul în care un membru al personalului medical sustrage un organ din corpul celui decedat. Astfel, se produce rezultatul acestei infracțiuni, și anume, necinstirea cadavrului.

Ceea ce urmează, trecerea organului desprins de cadavru, în puterea de dispoziție a făptuitorului reprezintă o acțiune specifică compromiterii autopsiei.

Legătura de cauzalitate rezultă din însăși comiterea faptelor ce constituie elementul material, fiind o infracțiune de pericol.

Infracțiunea se comite cu intenție directă, deoarece prin realizarea prelevării de organe, în mod ilicit, făptuitorul urmărește compromiterea autopsiei medico-legale.

În Ucraina cinci medici au fost acuzați de traficarea organelor victimelor unor accidente rutiere. Aceștia foloseau elicopterele pentru a transporta rinichii și ficatul accidentaților la spitalele unde așteptau *clienții* și încasau pentru fiecare organ circa 19.000 de dolari. S-a vorbit despre cel puțin 15 victime sigure ale acestei rețele. Ajunse la spital în urma unor accidente grave, în care s-au ales cu leziuni craniene severe, victimele erau *deposedate* de rinichi. Pentru a acoperi urmele, un medic legist stabilea drept cauză a morții leziunile craniene. Rudele victimelor nu au avut nici cea mai mică bănuială până în momentul în care poliția a intrat pe fir¹².

Pedeapsa pentru această infracțiune constă în închisoarea de la 1 la 3 ani.

2.3 Donarea de organe sau țesuturi de origine umană în scopul obținerii de foloase materiale sau de altă natură, pentru sine sau pentru altul (art 157 alin. 1 din Legea 95/2006)

Donarea de organe de origine umană reprezintă un act profund umanitar, care permite și determină salvarea vieții unui om.

Norma penală impune ca prelevarea și transplantul să se facă doar în scop terapeutic, interzicând ca pentru donarea organelor să se obțină foloase materiale sau de altă natură, pentru donator sau pentru altul.

Obiectul juridic special al infracțiunii este complex, fiind reprezentat de relațiile sociale, care apără dreptul la viață, integritatea corporală, sănătatea persoanei, precum și de relațiile care interzic procurarea unor foloase din donarea organelor de origine umană.

Obiectul material este reprezentat de corpul donatorului asupra căruia s-a exercitat activitatea incriminată.

Subiectul activ al infracțiunii poate să fie orice persoană care prestează activitatea incriminată.

Subiectul pasiv este statul, în calitate de garant și de ocrotitor al structurii juridice privind apărarea sănătății publice. Ar putea fi și donatorul atunci când acesta este lipsit de discernământ și acționează părinții sau reprezentantul legal în acest sens.

Elementul material este reprezentat de donarea unor organe, țesuturi sau celule de origine umană în scopul obținerii unor foloase pentru sine sau pentru altul.

Un israelian a primit 20.000 de dolari răsplată pentru că a salvat viața unui afacerist american. Acesta susține că plicul cu bani a fost pus în mod discret pe patul său de spital, după operație. Chiar dacă este ilegal să primești bani pentru donarea de organe, israelianul a susținut că toți donatorii ar trebui să primească o recompensă pentru ceea ce fac¹³.

Astfel de compensații sunt des întâlnite în Statele Unite, unde 4540 de americani au murit anul trecut așteptând ca cineva să le doneze un organ.

Medicii de la clinica unde s-a efectuat transplantul au refuzat să discute despre acest caz, însă spun că este interzis ca donatorii să primească bani sau cadouri de la cel care primește organul.

Urmarea imediată este o stare de pericol pentru siguranța generală a populației și o afectare a moralei publice prin realizarea unor foloase pe căi imorale. Poate consta și într-o vătămare a

¹² <http://www.lawyerintl.com/law-articles/657-Organ%20Trafficking%20in%20Eastern%20Europe;>

¹³ http://www.breitbart.com/article.php?id=D9A5JP080&show_article=1;

integrității fizice atunci când nu există consimțământ valabil exprimat sau donatorul a fost constrâns la această acțiune.

Legătura de cauzalitate rezultă din materialitatea faptei (*ex re*).

Din punct de vedere subiectiv fapta se săvârșește cu intenție calificată prin scopul obținerii avantajului material sau de altă natură prin donarea unui organ, țesut sau celule.

Desigur, în situația în care se donează părți din propriul corp nu poate fi vorba decât despre donarea unei jumătăți dintr-un organ pereche (plămân, rinichi, ochi) sau cel mult a unei părți dintr-un organ (lobul hepatic sau pulmonar, țesuturi), întrucât altfel donatorul ar fi sacrificat prin această donație.

Norma penală instituie necesitatea existenței unui scop (obținerea unor foloase) care să fie urmărit de făptuitor.

Pedeapsa pentru această infracțiune constă în închisoarea de la 3 la 5 ani.

2.4 Determinarea cu rea credință sau constrângerea unei persoane să doneze organe sau țesuturi de origine umană (art. 157, alin.2 din Legea 95/2006)

Prin norma specială se pedepsește activitatea de determinare cu rea-credință sau constrângerea unei persoane să doneze organe sau țesuturi.

Constrângerea victimei se realizează prin folosirea amenințării sau a forței, sub orice formă, pentru donarea organului. Spre exemplu, X care inițial a acceptat să doneze un rinichi lui Y se răzgândește, gândindu-se că în urma transplantului întregul său organism va avea de suferit și că nu-și va mai putea întreține familia. În urma unor amenințări cu moartea din partea rudelor lui Y, X este nevoit să-și ducă la îndeplinire angajamentul inițial. Deci, în această situație avem de-a face cu o constrângere a victimei.

Norma specială nu sancționează activitatea de instigare a victimei la realizarea donației de organe, deoarece se poate face dovada că donatorul adoptase anterior hotărârea, intenția, dorința de a face un act nobil, de salvare a vieții unei persoane.

Elementul material al laturii obiective constă într-o acțiune de determinare a victimei la un anumit comportament (de a dona organe, țesuturi sau celule) prin inducerea sa în eroare cu știință (rea-credință) ori prin constrângere.

Urmarea imediată constă într-o stare de pericol pentru libertatea psihică a victimei, legătura de cauzalitate rezultând din materialitatea faptei.

Sub aspectul laturii subiective, infracțiunea se săvârșește cu intenție directă, deoarece făptuitorul conștientizează că prin actele de determinare ilicite (prin sugestii înșelătoare, prin îndemnuri) sau prin acte de constrângere se va ajunge la donarea unui organ.

În această variantă fapta se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani.

2.5 Publicitatea în folosul unei persoane, în scopul obținerii de produse de origine umană (art. 157 alin. 3)

Norma legală interzice publicitatea efectuată de o persoană fizică sau juridică, în scopul obținerii de organe. Sensul incriminării acestei activități este justificat de păstrarea unei siguranțe în exercitarea activității de prelevare, prin raportarea la normele și principiile morale, de întrajutorare a ființelor umane.

Publicitatea în folosul unei persoane este de natură să submineze moralul pacienților care nu au posibilitatea să adopte acte de publicitate în interesul lor.

Fapta se săvârșește prin activitatea de publicitate, în scopul obținerii de produse de origine umană, în folosul unei persoane. Publicitatea poate să fie făcută prin orice mijloace, legea circumscriind folosul publicității unei persoane. Mijloacele folosite de făptuitor se referă la nevoia unei persoane de a obține organe umane.

În secolul XXI, oamenii bogați recurg la puterea banului pentru a obține organe umane ce le sunt necesare pentru rămânerea în viață. Printr-o simplă căutare pe internet putem vizualiza câteva

mii de anunțuri prin care aceștia sunt dispuși să ofere sume exorbitante¹⁴, tentante pentru oamenii de rând, pentru a-și atinge scopul, și anume, cumpărarea unui organ.

Este demonstrat că această metodă este mai practică decât cea legală, deoarece necesită un timp mai scurt pentru obținerea unui organ, de ordinul câtorva săptămâni, spre deosebire de acea listă interminabilă de așteptare, care poate dura chiar și cațiva ani.

Fapta se săvârșește în public, prin orice fel de mijloace de publicitate.

Urmarea imediată este o stare de pericol pentru siguranța generală a populației și o afectare a moralei publice prin realizarea unor faloase pe căi imorale.

Legătura de cauzalitate rezultă din materialitatea faptei (ex re).

Latura subiectivă este formată din intenție, directă sau indirectă, culpa fiind exclusă de caracterul tendențios al publicității, doar în favoarea unei persoane.

Consumarea faptei are loc în momentul concretizării activității de publicitate, care este de natură să creeze faloase în favoarea unei persoane.

Sanctiunea constă în închisoarea de la 2 la 7 ani.

2.6 Publicarea sau mediatizarea unor anunțuri privind donarea de organe în scopul obținerii unor avantaje (art. 158 din Legea nr. 95/2006)

Publicarea sau mediatizarea unor anunțuri privind donarea de organe sau țesuturi este de natură să submineze moralul pacienților aflați în așteptarea efectuării transplantului și determină obținerea unor avantaje materiale.

Fapta se săvârșește prin acțiuni de mediatizare, prin anunțuri publicitare, prin orice mijloace. Aceste mijloace se referă la obținerea unor avantaje materiale, în urma publicării sau mediatizării anunțurilor privind donarea de produse umane.

Fapta se săvârșește în public.

Urmarea constă în starea de pericol, care determină pierderea încrederii în autoritățile sanitare. Nu este necesar ca fapta să determine și obținerea efectivă a avantajelor materiale.

Elementul material constă în activitatea de publicare sau de mediatizare a anunțurilor privind donarea de produse umane.

Latura subiectivă este formată din intenția directă sau indirectă, culpa fiind exclusă.

Consumarea faptei are loc în momentul publicării sau al mediatizării anunțurilor privind donarea de produse umane.

Cei mai disperați dintre români recurg la măsuri drastice, cum ar fi vânzarea unui rinichi sau chiar a unui plămân, deși traficul de organe este interzis prin lege în România.

Mulți dintre aceștia recurg la această metodă pentru a-și satisface nevoile de interes material. Spre exemplu: construirea unei case¹⁵, achiziționarea unui autoturism, oferirea unui trai mai bun familiei¹⁶ etc.

Itată un anunț¹⁷ postat pe un site de către un tânăr: *23 de ani, sănătos, analize la zi, donez ficat sau rinichi, gr. AB, RH pozitiv.*

Astfel de *oferțe* sunt întâlnite, din nefericire, tot mai des.

Sanctiunea este închisoarea de la 2 la 7 ani.

¹⁴ În Rusia, un rinichi poate fi cumpărat și cu 25.000 de dolari, iar o inimă poate costa și 290.000 de dolari în Africa de Sud;

¹⁵ <http://www.evz.ro/detalii/stiri/romania-implicata-intr-un-scandal-cu-traffic-de-organe-856334.html>;

¹⁶ http://www.adevarul.ro/locale/hunedoara/Un_tanar_din_Hunedoara_isi_vinde_un_plaman_si_un_rinichi_pe_ntru_a_supravietui_crizei_0_289771266.html;

¹⁷ <http://www.romaniailibera.ro/actualitate/fapt-diversi/organe-vandute-pentru-o-bucata-de-paine-41620.html>;

2.7 Organizarea, efectuarea prelevării sau a transplantului de organe de origine umană în scopul obținerii unui profit material pentru donator sau organizator

Dispozițiile legale incriminează faptele de organizare, de efectuare a prelevării pentru transplant de organe sau țesuturi de origine umană în scopul obținerii unui profit material pentru donator sau organizator.

Constituirea unor grupări, asociații, echipe care urmăresc obținerea unui profit din activitatea ilicită de prelevare pentru transplant, reprezintă temeiul juridic pentru tragerea la răspundere penală și aplicarea pedepsei pentru fiecare participant, în condițiile legii.

Un reportaj arată cum o femeie din India, din cauza sărăciei, a fost nevoită să-și vândă un rinichi, pentru care i s-au promis 40.000 de dolari. Intermediarul s-a dus din spital în spital, negociind un preț bun, pentru ca în final, femeia *donatoare* să primească suma de 700 de dolari, diferența mergând la medicii și intermediari.

Femeia a regretat cel mai mult fapta după 3 ani, când fiul său s-a îmbolnăvit și avea nevoie de transplant de rinichi, ea neputând să-i doneze unul.

Obiectul juridic special al infracțiunii este reprezentat de relațiile sociale privind ocrotirea activității de prelevare de organe umane sau țesuturi pentru transplant, care sunt expuse pericolului grav, deoarece se exercită în scopul obținerii unui profit material.

Obiectul material este reprezentat de corpul persoanei care va fi supusă prelevării de organe sau țesuturi de origine umană cu scopul obținerii unui profit. Acțiunea făptuitorului este îndreptată împotriva corpului donatorului, care va fi supus prelevării.

Subiectul activ poate să fie orice persoană care organizează activitatea de prelevare, medicii și personalul care realizează prelevarea de țesuturi sau organe, în scopul obținerii unui profit pentru donator sau organizator.

Subiectul pasiv este statul ca titular al valorilor sociale ocrotite.

Latura obiectivă are ca element material acțiunea de a organiza sau de a efectua prelevarea de organe sau țesuturi prin constituirea unei grupări sau asociații, în scopul obținerii unui profit material pentru donator sau organizator.

Oricare dintre acțiunile care constituie elementul material al infracțiunii au ca urmare imediată crearea stării de pericol pentru sănătatea persoanei.

Între acțiunea incriminată și starea de pericol produsă trebuie să existe o legătură de cauzalitate, determinată de săvârșirea faptei incriminate.

Infrațiunea se comite cu intenție directă calificată prin scop.

Organizarea activității incriminate se realizează prin acte materiale, directe, indirecte, fiind necesar ca făptuitorul să fie conștient de realizarea scopului incriminat.

Tentativa se pedepsește.

Pedeapsa pentru această infracțiune, în ambele modalități, constă în închisoarea de la 3 la 10 ani.

2.8 Cumpărarea de organe sau țesuturi de origine umană, în scopul revânzării, în vederea obținerii unui profit

Activitatea de cumpărare de organe sau țesuturi de origine umană în scopul revânzării, în vederea obținerii unui profit este incriminată deoarece prezintă pericol social pentru ordinea publică.

Obiectul juridic generic al infracțiunii este reprezentat de relațiile sociale privind ocrotirea integrității și sănătății persoanei, împotriva faptelor de cumpărare de organe, țesuturi sau celule de origine umană, în scopul revânzării, în vederea obținerii unui profit.

Obiectul juridic special îl constituie relațiile privind realizarea activității de prelevare, care se desfășoară în mod ilicit, într-un cadru organizat, pe baza bunei-credințe a participanților, care urmăresc realizarea doar a scopului terapeutic al activității medicale, iar nu cumpărarea de țesuturi sau organe în scopul revânzării.

Obiectul material al infracțiunii este corpul victimei, aflat în viață, asupra căruia s-a exercitat activitatea de prelevare, în condițiile menționate. De asemenea, obiectul material al infracțiunii poate să fie și cadavrul persoanei de pe care s-au prelevat organe, țesuturi sau celule de origine umană, în scopul revânzării, în vederea obținerii unui profit.

Subiectul activ poate să fie orice persoană, norma penală necondiționând calitatea de autor de îndeplinirea vreunei atribuții speciale (subiect activ nedeterminat).

Subiectul pasiv este persoana de la care s-au prelevat țesuturile sau organele, care au format ulterior obiectul revânzării. Deși prelevarea de țesuturi sau de organe se poate efectua și de la cadavre, deoarece subiect pasiv al acestei infracțiuni este numai persoana în viață, rezultă că, în acest caz, subiectul pasiv este statul.

Prelevarea de țesuturi sau organe de la cadavre va reprezenta conținutul infracțiunii de profanare de morminte (cadavre). Nu are semnificație juridică îndeplinirea unor condiții speciale de către victimă.

Latura obiectivă are ca element material acțiunea de cumpărare a organelor sau țesuturilor de origine umană, în scopul revânzării, pentru a se obține un profit.

Elementul material al infracțiunii se realizează doar prin folosirea unor mijloace materiale, iar nu și a unor mijloace psihice morale.

Latura obiectivă a infracțiunii este descrisă prin expresia cumpărare, excluzând, din conținutul său, noțiunea de donare de țesuturi în scopul revânzării.

În acest mod, se evită situația când donatorul oferă gratuit, organul, țesutul sau celulele prelevate din corpul său, iar persoana interesată vinde acest organ, pentru a realiza un profit, ceea ce reprezintă doar încălcarea moralității, activitate care nu este sancționată penal.

Acțiunea constând în cumpărarea organului, trebuie să fie continuată de acțiunea de revânzare a acestuia, pentru a se realiza profitul ilicit.

Piața neagră a traficului cu organe umane pare să fi găsit un loc propice în România¹⁸.

Țara noastră este un furnizor important de țesuturi umane recoltate ilegal.

Un rinichi cumpărat chiar și cu 20.000 de euro din România valorează 100.000 de euro în Europa de Vest și America. Deci profitul este garantat.

Rinichii, plămâni, pancreasul, splina, ficatul și măduva osoasă sunt țesuturile umane cele mai traficate.

Traficanții plasează anunțuri pe internet în care donatorilor li se oferă 10.000 de euro pentru un rinichi, însă beneficiarii sunt taxați cu 100.000 sau chiar 200.000 de euro, bani din care chirurgii primesc 15.000-20.000 de euro. În total, traficul cu organe pe piața neagră le-a adus traficantilor 45 de milioane de euro profit net în trei ani.

Acțiunile care constituie elementul material al infracțiunii au ca urmare imediată crearea unei stări de pericol pentru stabilirea relațiilor sociale. Urmarea pe care o pretinde infracțiunea constă în obținerea unui profit¹⁹.

Între acțiunea incriminată și starea de pericol produsă trebuie să existe o legătură de cauzalitate. Dacă organul respectiv este vândut contra unei sume de bani, trece din posesia lui x, în cea a lui y, iar o dată constatată vânzarea, rezultă ex re starea de pericol.

Infracțiunea se comite cu intenție directă, întrucât făptuitorul are reprezentarea consecințelor activității prestate, urmărind producerea acestora, în sensul realizării scopului infracțional.

¹⁸ http://www.adevarul.ro/locale/galati/Nemaintalnit_Traficul_ilegal_cu_organe_umane_se_face_pe_internet-sub_ochii_autoritatilor_0_373762679.html;

¹⁹ Apreciem că norma legală sancționează obținerea unui profit patrimonial, înțeles ca evaluare materială a produselor umane vândute, iar nu ca beneficiu real rezultat prin scăderea cheltuielilor avansate din prețul obținut. De aceea, infracțiunea există chiar dacă din vânzarea organelor făptuitorul ar obține o valoare mai mică decât suma investită inițial.

Tentativa la infracțiunea de cumpărare de organe se pedepsește, aceasta existând în momentul în care hotărârea de a obține un profit, din vânzarea produselor umane, a fost întreruptă de intervenția unei cauze independente de voința făptuitorului sau nu și-a mai produs efectul, deoarece făptuitorul nu a reușit să dobândească profitul urmărit prin vânzarea produselor umane.

Infracțiunea se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 10 ani.

2.9 Introducerea sau scoaterea din țară de organe sau țesuturi sau de origine umană, fără autorizație specială (art. 159 din Legea nr. 95/2006)

Legea incriminează fapta constând în introducerea sau scoaterea din țară de organe sau țesuturi de origine umană fără autorizație specială emisă de către Agenția Națională de Transplant.

Obiectul juridic special al infracțiunii în constituie relațiile sociale care ocrotesc viața și sănătatea persoanei, precum și autoritatea de stat. Faptele de introducere sau scoatere din țară de organe sau țesuturi de origine umană, determină prejudicii grave în domeniul sănătății populației.

Obiectul material este reprezentat de organele sau țesuturile de origine umană, care au format obiectul activității de introducere sau scoatere din țară, în mod ilicit, periclitându-se viața și sănătatea oamenilor.

Subiectul activ este orice persoană care realizează activitatea de introducere sau scoatere din țară de organe sau țesuturi de origine umană, fără autorizație specială.

Subiectul pasiv al infracțiunii este statul, iar subiectul pasiv secundar poate să fie unitatea spitalicească, care a suferit în mod concret o vătămare ca urmare a prejudicierii sale, prin introducerea organelor umane necorespunzătoare sau prin scoaterea organelor și diminuarea stocurilor de produse umane din rezervă, afectând securitatea sanitară.

Latura obiectivă are ca element material atât acțiunea de introducere, cât și de scoatere din țară a produselor de origine umană.

Activitatea de introducere în țară presupune aducerea în mod ilicit de produse umane dintr-o țară străină, care nu îndeplinesc condițiile legale și nu prezintă garanția asigurării unei stări corespunzătoare de sănătate, pentru persoanele care le vor întrebuința.

Scoaterea din țară a produselor corpului uman constă în acte materiale de ridicare a produselor umane, din locul în care se aflau și de trecere a acestora într-o altă țară, prin mijloace ilicite.

Organele sau bucățile de organe ce urmează a fi introduse/scoase în/din țară, sunt păstrate la temperaturi foarte joase și transportate aerian către centre ilegale de distribuție din SUA, Germania, Scandinavia, Marea Britanie, Israel, Africa de Sud sau din alte locații din țări prospere.

Traficul de organe a devenit o afacere internațională, în care sunt implicați doctori din India, Thailanda, Philipine, Brazilia, Turcia și Israel care caută în Balcani sau în alte regiuni sărace astfel *de resurse*.

Urmarea imediată a acestor activități constă în punerea în pericol a sănătății populației (în cazul introducerii produselor umane) sau în prejudicierea stocurilor de produse din rezerva națională (în cazul scoaterii acestora din țară).

Între acțiunea incriminată și starea de pericol trebuie să existe o legătură de cauzalitate.

Latura subiectivă indică faptul că infracțiunea se produce cu intenție, făptuitorul dându-și seama că prin activitatea de introducere sau de scoatere din țară a produselor de origine umană, va pune în pericol sănătatea populației, urmărind producerea acestor consecințe, în scopul prejudicierii stocurilor din rezerva națională sau al contaminării acestora.

Infracțiunea se consumă atât prin producerea pericolului social pentru sănătatea populației, cât și a pericolului concret, prin periclitarea sănătății unei persoane (între faptă și urmare trebuind să existe un raport de cauzalitate).

Poliția ucraineană a descoperit o rețea criminală internațională, condusă de cetățeni israelieni care timp de trei ani a fost implicată în trafic cu organe prelevate de la cetățeni din Ucraina, Rusia, Republica Moldova, Belarus și Uzbekistan.

Donatorii, majoritatea femei, tinere cu vârste cuprinse între 18 și 25 de ani, de condiție modestă, dar perfect sănătoase, erau recrutate pe internet și apoi duse în Azerbaidjan sau Ecuador, unde le erau prelevate organele. Beneficiarii erau în general pacienți bogați din Israel, dar și din Europa sau Asia²⁰.

Tentativa nu se pedepsește.

Pedeapsa constă în închisoarea de la 3 la 10 ani.

3. Transplantul de organe în noul Cod Penal

În urma ratificării de către România a Convenției Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de ființe (prin Legea nr. 300/2006), a fost introdusă și o incriminare nouă, folosirea serviciilor care fac obiectul exploatarei unei persoane traficate (incriminare cerută de art. 19 din Convenție). Spre exemplu, textul va fi aplicabil în cazul persoanei care acceptă să primească prin transplant un organ, știind că este prelevat ilegal de la o victimă a traficului de persoane, sau a celui care acceptă să folosească munca forțată impusă acestor victime.

Concluzii

În cursul ultimelor decade, utilizarea organelor umane pentru transplanturi s-a intensificat în mod constant. Donarea de organe poate salva numeroase vieți și ameliora calitatea vieții pentru mulți pacienți. Însă acest potențial poate fi valorificat numai în condițiile disponibilității unui număr suficient de organe pentru transplant, cu respectarea măsurilor de calitate și numai dacă procedurile vor fi organizate în mod eficient și vor fi accesibile pentru toate persoanele care necesită un transplant.

În prezent, cererea de organe depășește disponibilitatea acestora în toate statele. În timp ce cererea de organe crește, disponibilitatea acestora variază mult între state: de la 33,8 de donatori decedați la un milion de locuitori în Spania, până la un donator decedat la un milion de locuitori în România.

Traficul de organe este un subiect inepuizabil. Dramele prin care trec zeci de mii de persoane anual constituie fiecare o poveste aparte, care merită toată atenția agențiilor de aplicare a legii pentru a diminua efectele produse.

Prin lucrarea de față am încercat abordarea traficului de organe într-o manieră interdisciplinară, având la bază dreptul penal intern.

Practica judiciară demonstrează că traficul de organe este un fenomen în continuă schimbare, în care grupările criminale își perfecționează permanent modul de operare. Astăzi, elementele tradiționale suferă mari schimbări înregistrându-se tendințe noi atât privind categoriile de persoane vulnerabile, cât și scopurile de exploatare sau modalitățile de manipulare și de control. Pentru a face față noilor provocări se impune intensificarea colaborării internaționale precum și armonizarea metodelor de abordare a cazurilor de trafic de organe.

Traficul de organe continuă să fie pe prima pagină a agendelor organizațiilor guvernamentale și internaționale. Preocuparea constantă a agențiilor de aplicare a legii în România pentru diminuarea traficului de organe va avea rezultate scontate în măsura în care toate autoritățile guvernamentale se vor implica în prevenirea și combaterea acestui fenomen, ținând cont de standardele internaționale în domeniu și experiența dobândită până în prezent.

Având în vedere concluziile privind donarea de organe sau țesuturi de origine umană, formulăm următoarele propuneri:

²⁰ <http://www.protv.md/stiri/social/o-retea-internationala-care-trafica-organe-si-de-la-cetateni-moldoveni.html>;

▪ Țara noastră se clasează pe ultimul loc în clasamentul țărilor membre ale Uniunii Europene în privința donării de organe. În aceste condiții sunt necesare creșterea ratei donării (creșterea speranței de sănătate și de calitate pentru pacienții care necesită organe) și reducerea riscului pentru pacienți.

Creșterea numărului de transplanturi de organe ar avea consecințe sociale pozitive pentru primitorii de organe (asupra calității vieții acestora) și pentru familiile donatorilor.

Transplantul de organe determină pentru pacienți creșterea posibilității de a participa la viața socială și profesională.

Așadar, pentru a intensifica fenomenul transplantului în România, sunt necesare lansările de campanii naționale de informare a populației despre ceea ce înseamnă să fim donatori. Numai în acest mod putem învața cum poate fi salvată viața unui copil sau a unui părinte.

Statul ar trebui să ofere cetățenilor posibilitatea de a se înscrie într-un registru al donatorilor atunci când aceștia solicită eliberarea unui pașaport și să se includă informații legate de disponibilitatea de a dona în cartea de identitate sau pe permisul de conducere.

Cel mai important loc pentru creșterea ratei donărilor îl ocupă, după părerea noastră, educația cetățenilor în spiritul ameliorării calității vieții.

▪ Având în vedere faptul că legislația românească nu reglementează situația persoanei aflate în stare vegetativă (comă) considerăm că este necesară adoptarea unor norme juridice în materie.

▪ Propunem ca, de lege ferenda, să fie desemnată în țara noastră o autoritate competentă pentru standardele de calitate și siguranță a organelor umane destinate transplantului. O astfel de autoritate ar trebui să elaboreze reguli care acoperă toate stadiile, de la donare, până la transplantul efectiv. De asemenea, această autoritate, ar trebui să asigure un nivel de pregătire corespunzător al personalului implicat în acest proces.

Statul trebuie să asigure cel mai înalt nivel de protecție a donatorilor în viață. Donația de organe trebuie să fie voluntară și neplătită, dar suntem de părere că, principiul neremunerării nu trebuie să împiedice un donator viu să primească o compensație pentru cheltuielile suportate sau pentru pierderea de venituri, cu condiția ca acest lucru să nu constituie un avantaj financiar.

Autoritatea trebuie să interzică publicitatea pentru nevoie sau disponibilitatea de organe dacă scopul este un câștig financiar.

În concluzie, traficul de organe este un fenomen care trebuie abordat din mai multe perspective: este o încălcare gravă a drepturilor omului, un fenomen economic și social cu consecințe pentru întreaga societate, o problemă de sănătate publică, și nu în ultimul rând o faptă gravă, în care traficanții, și nu victimele, sunt infractorii.

Referințe bibliografice

- V. Dobrinou, N. Neagu, *Drept penal. Partea specială*, Wolters Kluwer, București, 2008;
- M. A. Hotca, M. Dobrinou, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale*, ediția a II-a, C. H. Beck, București, 2010;
- F. Sudre, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, 2005;
- Tănăsescu, G. Tănăsescu, C. Tănăsescu, *Transplantul și prelevarea*, C. H. Beck, București, 2008;
- Tănăsescu, *Considerații privind transplantul de țesuturi și de organe umane*, Științe Juridice, Craiova, 2005;
- E. Thiry, *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes le plus faibles*, Bruylant, Nemesis, 2007;
- V. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2007;
- M. C. Voinic, *Traficul ilicit de persoane, țesuturi și celule umane – prevenire și combatere*, Sitech, Craiova, 2009;
- H. Diaconescu, S. Cercel, R.D. Diță, G. Gazdovici, *Răspunderea juridică în domeniul prelevării și transplantului în dreptul român*, Universul Juridic, București, 2009;

- E. Tanislav, M. Oprișan, *Infracțiuni la regimul efectuării prelevării și transplantului de organe, țesuturi și celule de origine umană în scop terapeutic*, Revista Dreptul nr. 4/2007;
- N. Cornea, *Infracțiuni prevăzute de Legea 2/1998 privind prelevarea și transplantul de țesuturi și organe de origine umană*, Revista Dreptul nr. 3/1999;
- M. Pivniceru, *Principiile fundamentale ale sistemului european de protecție a drepturilor omului în legătură cu biomedicina*, Revista Română de Bioetică vol. 1, nr. 3/2003;
- M. Boieru, *Infracțiuni privind traficul de persoane*, Revista Dreptul nr. 9/2003;
- www.adevarul.ro;
- www.jurnalulnational.ro;
- www.realitatea.net;
- www.antena3.ro.

VREAU ȘI EU SĂ AM DREPTUL LA VIAȚĂ. REFLECȚII DESPRE PROTECȚIA JURIDICĂ A DREPTULUI LA VIAȚĂ DIN PERSPECTIVA FĂTULUI

Costina ȘTEFĂNESCU*

Abstract

Within the evolution of society has developed a new science called fetology. It showing that the beginning of life is much earlier than beginning assumed by the doctrine of penal. Right to life must be recognized since the beginning of brain activity related to other organs. This requires modification of penal legislation in force mainly to amend Article 185 thus putting legislation in line with other penal acts that support this idea.

Cuvinte cheie : viață, făt, drept, protecție juridică.

1. Introducere:

Trăim într-o lume a paradoxurilor în care se educă iubirea de pace, dar se și declanșează război, se discută despre programe de combaterea violenței în familie, dar familia este pe cale de dispariție¹, se discută despre prevenirea abuzurilor de tot felul asupra minorilor², dar sunt din ce în ce mai puțini copii³ și mulți maltratați, se discută despre dreptul la viață, dar este încălcat în mod flagrant.

Pentru studiul de față interesează în mod deosebit.

2. Conținut

Aruncând o privire în trecutul nu foarte îndepărtat vedem decizii politice diferite⁴ dar care au ajuns la același rezultat și nu unul tocmai favorabil.⁵

* Studentă, Academia de Poliție „Al. I. Cuza”, Facultatea de Poliție, București; costinarauti@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Dr. Mirela Gorunescu.

¹ Potrivit unui comunicat al Institutului Național de Statistică, la oficiile de stare civilă s-au înregistrat în luna iunie 2009 un număr de 11 166 (6,3 căsătorii la o mie de locuitori), în scădere cu 1.397 comparativ cu luna precedentă. Numărul căsătoriilor a fost în luna iunie 2009 cu 3.097 mai mic decât în aceeași lună din anul precedent. Prin hotărâri judecătorești definitive s-au pronunțat 3284 divorțuri în luna iunie 2009 (1,86 divorțuri la o mie de locuitori), cu 70 mai multe decât în luna mai. Prin hotărâri judecătorești definitive s-au pronunțat 3284 divorțuri cu 37 divorțuri mai multe în luna iunie 2009 decât în luna iunie 2008.

² Un studiu realizat de Organizația Salvați Copii în anul 2000 în trei orașe din România a concluzionat că 75% dintre copii erau pedepsiți prin bătaie; cea mai răspândită formă de abuz exercitată asupra copiilor a fost cel emoțional, 90% dintre copii fiind victime cel puțin ale uneia dintre formele posibile de manifestare ale acestuia. Neglijarea Protecția Drepturilor Copilului, peste 62% din totalul cazurilor de abuz asupra copilului raportate în anul 2008 fiind cazuri de neglijare.

Din numărul total de 11.641 cazuri de abuz înregistrate de autoritățile competente în anul 2008, 439 au fost cazuri de abuz sexual.

³ În România, deși mortalitatea infantilă înregistrează o tendință de scădere comparativ cu valorile de acum 40 ani, valorile indicatorului sunt încă alarmante comparativ cu cele înregistrate în alte țări europene. În anul 2008 s-au înregistrat aproape 11 decese la 1.000 născuți vii, cu discrepanțe între mediul rural (14) și cel urban (8,5), valoare mare, comparativ cu cea înregistrată în restul țărilor europene, de 5 decese la 1.000 copii născuți vii. (INS, *Caiete demografice*, 2009)

⁴ Decretul nr. 770/1966 care reglementează interzicerea avortului și Decretul nr. 1/27.12. 1989 care abroga dispozițiile din Codul penal referitoare la provocarea ilegală a avortului (art. 185), avortul provocat de femeie (art. 186), detinerea de materiale sau instrumente avortive (art.187) și omisiunea de a anunța efectuarea avortului(art. 188)

Majoritatea constituțiilor prevăd expres dreptul la viață.⁶ Într-o accepțiune restrânsă, dreptul la viață privește viața persoanei numai în sensul ei fizic⁷. Într-o accepțiune mai largă, dreptul la viață privește viața ca un univers de fenomene, fapte, cerințe ce se adaugă, permit și îmbogățesc existența fizică. Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat de lege.

Drepturile fundamentale ale omului au o rezonanță absolută și esențială atât din perspectiva normelor juridice din dreptul intern, cât și internațional.

Din perspectivă internațională, drepturile omului, în speță, dreptul la viață își găsește consacrară în Declarația Universală a Drepturilor Omului (introdusă în legislația română prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, cât și în Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice și în Cartea Națiunilor Unite). Astfel, la 10 decembrie 1948, Adunarea Generală a Națiunilor Unite a adoptat și proclamat “declarația universală a drepturilor omului”, în cuprinsul căreia sunt stipulate drepturi fundamentale, arătându-se, printre altele, că: toate ființele umane au dreptul la viață, la libertate și la securitatea persoanei sale.

De asemenea, în cuprinsul Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice se prevede la art. 6, Partea a III-a, următoarele:

Dreptul la viață este inerent persoanei umane. Acest drept trebuie ocrotit prin lege. Nimeni nu poate fi privat de viața sa în mod arbitrar

În exercitarea drepturilor și libertăților sale, niciun om nu trebuie supus decât numai îngrădirilor stabilite de lege, exclusiv în scopul de a asigura cuvenita recunoaștere și respectare a drepturilor și libertăților altora și ca să fie satisfăcute juste cerințe ale moralei, ordinii publice și bunăstării generale într-o societate democratică.

În ultimii ani, îndeosebi, drepturile omului au încetat să mai fie doar un subiect extrem de dezbătut, devenind și unul dintre factorii esențiali grație cărora s-au produs ample mutații în fizionomia politică și economică a unui mare număr de țări ale lumii. Astfel, drepturile omului au devenit o sursă majoră de dinamizare a evoluției istorice ca urmare a împletirii și potențării reciproce a câtorva tendințe⁸. Afirmarea crescândă a individului și conștientizarea faptului că recunoașterea și protecția drepturilor și libertăților omului este benefică nu numai afirmării personalității indivizilor ca atare, ci și societății și, într-un sens mai larg, umanității în ansamblul său, reprezintă unul din marile adevăruri ale vremurilor noastre.

Noile realități existente în România după 1989 au determinat alinierea țării noastre la standardele internaționale și în ce privește apărarea drepturilor omului, a persoanei umane.

Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțate de un tribunal în cazul când infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege.⁹

Moartea nu este considerată ca fiind cauzată cu încălcarea acestui articol¹⁰ în cazul când ea ar rezulta din recurgerea la forța dovedită absolut necesară:

- a) pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței nelegale;
- b) pentru a efectua o arestare legală sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute.

⁵ anumite statistici, arată faptul că un procent de 18% din avorturi sunt cerute de adolescente între 15 și 19 ani, iar 60% au vârsta între 19 și 24 ani. De asemenea, se constată că vârsta medie a elevelor care recurg la avort a scăzut în ultima perioadă de la 17 – 18 ani, la 15 – 16 ani, multe recurgând la această intervenție chiar sub vârsta de 14 ani.

⁶ Aceste principii universale recunoscute în planul spectrului internațional își găsesc reglementarea de principiu în Constituția Română în art. 22

⁷ Se referă la la persoană în materialitatea ei, la corpul persoanei;

⁸ Orientările UE privind dialogurile în domeniul drepturilor omului cu țările terțe;

⁹ Constituția României se nunără printre acelea care nu prevăd pedeapsa cu moartea

¹⁰ Art. 6 Partea a III-a, din cuprinsul Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice prevede: Dreptul la viață este inerent persoanei umane

Dacă neglijezi dreptul la viață în sine, celelalte drepturi devin inutile. Dreptul la viață este un drept suprem. Deși este menționat în Carta Drepturilor Omului a Națiunilor Unite, acest principiu nu este respectat. Ar fi mai bine ca accentul dezbaterilor să se mute de pe drepturi, pe datorii și obligații. Acest lucru va ajuta foarte mult la protejarea vieții copiilor nenăscuți.

De când începe viața? Când avem de-a face cu un om? Când este recunoscut statutul de persoană legală a fătului? Sunt întrebări la care nu există un răspuns.

Cum este definită viața umană? “viața este caracterizată prin reacții fizico-chimice permanente care se desfășoară în interiorul celulelor (reacții biochimice), echilibrul constant al mediului intern al celulelor și schimburile acestuia cu mediul extern sunt asigurate prin existența învelișului celular, cu permeabilitate variabilă și selectivă¹¹.”

Putem vorbi despre aceste lucruri și în cazul copilului nenăscut, denumit embrion sau făt, deci și el este o ființă umană.

“Ovulul” este “celula germinală feminină naturală pregătită pentru fecundație¹²” iar “spermatozoidul” este “celula germinală masculină matură¹³”

Femeia eliberează lunar un singur ovul (aceasta este cea mai mare celulă din corpul uman), perioada fiind cunoscută sub numele de “ovulație”. Dacă ovulul nu este fecundat, femeia va avea menstruație. Este interesant de știut faptul că, copilul nenăscut de gen feminin conține deja în ovarele sale toate ovulele pe care le va produce vreodată în viață¹⁴

În timpul actului sexual, bărbatul ejaculează milioane de spermatozoizi (spermatozoidul fiind cea mai mică celulă din corpul uman) dintre care numai unul va penetra ovulul, după care acesta “se închide” nemaiputând fii penetrați de alți spermatozoizi.

În momentul în care celula sexuală feminină este fecundată de celula sexuală masculină, putem vorbi de “concepție” sau “fecundație”. “Concepția” este definită de Dicționarul de Medicină de la Oxford ca “fecundarea ovulului de către spermatozoid în trompa uterină”(Dicționar de Medicină Oxford, 2005, p. 177).

Celula formată din această contopire poartă numele de “celula ou-zigot” și este mai mică decât o granulă de sare. Noua viață a moștenit 23 de cromozomi de la fiecare părinte, în total 46. Această celulă este cea mai complexă celulă existentă. Ea conține tiparul genetic complex al dezvoltării umane – sexul copilului, culoarea părului și a ochilor, înălțimea, nuanța tenului, șamd.¹⁵

În zilele care urmează, zilele 3-4, oul fecundat ajunge prin trompe în uter unde hormonul numit progesteron a pregătit terenul pentru implantare. În timpul zilelor 5-9 oul fecundat se plantează în peretele uterin și începe să se hrănească. Oul fecundat prin unirea celor 2 celule, feminine și masculine, va purta de acum încolo numele de embrion. Dicționarul de Medicină de la Oxford, definește termenul de “*embrion*” ca “produsul de concepție în primele săptămâni de sarcină, timp în care se formează principalele organe¹⁶”

“Embrionul care se dezvoltă își semnalează prezența prin substanțe placentare și hormoni, oprind menstruația mamei în zilele 10-14. *Abia acum* mama își dă seama că este însărcinată. *Sarcina* este definită de Dicționarul de medicină de la Oxford ca fiind “perioada de timp care se scurge din momentul fecundației până la naștere, fătul/copilașul dezvoltându-se în mod normal în uter. Sarcina durează aproximativ 266 de zile de la concepție până în momentul nașterii sau 280 de zile din prima zi a ultimei menstruații.

În ziua 20, sau la vârsta de mai puțin de o lună – când se crede că este vorba de un simplu embrion fără viață sau o aglomerare de țesuturi – *baza creierului, măduva spinării și sistemul nervos*

¹¹ Definiția **vietii umane** dată de Dicționarul de Medicină Larouse, Editura Univers Enciclopedic., 1999

¹² Dicționar de Medicină Oxford, Gheorghe Vasilescu, Ed. ALL, Editia 6, 2005, p 571

¹³ Dicționar de Medicină Oxford, 2005, p 746

¹⁴ Rodman, Sarvis, și Bonar, 1987

¹⁵ pliantul “Primele nouă luni de viață”, 1993

¹⁶ Dicționar de Medicină Oxford, 2005, p. 259

ale copilului sunt deja formate. “Inima îi bate începând cu ziua 18-25 de la concepție cu o frecvență de 140-150 de bătăi pe minut, dublă față de cea a mamei¹⁷”.

La o lună, embrionul este de 10 000 de ori mai mare decât oul fecundat originar, și se dezvoltă rapid. Inima pompează cantități tot mai mari de sânge prin sistemul circulator. Placenta formează o barieră unică ce permite ca sângele mamei să rămână separat, dar în același timp permite hranei și oxigenului să treacă prin ea spre copilăș.

Începând din ziua a 40-a se poate înregistra *activitatea bioelectrică a creierului*, iar începând cu ziua a 45-a s-a reușit înregistrarea electrică a activității inimii (electrocardiograma), *deși* ea a început să bată mult mai devreme (Stossel, 1998).

În săptămâna a 6-a ficatul preia producerea celulelor sângelui și creierul începe să controleze mișcarea mușchilor și a organelor”, astfel încât, între 7-8 săptămâni copilășul își mișcă mânuțele și picioarele, însă mama îi va simți mișcările decât abia în luna a 4-a sau a 5-a, când el va mai crește în dimensiuni. În acest moment copilul măsoară aproximativ 15 mm lungime, cântărește 2 grame și *are trăsăturile unei ființe umane* (pliantul “Primele nouă luni de viață”, 1993).

Săptămâna a 7-a debutează cu formarea maxilarelor, inclusiv a rădăcinilor dinților în gingii. Curând se vor închide pleoapele pentru a proteja ochii sensibili la lumină ai copilășului și se vor redeschide în luna a 7-a. În această săptămână se formează 100.000 de noi celule nervoase pe minut. La naștere numărul lor va fi de circa 100 de miliarde și nu se vor forma altele noi. Copilășul este în continuă mișcare. Are deja reflexe și reacționează la atingere și simte durerea (Stossel, 1998).

Măsurând aproximativ 2-4 cm și cântărind 13 grame, în săptămâna a 8-a mica ființă va purta numele de “făt” începând cu această vârstă – “fetus”, denumire ce provine din limba latină, înseamnă “tânăr” sau “copil”. Acum totul este complet la fel ca și într-un adult. Inima bate de mai bine de o lună, stomacul produce sucuri gastrice și rinichii încep să funcționeze în legătură cu sistemul nervos. Creierul este bine dezvoltat. Grupurile de mușchi funcționează în armonie cu sistemul nervos, așa că copilășul își poate strânge pumnul sau poate prinde cordonul ombilical. El plutește în lichidul amniotic, fiind astfel protejat de șocuri și presiune. În acest moment, toate organele sunt deja formate. În următoarele săptămâni și luni are loc creșterea și maturarea lor, prin aportul de glucide, lipide, proteine și oxigen. Acest proces continuă și după naștere¹⁸

În săptămâna a 9-a fătul își va îndoi degetele în jurul unui obiect pus în palma mâinii lui.

În săptămâna următoare uterul se dublează în mărime. Fătul se poate uita cu ochii întredeschiși, poate înghiți și își poate încrunta fruntea.

În săptămâna a 11-a, fața are deja profilul unui copilăș și mișcările mușchilor devin mai coordonate. “Fătul are 6 cm lungime și cântărește circa 30 de grame. De la această vârstă se pot distinge amprente, care nu se mai modifică toată viața, fiind o dovadă în plus că fătul este o persoană distinctă. Ficatul, splina și măduva osoasă sunt suficient de mature pentru a produce celulele sanguine, în locul veziculei viteline, care acum și-a încheiat funcția. La această vârstă se poate determina deja *grupa sanguină*. Fătul înghite și inspiră lichid amniotic pentru dezvoltarea aparatului respirator, sughite, doarme, își încrunta fruntea, pipăie cu mâinile și picioarele, își mișcă globii oculari, urinează, își sugă degetul. Dezvoltarea *simțului echilibrului* face ca mișcările sale să fie mai coordonate, astfel încât el se poate chiar rostogoli. Simte căldura, lumina și zgomotul” (Stossel, 1998).

Fătul doarme, se trezește și-și exersează energic mușchii – își întoarce capul, îndoie degetele de la picioare, își deschide gura. Palma, când e mangâiată se va strânge într-un pumn închis tare. Toate acestea au loc în săptămâna a 12-a, iar, în cea care urmează, *un păr fin începe să crească pe cap și încep să apară diferențierile sexuale*. Acesta este perioada în care are loc formarea scheletului. “În primul trimestru de sarcină, datorită procesului de creștere rapidă și a modificărilor ce survin în proporțiile corporale, este necesar ca scheletul să fie moale. La început el este format din cartilaj osos

¹⁷ Stossel, 1998, p. 33

¹⁸ Stossel, 1998, p. 34

moale, care mai târziu se osifică și se transformă în os propriu-zis. Chiar și la naștere oasele sunt încă moi și flexibile, lucru absolut necesar în special pentru oasele capului”¹⁹

În luna a 3-a fătul ocupă o mare parte a cavității uterine, și se mișcă mai mult. Capul are aproximativ o treime din lungimea corpului. El crește ceva mai repede în prima perioadă a sarcinii, datorită dezvoltării creierului. Mama se poate mișca nestingherită până la sfârșitul sarcinii, poate chiar face gimnastică, poate alerga.

La 4 luni are între 16-20 cm lungime și cântărește circa 250 grame. Simte gustul lichidului amniotic. Se pot distinge deja unghiile și părul este mai evident. Fătul devine mai vioi, iar mama îi simte pentru prima dată mișcările”²⁰. Mama probabil va începe să arate că este însărcinată. Cordonul ombilical a devenit o minune tehnologică, transportând cam 300 litri de lichide pe zi și având un ciclu complet de transport al lichidelor în 30 de secunde.

Acum, în luna a 5-a, jumătate din perioada de sarcină a trecut și fătul are aproximativ 24 cm. Mama a început acum să simtă mișcările. Dacă un sunet este foarte puternic sau mai deosebit fătul poate tresări ca reacție la acel sunet. Cu ajutorul ultrasunetelor, se poate vedea sexul copilului.

În luna a 6-a *glandele sebacee și cele sudoripare funcționează*. Pielea delicată a copilășului care crește este protejată împotriva lichidului fetal de o grăsime numită “vernix”. Dacă bebelușul s-ar naște în această lună și i s-ar acorda grija corespunzătoare ar supraviețui”²¹

În luna a 7-a copilășul folosește acum *cele patru simțuri*: văzul, auzul, gustul și pipăitul. Recunoaște vocea mamei sale.

Pielea începe să devină mai groasă în luna a 8-a, cu un strat de grăsime dedesubt pentru izolare și hrănire. Anticorpul apar în număr crescând. Copilul absoarbe cam 4 litri de lichid amniotic pe zi, acesta fiind înlocuit complet la trei ore.

Spre sfârșitul lunii a 9-a, bebelușul este gata să se nască. Durata medie de sarcină este de 280 zile din prima zi a ultimei perioade menstruale a mamei, dar durata aceasta este variabilă. Cei mai mulți copilași (între 85% și 95%) se nasc undeva între 266 și 294 zile. Acum copilul cântărește în jur de 3000 grame, iar inima lui pompează 1200 litri sânge pe zi.²²

Fătul reprezintă o evoluție somatică și sufletească în corpul matern. Asupra acesteia toți medicii sunt de acord chiar dacă nu toți dau aceleași date privind începutul manifestării vieții fătului. De pildă, unii medici au demonstrat faptul ca feții pot supraviețui în afara uterului înainte de 12 săptămâni. Dar pentru cât timp? Unii autori²³ au încercat definirea viabilității ca fiind "capacitatea de a supraviețui în afara uterului chiar și pentru o secundă după naștere".

De asemeni încetarea activității creierului definește moartea, atunci per a contrario, începutul activității creierului ar putea defini viața. Este interesant de știut ca encefalul începe să funcționeze la făt la aproximativ 40-43 de zile de viață intrauterină.

Video-caseta, care poartă titlul de Strigătul mut, dovedește că:

- a. fătul presimte amenințarea instrumentului utilizat în provocarea avortului;
- b. el manifesta perceperea pericolului, lucru demonstrat de următoarele aspecte:
 - se mișcă violent și agitat;
 - frecvența cardiacă crește;
 - deschide gura larg ca într-un strigăt: strigătul mut..

Biserica Ortodoxă recunoaște omul din momentul conceperii. “Din punctul de vedere al învățăturii de credință ortodoxă, omul este persoană din momentul conceperii. Dacă legea românească, și nu numai, prevede că de la 24 de săptămâni pruncul este om, aceasta este o greșeală

¹⁹ Stossel, 1998

²⁰ idem

²¹ pliantul “Primele nouă luni de viață”, 1993

²² idem

²³ Francisc Deak, Tratat de drept civil, Contracte speciale, Ediția a III- a actualizată și completată, Universul Juridic, 2001

din punct de vedere teologic. În momentul conceperii, Dumnezeu face această minune a unirii materiei cu sufletul, și putem vorbi de o ființă umană, cu trup în formare (chiar dacă este în fază incipientă, embrionară), și suflet, care este partea nemuritoare a ființei umane”, spune Preasfințitul Ciprian Cămpineanul, Episcop-vicar patriarhal, președinte al Consiliului etico-juridic al Patriarhiei Române.

Viața este darul pe care Dumnezeu i l-a dat omului. Mântuitorul Iisus Hristos vestește: „*Eu am venit ca viață să aibă, și din belșug s'o aibă*”²⁴ Porunca „Să nu ucizi” a fost lăsată, ca și celelalte, de către Dumnezeu profetului Moise. Ortodoxia condamnă terorismul, agresiunea înarmată, violența criminală, precum și alte forme de curmare cu forța a vieții umane.

Cartea Pildele lui Solomon (Proverbe) și a Psalmilor ne îndeamnă să apărăm pe cel ce nu se poate apăra, să facem dreptate când cel slab este nedreptățit: “Deschide-ți gura pentru cel mut, pentru pricina tuturor celor părăsiți! Deschide-ți gura, judecă cu dreptate!”²⁵ “Izbăvește pe cei târați la moarte, și scapă pe cei aproape să fie junghiați. Dacă zici: “Ah! N-am știut!... Crezi că nu vede Cel ce cântărește inimile și Cel ce veghează asupra sufletului tău? Și nu va răsplăti El fiecăruia după Dumnezeu, cartea Pildele lui Solomon capitolul 24, versetele 11 și 12). Aceste versete se aplică în situația avortului, copilul nenăscut nu poate să vorbească pentru sine, dreptul lui la viață este nerespectat și el este dus la moarte, gata să fie măcelărit de chiureta doctorului.

Concepția biblică legată de valoarea vieții omenești dată de Dumnezeu din momentul conceperii ei este expusă mai ales în cuvintele sfântului împărat David: „Că Tu ai zidit rărunchii mei, Doamne, Tu m-ai alcătuit în pântecul mamei mele. [...] Nu sunt ascunse de Tine oasele mele, pe care le-ai făcut întru ascuns, nici ființa mea pe care ai urzit-o, ca în cele mai de jos ale pământului. Cele necurate ale mele le-au cunoscut ochii Tăi și în cartea Ta toate se vor scrie; zi de zi se vor săvârși și nici una din ele nu va fi nescrișă”²⁶.

Sub aspect moral, problema avortului a devenit un fapt mai mult decât banal. O femeie din două are în palmares de la trei, până la cinci avorturi la cerere și, într-un mod foarte dureros, anumite statistici, arată faptul că 18% din avorturi sunt cerute de adolescente între 15 și 19 ani, iar 60% au vârsta între 19 și 24 ani. De asemenea, se constată că vârsta medie a elevelor care recurg la avort a scăzut în ultima perioadă de la 17 – 18 ani, la 15 – 16 ani, multe recurgând la această intervenție chiar sub vârsta de 14 ani²⁷. Nu este de mirare că “pruncuciderea” din cabinetele medicale a ajuns în stradă iar noi trecem pe lângă toate aceste lucruri ca și când ele nu s-ar întâmpla.

În ceea ce privește legea penală, după aproape 7 ani, provocarea ilegală a avortului este din nou încriminată, prin dispozițiile articolului 185 Cod penal, introdu-se prin Legea nr. 140/1996, faptă ce constituie infracțiune numai în anumite condiții.

În legătură cu această infracțiune apare o primă problemă – obiectul juridic special. Care sunt valorile sociale pe care le apără legiuitorul prin încriminarea acestei fapte?

Unii autori²⁸ sunt de părere că obiectul juridic al acestei infracțiuni este reprezentat de viața intrauterină, viața, sănătatea și integritatea corporală a femeii însărcinate cât și de politica demografică a statului.

Alți autori²⁹ sunt de părere că obiectul juridic special constă în relațiile sociale cu privire la întreruperea cursului sarcinii în condiții de siguranță pentru integritatea corporală, sănătatea și viața

²⁴ Ioan capitolul 10, versetul 10

²⁵ Dumnezeu, cartea Pildele lui Solomon capitolul 31, versetul 8 și 9

²⁶ Psalmul 138, versetul 13, 15-16

²⁷ Institutul Național de Statistică

²⁸ Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, *Tratat de drept penal Partea specială*, ed. C.H. Beck, București, 2009, p 143; Alexandru Boroș, *Drept penal Partea specială*, ed. C.H.Beck, București, 2006, p 135; Gheorghe Nistoreanu, Al. Boroș *Drept penal Partea specială*, Ediția II ed. All Beck, București, 2002, p 126, Gheorghe Nistoreanu, Al. Boroș, *Drept penal Partea specială*, Ediția III conform noului cod penal, ed. All Beck, București, 2005, p 79, T. Toader, *Drept penal. Partea specială*, ed. All Beck, București, 2002, p 90.

femeii însărcinate, iar în secundar este asigurată și nasterea unui copil fără malformații, fapt prin care recunosc, implicit, o subordonare a relațiilor sociale ce alcătuiesc obiectul juridic al infracțiunii prevăzute de art. 185 Cod penal.

În opinia mea valorile protejate de legiuitor prin aceste încriminări sunt, pe de o parte, viața intrauterină, văzută nu numai ca *pars viscerum* cât și *nasciturus*- spes homini, iar pe de altă parte viața, sănătatea și integritatea corporală a femeii însărcinate.

Dacă fătul ar fi numai *pars viscerum* și nu ar avea viață, avortul săvârșit chiar de femeia însărcinată³⁰ nu ar putea fi încriminat,³¹ deoarece legea penală nu pedepsește faptele de automutilare, iar avortul săvârșit de către o terță persoană ar fi pedepsit nu ca avort ci ca infracțiune de vătămare a integrității corporale sau a sănătății.

Legiuitorul trebuie să țină seama de două interese aparent contrare și anume : dreptul mamei de a dispune de propriul corp, dar și de dreptul la viață al produsului de concepție.

Obiectul juridic al acestei infracțiuni trebuie apreciat în toată complexitatea lui, fără a încerca o ierarhizare a diferitelor categorii de relații sociale apărute prin încriminarea provocării ilegale a avortului.³²

Având în vedere că obiectul juridic special al acestei infracțiuni este unul complex, apar problemele următoare: Ce se întâmplă în situația în care este pusă în pericol atât viața femeii însărcinate cât și a fătului? Care dintre ele va avea prioritate? Este posibilă o subordonare a unei valori sociale față de cealaltă?

Nu ar trebui să existe o subordonare a celor două valori protejate, fiindcă un drept la viață nu poate fi mai presus de alt drept la viață, dreptul la viață este inerent persoanei și egal pentru toți, numai că în această situație se pune problema când începe protecția juridică a dreptului la viață ? Suntem într-adevăr în prezența a două drepturi la viață distincte³³?

În ceea ce privește momentul inițial al recunoașterii dreptului la viață, în dreptul penal s-au conturat două teorii.

Într-o prima teorie se consideră că un om este în viață din momentul în care ia sfârșit procesul nașterii naturale, moment în care copilul expulzat și începe viața extrauterină,³⁴ adică momentul când produsul concepției nu mai este făt, ci copil, începând să ducă o viață independentă de a mamei.

Argumentul care ar combate această teorie ar fi următorul: fapta medicului care din culpă, în cursul procesului nașteri, determină moartea copilului, se va încadra în conținutul infracțiunii de ucidere din culpă prevăzută de art. 178 Cod penal. Dacă s-ar considera, că momentul de la care începe dreptul la viață, este cel al finalizării procesului nașteri, fapta culpabilă a medicului care determină moartea copilului nu ar intra sub incidența legii penale, deoarece avortul din culpă³⁵ nu este încriminat.

²⁹ Sergiu Bogdan, *Drept penal Partea specială*, vol I, Sfera juridică, Cluj Napoca, 2006, p 93; Mirela Gorunescu, *Drept penal: Partea specială*, p 150; Octavian Loghin , Tudorel Toader, *Drept penal român Partea specială*, Ediția a III a revăzută și adăugită., Casa de editură și presă “:Sansa” SRL, Bucuresti, 1997, p 127

³⁰ Subiect activ al provocării ilegale a avortului poate fi și femeia însărcinată conform aliniatului 1 litera b, c de la art. 185 CP (rezultă implicit din prevederile codului penal)

³¹ Dacă fătul ar fi considerat un organ și nu că ar avea viață, provocarea ilegală a avortului nu ți-ar găsi aplicația deoarece am fi în prezența unei vătămări corporale a femeii însărcinate, și nimic mai mult.

³² D. V. Mihăilescu, *Reglementarea Întreruperi cursului sarcinii și infracțiunea de avort*, Ed. Științifică, Bucuresti, 1967, p 86

³³ Ne referim la situația în care i s-ar recunoaște și fătului un drept la viață., situație în care mama ar avea un drept la viața distinct și diferit de al fătului.

³⁴ T. Toader, *Drept penal. Partea specială*, ed. All Beck, București, 2002, p38, I. Pascu, V. Lazăr, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p 75; G. Mateuț, *Drept penal special. Sinteză de teorie și practică judiciar*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p 63; C. Bulai, *Curs de drept penal. Partea specială*, vol I, București, 1975 p 116, O. Loghin, T. Toader p 86, V. Suianu, *Drept penal. Partea specială*, vol I, Cluj-Napoca, 1985, p 49, T. Toader, *Drept penal. Partea specială*, ed. Hamangiu, București, 2007, p 30.

³⁵ Codul penal în vigoare nu prevede ca provocarea ilegală a avortului să fie săvârșită și din culpă.

Ar fi absurd ca o astfel de faptă să nu intre sub incidența legii penale, deoarece mai ales în condițiile în care cursul sarcinii reprezintă intervalul de timp dintre concepție și intrarea în travaliu a femeii însărcinate- fapta nu ar putea fi încadrată în art. 185 Cod penal, dar nu poate fi încadrată nici în prevederile art 177 – uciderea copilului nou născut imediat după naștere, ceea ce duce la ideea că doar după finalizarea procesului nașterii subiectul pasiv îndeplinește condiția de a fi „nou născut”, astfel încât faptele săvârșite între declanșarea travaliului și finalizarea procesului nașterii nu ar intra sub incidența legii penale, lucru ce ar fi inadmisibil deoarece aceasta din urmă, nu poate ocroti o relație socială numai în anumite împrejurări.

Dacă am accepta momentul începerii vieții unei persoane ca fiind acela al finalizării procesului nașterii, ar însemna spre exemplu, că fapta celui care omoară cu intenție copilul înainte de a fi separat de corpul mamei, nu ar intra sub incidența legii penale, iar făptuitorul nu ar fi pedepsit.

De aici rezultă că fapta medicului care din culpă, în cursul procesului nașteri, determină moartea copilului, se va încadra în conținutul infracțiunii de ucidere din culpă, iar dacă a avut intenția de a-i suprima viața va realiza conținutul infracțiunii de omor ceea ce înseamnă că dreptul la viață al fătului în timpul cursului nașterii există, iar această teorie nu-și găsește aplicarea.

Cea de a doua teorie susține că dreptul la viață începe odata cu momentul începerii procesului nașterii și al desprinderii fătului de uterul mamei, chiar dacă desprinderea nu s-a făcut integral. Această poziție este adoptată de doctrina și de legea italiană și germană, în viziunea cărora constituie omor și uciderea fătului în timpul desprinderii din uterul mamei, adică în timpul procesului nașterii. Și în doctrina românească există susținători ai acestei teorii.³⁶

Nici această soluție nu poate fi acceptată din următoarele considerente:

În cazul în care, înainte de începerea procesului nașterii, se instalează moartea cerebrală a femeii însărcinate, ne mai reprezentând astfel valoarea socială ocrotită prin încriminarea: omorului deosebit de grav săvârșit asupra femeii însărcinate, provocării ilegale a avortului³⁷, ființa în devenire poate fi omorâtă sau lasată să moară de către oricine, fiindcă această faptă nu este prevăzută în legislația penală, în ciuda faptului că acest fetus trăiește chiar dacă mama lui a murit.

În această situație – instalarea morții cerebrale a gravidei – ființa din corpul mamei se bucură încă de protecție penală, ceea ce dovedește că valoarea socială protejată de legea penală constând în persoană în devenire, se bucură de independență³⁸. Rezultă implicit că dreptul la viață este recunoscut înainte de începerea procesului nașterii.

Un alt argument pentru a combate ambele teorii cu privire la dreptul la viață este prevăzut chiar de legiuitor în – art. 176 lit. e, Cod penal – omorul săvârșit asupra unei femei gravide

Rațiunea acestei forme agravate este determinată de faptul că autorul urmărește și uciderea altei ființe decât femeia, și anume a fătului. Prin această formă de omor deosebit de grav, se recunoaște o protecție penală suplimentară pentru ființa încă nenăscută, similară omorului comis asupra a două sau mai multor persoane³⁹. Cu privire la starea de graviditate legiuitorul nu face nicio circumstanțiere cu privire la stadiul acesteia, care poate fi la începutul său sau în orice altă fază până în momentul nașterii. Autorul omorului trebuie să fie cunoscut starea de graviditate a femeii sau să fi fost atât de evidentă încât făptuitorul să-și fi putut da seama de existența sarcinii.

³⁶ V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra persoanei*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p 13

³⁷ În concepția acelor care susțin că dreptul la viață „începe” odată cu declanșarea procesului nașterii sau odată cu finalizarea acestui proces.

³⁸ R. Maurach , F.-C Schroeder, M. Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, vol I, ed. 9, Ed. C F Mueller, Heidelberg, 2003, p 84

³⁹ O. Stoica, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p 76, Sergiu Bogdan, *Drept penal partea specială*, vol I, Ed. Sfera Juridică, Cluj – Napoca, 2006, p 43

Sporul de agravare pentru această împrejurare se justifică și prin aceea că uciderea femeii gravide implică și uciderea fructului concepțiunii – *fetusului* - care înseamnă totuși o dublă atingere adusă vieții umane.⁴⁰

Se poate face o discuție, dacă femeia gravidă este totuna cu femeia însărcinată; această discuție are un caracter exagerat, speculativ iar intenția legiuitorului a fost aceea de a nu face vreo diferență.

De aici rezultă, încă odată, faptul că cele două teorii cu privire la momentul începerii dreptului la viață nu-și găsesc aplicare. Și fiindcă valoarea socială ocrotită de art. 185 Cod penal este tot dreptul la viață, provocarea ilegală a avortului trebuie introdusă la Titlul II. Infrațiuni contra persoanei, Capitolul I. Infrațiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății, Secțiunea I. OMUCIDEREA

Având în vedere faptul că legea penală este cea care „rezolvă” problemele și din celelalte domenii, aducem în sprijin opiniei noastre prevederile art. 7, alin. 2 din Decretul 31/1954, art. 654 din Codul civil care consacra principiul *infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur*, adică copilul conceput se consideră născut, atunci când este vorba de interesele sale. Copilul conceput, fără a fi o persoană, avea drepturi rezervate în tot timpul concepțiunii⁴¹.

Astfel, art. 654 Cod civil, care face aplicațiunea acestui principiu în materia succesiunilor, dispune expres : „copilul conceput este considerat că există.” Dar pentru a fi considerat că există, copilul conceput trebuie să se nască viu, deoarece aliniatul 3 al aceluiași articol stabilește „copilul născut mort este considerat că nu există”.

Consacrarea aceluiași principiu o regăsim și în articolul 7 alin. 2 din Decretul 31/1954 care spune că „ Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă, numai dacă el se naște viu⁴²”. Legea civilă română nu prevede cerința potrivit căreia copilul să fie și viabil.

Dreptul la viață este inerent persoanei, iar orice alt drept rămâne fără efect dacă dreptul la viață este sistat.

Concluzii

În opinia noastră momentul în care dreptul la viață ar trebui să se bucure de protecție penală este acela în care sarcina atinge stadiul de 8 săptămâni. În săptămâna a 8-a mica ființă va purta numele de “făt” începând cu această vârstă – “fetus”, denumire ce provine din limba latină, care înseamnă “tânăr” sau “copil”. Acum totul este complet la fel ca și într-un adult. Inima bate de mai bine de o lună, stomacul produce sucuri gastrice și rinichii încep să funcționeze în legătură cu sistemul nervos. Creierul este bine dezvoltat. Grupurile de mușchi funcționează în armonie cu sistemul nervos, așa că copilul își poate strânge pumnul sau poate prinde cordonul ombilical. El plutește în lichidul amniotic, fiind astfel protejat de șocuri și presiune. În acest moment, toate organele sunt deja formate.

Dacă momentul încetării vieții îl reprezintă instalarea morții cerebrale⁴³, per a contrario, când începe activitatea creierului în legătură cu celelalte organe, reprezintă momentul începerii, efective, a vieții.

⁴⁰ Academia Română Institutul de Cercetări Juridice, Explicații teoretice ale codului penal roman, vol III, ed. a II – a, Ed. Academiei Române și Ed. All Beck, București, 2003, p 188 , Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, Tratat de drept penal Partea specială, ed. C.H. Beck, București, 2009, p 99

⁴¹ Pentru amănunte cu privire la prezumția timpului legal al concepției copilului a se vedea D. Lupașcu, Dreptul Familiei, Ed. Rosetti, București, 2005, p 157

⁴² Drepturile copilului la care se referă legea civilă sunt atât cele patrimoniale cât și cele nepatrimoniale.

⁴³ Sergiu Bogdan, Drept penal partea specială, vol I, Ed. Sfera Juridică, Cluj – Napoca, 2006, p 94 ;

R. Maurach , F.-C Schroeder, M. Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, vol I, ed. 9, Ed. C F Mueller, Heidelberg, 2003, p 25, p 84

Omorul săvârșit asupra femeii însărcinate, precum și provocarea ilegală a avortului sunt modalitățile prin care legiuitorul apără dreptul la viață al fătului, iar după naștere, viața acestuia este apărată prin învinovățirea pruncuciderii, art. 177 Cod penal și, a omorului – art. 174, 175 și 176 – omorul, omorul calificat și omorul deosebit de grav.

Este acceptat de toată lumea că viața omului se bucură de protecție penală indiferent de capacitatea de a trăi, indiferent de speranța de viață sau de interesul de a trăi, indiferent de vârsta persoanei sau starea sa de sănătate.

Propunem astfel, modificarea literei c de la art. 185 Cod penal, în sensul următor:

Dacă vârsta sarcinii a depășit opt săptămâni, se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani.

În accepțiunea juridică, avortul cuprinde întreruperea cursului sarcinii pe toată durata acesteia, adică de la fecundare până la naștere. Pentru reținerea acestei infracțiuni este indiferentă durata sarcinii sau dacă produsul concepției sau fătul era viabil sau nu. În cazul în care, după aplicarea manoperelor avortive, fătul trăiește datorită unor cauze independente de voința autorului provocării ilegale a avortului, acesta trebuie să răspundă pentru tentativă la provocarea ilegală a avortului, fiindcă intenția lui de a întrerupe, în mod ilegal cursul sarcinii, rezidă din actele efectuate.

În cazul în care fătul este expulzat, în urma folosirii mijloacelor avortive, înainte de termen și continuă să trăiască ar trebui să se rețină tentativă la infracțiunea de provocare ilegală a avortului și nu o naștere prematură, fiindcă intenția autorului a fost de a-i suprima viața acestuia.

Ce ar trebui, atunci, să se rețină, în cazul în care, în urma folosirii mijloacelor avortive, înainte de termen, fătul este expulzat și continuă să trăiască, dacă suntem în prezența unei nașteri premature, iar copilul s-a născut cu malformații⁴⁴ datorită mijloacelor avortive folosite?

Așadar, nu putem vorbi de naștere prematură, când există intenția de a provoca ilegal un avort și chiar dacă urmarea imediată nu s-a produs.

Dreptul la viață este un drept absolut, dar asta nu înseamnă că trebuie să excludem orice ipoteză în care acest drept este încălcat⁴⁵ în mod legal⁴⁶.

Având în vedere parametrii sociali pe de o parte, cât și parametri instituți de legiuitor, pe de altă parte, conchidem în cele din urmă:

A) - art. 185, alin. 1, lit. c, Cod penal, trebuie modificat în sensul următor - dacă vârsta sarcinii a depășit opt săptămâni, se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani;

B) – includerea acestei infracțiuni în Titlul II. Infracțiuni contra persoanei, Capitolul I. Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății, Secțiunea I. Omuciderea;

C) – această modificare trebuie dublată de un program național de educație a tinerilor, cu privire la viața sexuală și tot ce implică aceasta⁴⁷;

D) – recunoașterea dreptului la viață cu toate implicațiile lui, din momentul în care sarcina atinge 8 săptămâni.

Referințe bibliografice

Acte normative:

- Constituția României;
- Declarația Universală a Drepturilor Omului;
- Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice;
- Codul penal;
- Codul civil;

⁴⁴ Având în vedere faptul că îi este afectată sănătatea și implicit îi este încălcat dreptul la sănătate etc

⁴⁵ Doctrina germană oferă trei excepții de la caracterul absolut al dreptului la viață: sinuciderea,uciderea în legitimă apărare și uciderea conform dreptului războiului – R. Maurach , F.-C Schroeder, M. Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, vol I, ed. 9, Ed. C F Mueller, Heidelberg, 2003, p 12

⁴⁶ ex. uciderea în legitimă apărare

⁴⁷ Contracepția și implicațiile acesteia, boli cu transmitere sexuală, riscurile unei sarcini etc.

- Decretul nr. 31/1954;
- Decretul nr. 770/1966;
- Decretul nr. 1/1989;

Cărți

- Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, *Tratat de drept penal Partea specială*, ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Alexandru Boroi, *Drept penal Partea specială*, ed. C.H.Beck, Bucuresti, 2006;
- Gheorghe Nistoreanu, Al. Boroi, *Drept penal Partea specială*, Ediția III conform noului cod penal, ed. All Beck, București, 2005
- Sergiu Bogdan, *Drept penal Partea specială*, vol I, Sfera juridică, Cluj Napoca, 2006;
- Tudorel Toader, *Drept penal român Partea specială*, Ediția a III a revăzuită și adăugită., Casa de editură și presă “:Sansa” SRL, Bucuresti, 1997;
- D. V. Mihăilescu, *Reglementarea Întreruperi cursului sarcinii și infracțiunea de avort*, Ed. Științifică, Bucuresti, 1967;
- O. Stoica, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976
- D. Lupașcu, *Dreptul Familiei*, Ed.Rosetti, București, 2005;
- *Dicționar de Medicină Oxford*, Gheorghe Vasilescu, Ed. ALL, Editia 6, 2005;
- *Dicționarul de Medicină Larouse*, Editura Univers Enciclopedic., 1999;
- *Sfânta Scriptură, Vechiul Testament, Pildele lui Solomon, Proverbe*;
- *Sfânta Scriptură, Cartea Psalmilor*;
- *Sfânta Scriptură, Cartea lui Ioan*

Alte surse bibliografice:

- studii realizate de Organizația Salvați Copii;
- studii Rodman, Sarvis, și Bonar, 1987;
- studii Stossel, 1998;
- INS, *Caiete demografice*, 2009;
- Comunicate;

COMBATAREA FRAUDELOR ECONOMICO-FINANCIARE PRIN APLICAREA RĂSPUNDERII PENALE A PERSOANEI JURIDICE

Silviu MOTREANU*

Abstract

Criminal liability of corporations has become one of the most promising institutions of law, which seeks to enforce the state's supremacy over legal persons. Both the European Union and Romania have faced an alarming number of environmental, antitrust, fraud, food and drug, bribery, and financial crimes involving corporations. Well known cases have proven that criminal liability of the natural persons which manage companies has failed to be a strong enough deterrent in the fight against business crime. Corporate misconduct has been addressed by civil, administrative, and now, by criminal laws, but not all states of the European Union have enforced the new legislation in a matter that will prevent future frauds from happening. In the following sections, I will attempt to determine the purposes of corporate criminal liability, the reasons why corporate criminal liability developed differently in different countries, and the lessons we could learn from these developments.

Cuvinte cheie: *combatere, frauda, teorie, practica, international.*

Fiind o ficțiune a dreptului, o entitate imaterială, persoana juridică privită ca subiect colectiv de drepturi și obligații de natură civilă, este o instituție care a permis dezvoltarea exponențială a societății. În același timp, a fost privită de multe persoane fizice ca o porțiță legislativă prin care pot evita obligațiile ce decurg din anumite raporturi juridice penale de conformare. Folosite ca paravan menit să-i protejeze de răspundere pe investitori, persoanele juridice au fost în mod abil dirijate în nenumărate scheme de fraudare ale căror consecințe au fost suportate, în final de cetățenii statelor ce au permis existența acelor lacune legislative.

Răspunderea penală a persoanei juridice poate fi considerată o instituție a secolului XXI, o nouă etapă în evoluția capitalismului, importanța acesteia fiind incomensurabilă în contextul în care corporațiile (asociații de persoane cu scop economic) au devenit, în multe cazuri mai puternice decât statele (asociații de persoane cu scop economic, social, politic și cultural). Statul nu își mai poate îndeplini funcția de reglare, în interes public, a conduitei persoanelor juridice de drept privat, fără a avea la dispoziție instrumente de constrângere a căror forță juridică să fie proporțională cu pericolul și consecințele unei libertăți nelimitate a circuitului economic.

O practică des întâlnită este constrângerea persoanelor juridice prin instrumente de natură administrativă, care însă, prin gravitatea lor, pot depăși cu mult competențele puterii executive din care face parte instituția administrativă specializată. Deși aceste sancțiuni pot fi contestate în instanță, decizia aplicării unei măsuri cu repercusiuni dintre cele mai grave ar trebui luată în cadrul procesului penal, de către o autoritate jurisdicțională, cu respectarea tuturor garanțiilor procesuale ale dreptului la apărare, inclusiv a *principiului prezumției de nevinovăție*, principiu care în dreptul administrativ este înlocuit cu *prezumția veridicității actului de sancționare*, astfel căzând în sarcina celui care contestă actul administrativ să-i dovedească netemeinicia, și astfel să-și probeze propria-nevinovăție.

Având în vedere impactul negativ pe care criminalitatea afacerilor îl are asupra tuturor cetățenilor statelor europene, prin scăderea artificială a veniturilor bugetare, prin denaturarea mediului concurențial, prin avantajele economice injuste oferite operatorilor economici incorecți, la

* Student, Facultatea de Poliție, Profil "Investigarea fraudelor economico-financiare", Academia de Poliție "Alexandru Ioan Cuza", București; e-mail: motreanusilviu@yahoo.com

Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr. Mirela GORUNESCU

data de 25 iunie 1981, Consiliul Europei a adoptat **Recomandarea nr. R(81)12 privind criminalitatea economică**. Prin aceasta se statuează dorința statelor membre de a preveni acest flagel, sprijinind mijloacele de natură civilă, comercială ori administrativă prin norme juridice de natură penală. Totodată, se hotărăște consolidarea unui cadru juridic integrat, coerent și destul de flexibil pentru a contracara noile tendințe antisociale, ce se vor manifesta odată cu dezvoltarea economică și tehnologică a membrilor Consiliului Europei. Astfel, printre altele, se recomandă în mod special statelor membre să ia următoarele măsuri¹:

- îmbunătățirea cooperării dintre instituțiile de combatere a criminalității economice
- înființarea unor unități de poliție specializate în combaterea infracționalității economice
- înființarea unor secții economice în cadrul procuraturilor statelor membre
- asigurarea unei pregătiri specializate pentru judecătorii cauzelor de infracționalitate economică
- încurajarea autorităților de a urgenta soluțiile în aceste tipuri de cauze
- examinarea posibilității de a adopta conceptul de răspundere penală a corporațiilor

În timp ce Recomandarea din anul 1981 a Consiliului Europei privind combaterea criminalității economice emite doar ideea *examinării de către statele membre a posibilității* de a adopta conceptul de răspundere penală a corporațiilor, din cauza numeroaselor probleme economice provocate în țările capitaliste de lipsa controlului eficient al statului asupra mediului de afaceri, în anul 1988, același Consiliu al Europei își reconsideră poziția, recunoscând importanța practică a implementării acestui concept, conform principiilor stabilite prin **Recomandarea nr. R(88)18 privind răspunderea întreprinderilor cu personalitate juridică pentru infracțiunile comise în exercițiul activității lor**. Aceste principii au fost adoptate în considerare:

- dorinței ca răspunderea să urmărească pe beneficiarul profiturilor obținute din activitățile ilicite, astfel pedeapsa fiind atribuită în mod echitabil;
- necesității de a preveni viitoare fapte ilicite ale aceleiași întreprinderi și pentru a repara daunele provocate prin acestea;
- dificultăților întâmpinate în identificarea persoanei fizice responsabile pentru o infracțiune săvârșită în interesul persoanei juridice.

Conform acestui document², principiile răspunderii penale ce se aplică persoanelor juridice de drept privat ori de drept public sunt următoarele:

- Atunci când se atrage răspunderea juridică a întreprinderilor, se va lua în considerare:
 - o răspunderea penală, atunci când prin natura faptei, prin gradul de vinovăție, prin pericolul social concret și prin nevoia prevenirii altor fapte de aceeași natură, este necesară aplicarea sancțiunilor penale;
 - o răspunderea administrativă, atunci când particularitățile comportamentului ilicit nu sunt de natură să atragă răspunderea penală;
- Persoanele juridice vor fi trase la răspundere penală pentru infracțiunile comise în exercițiul activității lor, chiar și atunci când fapta este străină față de scopul pentru care au fost constituite;
- Persoana juridică va răspunde indiferent dacă făptuitorul, persoană fizică, poate fi identificat;
- Persoana juridică va fi exonerată de răspundere atunci când organele de conducere nu au contribuit la comiterea infracțiunii și, în același timp, au luat toate măsurile de precauție pentru prevenirea acelei fapte;

¹ RECOMMENDATION No. R (81) 12 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON ECONOMIC CRIME

² RECOMMENDATION No. R (88) 18 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES CONCERNING LIABILITY OF ENTERPRISES HAVING LEGAL PERSONALITY FOR OFFENCES COMMITTED IN THE EXERCISE OF THEIR ACTIVITIES

- Răspunderea penală a persoanei juridice nu va exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit la comiterea infracțiunii;
- Scopul sancțiunilor penale aplicabile persoanei juridice va fi prevenirea comiterii de noi infracțiuni și repararea prejudiciului cauzat;
- Atunci când se individualizează pedepsele, mai ales cele de natură pecuniară, se va lua în considerare beneficiul economic realizat, ca urmare a infracțiunii, de către persoana juridică;
- Pentru ca autoritățile competente să adopte deciziile având în vedere sancțiunile aplicate anterior persoanei juridice, se va înființa un cazier judiciar unde vor fi înregistrate toate pedepsele și măsurile procesuale penale.

Primul stat care a urmat recomandările Consiliului Europei a fost Franța, care, prin modificarea din anul 1992 a Codului penal recunoaște în mod oficial faptul că economia capitalistă nu poate fi controlată doar prin mijloace de natură administrativă, impunându-se sancțiuni de natură penală pentru disciplinarea conduitei subiecților colectivi de drept. Succesul acestor reglementări a fost confirmat prin adoptarea în anul 1994 a Noului Cod penal francez, care finisează această nouă instituție, instituind un mecanism juridic flexibil, prin intermediul căruia s-au pus bazele jurisprudenței Franței în materia răspunderii penale a persoanei juridice. Până în anul 1999, o sută de persoane juridice fuseseră condamnate. Exemplul Franței a fost adoptat și de alte state europene precum Belgia (1999), Ungaria (2001), Italia (2001), Danemarca (2002), Croația(2003), România (2006).

Odată cu angajarea României pe calea integrării europene, problema răspunderii penale a persoanei juridice a constituit obiect de preocupare atât pentru legiuitorul român cât și pentru doctrina juridică. Reglementarea în dreptul intern a răspunderii penale a persoanei juridice este o consecință a procesului de aliniere la acquis-ului comunitar, un element necesar în vederea corelării pârghiilor legale pentru lupta transfrontalieră împotriva fraudelor economico-financiare. Pentru alinierea legislației la prevederile Recomandării Consiliului Europei nr. R(81)12 privind infracțiunile economice, ale Recomandării Consiliului Europei nr. R(88)18 privind răspunderea penală a persoanei juridice, precum și la recomandările celui de-al doilea Protocol la Convenția privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, legiuitorul român a introdus, prin Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, instituția răspunderii penale a persoanei juridice.

Potrivit acestui act normativ, răspunderea penală incumbă tuturor persoanelor juridice, cu excepția statului, autorităților publice și instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat. Sfera infracțiunilor care pot fi comise de o persoană juridică nu este limitată, legiuitorul român optând pentru "sistemul clauzei generale"³, prin care o persoană juridică este susceptibilă de a comite, în principiu, în calitate de autor, instigator sau complice, orice infracțiune, urmând a se constata pentru fiecare caz concret dacă sunt sau nu întrunite condițiile pentru angajarea răspunderii sale penale. O condiție pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice este săvârșirea infracțiunii în realizarea obiectului de activitate a persoanei juridice sau în interesul ori în numele acesteia, fără ca răspunderea penală a persoanei juridice să excludă răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni.

În același timp, aplicarea răspunderii penale a persoanei juridice nu este condiționată de identificarea făptuitorului, persoană fizică, din numeroase motive de ordin practic. În primul rând, având în vedere structura organizatorică complexă ce caracterizează majoritatea persoanelor juridice, acesta ar putea fi chiar imposibil de identificat. În momentul în care, de exemplu, procesul decizional este divizat între mai multe departamente, contribuțiile minore ale fiecărui organ ar putea fi de natură ca, însumate, să întrunească elementele constitutive ale infracțiunii al cărei autor este persoana

³ Expunerea de motive pentru Legea nr. 278/2006 de modificare și completare Codului penal și a altor legi <http://www.cdep.ro/proiecte/2006/000/20/4/em24.pdf>

juridică. Identificarea făptuitorului este cu atât mai dificilă atunci când un organ deliberativ adoptă o decizie prin vot secret, această hotărâre colectivă dovedindu-se ulterior ca având drept consecință încălcarea unei norme juridice penale. O altă situație ar putea apărea atunci când pe aceeași funcție în cadrul persoanei juridice se succed, din diverse motive, mai multe persoane fizice, fără a exista un control riguros asupra gestiunii, activității ori faptelor fiecăreia dintre aceste persoane. De asemenea, un făptuitor care a luat, în numele și pe seama persoanei juridice o hotărâre prin care s-a comis infracțiunea, ar putea părăsi țara, fiind extrem de dificilă identificarea acestuia, probarea infracțiunii și tragerea la răspundere penală a acestuia înainte ca faptele să se prescrie.

După intrarea în vigoare a Legii nr. 278/2006 și până în prezent, practica judiciară în materia aplicării dispozițiilor legale privind răspunderea penală a persoanei juridice este destul de restrânsă, existând foarte puține condamnări în acest sens. Deși s-au manifestat inițiative individuale, opiniile juridice privind acest domeniu nu au fost însușite de toți actorii de pe lanțul judiciar *polițist-procuror-judecător*. Persoane juridice au fost cercetate, trimise în judecată și uneori condamnate pentru infracțiuni de evaziune fiscală, spălare de bani, înșelăciune, piraterie informatică, iar mai recent s-a remarcat o extindere a incidenței acestei instituții în cazul infracțiunilor contra vieții și sănătății persoanei. În continuare, o analiză mai detaliată a cazuisticii ar putea servi drept model pentru multiplicarea în viitor a rezultatelor pozitive obținute prin această instituție în anumite domenii.

1) Înșelăciune cu instrumente de plată și evaziune fiscală⁴

În perioada 24.04.2008 – 30.06.2008 inculpatul E. N. H., în calitate de administrator al S.C. B. E. N. S.R.L. a emis în favoarea unor societăți comerciale din Buzău și din alte localități din țară mai multe file CEC și B.O. fără a avea disponibil necesar în cont. Inculpatul a înșelat un număr de 14 societăți comerciale furnizoare, a emis un număr de 33 file CEC și 37 B.O. în valoare totală de 567.946,03 lei, din care s-a recuperat un prejudiciu de 7.562,23 lei, rămânând neachitat prejudiciul de 560.383,8 lei. Sunt întrunite astfel elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune cu consecințe deosebit de grave, prev. de art.215 al.1,3,4,5 Cod penal.

La data de 14.08.2008, Garda Financiară Buzău întocmește procesul verbal de control al S.C. B. E. N. S.R.L., în urma verificărilor constatându-se o lipsă în patrimoniul societății. Inculpatul explică această lipsă prin faptul că a emis din noiembrie 2007 mai multe facturi de vânzare a mărfurilor, pe care nu le-a prezentat spre înregistrare contabilului societății. Organul de control constată ca o sumă de bani nu a putut fi justificată ca fiind folosită în interesul firmei, administratorul precizând că din acești bani și-a achitat diverse cheltuieli personale și datorii (pierderi de sume mari la ruletă). Fapta sa întrunește elementele constitutive ale infracțiunii prev. de art. 272 (2) din Legea 31/1990.

Aceleași aspecte sunt verificate și de Agenția Națională de Administrare Fiscală, Administrația Finanțelor Publice Buzău, care în raportul de inspecție fiscală din 31.10.2008 constata că societatea verificată nu a evidențiat în totalitate veniturile, sustrăgându-se în acest fel de la calcularea, evidențierea și virarea la bugetul statului a taxelor și impozitelor aferente. Fapta inculpatului întrunește elementele constitutive ale infracțiunii prev. și ped. de art.9 lit.b din Legea 241/2005.

În perioada supusă controlului, societatea comercială a calculat, înregistrat și evidențiat obligații de plată reținute la sursa cu titlu de CAS angajator în valoare de 4640 lei, dar a virat 3382 lei, rămânând de plată suma de 1258 lei, întrunindu-se astfel elementele constitutive ale infracțiunii prev. și ped. de art.6 din Legea 241/2005.

⁴ 2009-11-18 ; CA PLOIEȘTI ; Număr JURINDEX (NUJ): JURINDEX20104212485 *Complet: Paul Mihai Frățilescu Dan Andrei Enescu*

În temeiul art.19¹ Cod penal, urmare a modificării Codului penal prin Legea 278/2006, s-a început urmărirea penală împotriva persoanei juridice S.C. B. E. N. S.R.L. pentru comiterea infracțiunilor de înșelăciune cu consecințe deosebit de grave și evaziune fiscală, fapte prev. și ped.de art.215 al.1,3,4,5,Cod penal, art.6 și 9 al.1 lit.b din Legea 241/2005, cu aplicarea art.41 al.2 Cod penal și art.33 lit.a Cod penal., infracțiunile sus-menționate fiind săvârșite cu vinovăție în realizarea obiectului de activitate al societății. Pe parcursul cercetării penale, societatea inculpată a fost reprezentată, la propunerea administratorului inculpat, de N. E. D., sora acestuia.

Prin Sentința penală nr. 123 din 14.07.2009 pronunțată de Tribunalul Buzău a fost condamnat inculpatul E. N. H. administrator al SC B. E. N. SRL B, la pedeapsa de 4 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunilor prev. și ped. de art. 6 și art. 9 alin.1 lit.b din Legea 241/2005, de art. 272 pct.2 din Legea nr. 31/1990, și de art. 215 alin.1,3,4 si 5 C. pen.

În același timp, prin aplicarea art. 41 alin.2 Cod penal și art. 53¹ (2) cu referire la art. 71¹ (3) Cod penal a fost condamnată persoana juridică⁵ SC B. E. N. SRL Buzău la pedeapsa amenzii de 15.000 lei RON pentru săvârșirea infracțiunii prev. și ped. de art. 215 alin.1,3,4 și 5 C.pen., la pedeapsa amenzii de 6.000 lei RON pentru săvârșirea infracțiunii prev. și ped. de art. 6 din Legea nr. 241 /2006 și la pedeapsa amenzii de 6.000 lei RON pentru săvârșirea infracțiunii prev. și ped. de art. 9 alin.1 lit. b din Legea nr. 241/2006; în baza art. 33-34 lit. c C.pen. persoana juridică a fost condamnată la pedeapsa cea mai grea, respectiv amenda de 15.000 lei RON. De asemenea, în conformitate cu prevederile art. 53¹ (3) lit. a C.pen. cu referire la art. 71² (1) C.pen. s-a aplicat pedeapsa complementară privind dizolvarea persoanei juridice SC B. E. N. SRL B.

2) Infracțiuni la Lg. nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe⁶

Prin Sentința penală nr. 105/2009 a Tribunalului Sibiu se condamnă persoana juridică SC. A .SRL la pedeapsa amenzii de 20 000 lei și la plata despăgubirilor civile în solidar cu inculpata persoană fizică B.I., pentru săvârșirea infracțiunii prev. și ped. de art. 139⁹ din Legea nr. 8/1996, constând în reproducerea neautorizată pe sisteme de calcul a programelor pentru calculator. În fapt, inculpata, societate comercială cu răspundere limitată având ca obiect de activitate “activități de arhitectură”, prin intermediul inculpatei B.I., unic asociat și administrator al celei dintâi, a instalat mai multe programe de calculator pe stațiile de lucru folosite de societatea comercială în derularea

⁵ Un aspect foarte important este obligarea în solidar a celor doi inculpați (administratorul-persoană fizică și societatea comercială-persoană juridică) la plata despăgubirilor față de părțile civile. Astfel, persoana juridică răspunde patrimoniului pentru fapta proprie, în temeiul art. 998-999 C.Civ. și nu în calitate de comitent pentru fapta prepusului său (administratorul, mandatar al persoanei juridice). Acest fapt se explică prin prevederile art. 35 din Decretul nr.31/1954, statuând faptul că “actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în limitele puterilor care le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice însăși”. Dacă persoana juridică ar fi răspuns pentru fapta cauzatoare de prejudicii a prepusului său, și nu pentru fapta proprie, solidaritatea răspunderii civile delictuale s-ar fi menținut, însă comitentul-persoană juridică ar fi avut drept de regres pe cale civilă împotriva prepusului său-persoană fizică, astfel întregul prejudiciu fiind suportat în final tot de administratorul societății comerciale.

Prin răspunderea pentru fapta proprie a persoanei juridice, o parte din sarcina restituirii prejudiciului cauzat prin infracțiune va reveni acționarilor sau asociațiilor acesteia, care, după caz, ori nu vor mai primi dividende până la acoperirea sumei de restituit, ori nu vor mai avea drepturi depline la împărțirea patrimoniului social în cazul lichidării societății comerciale. Astfel, consecințele unei infracțiuni săvârșite de către persoana juridică se vor răsfrânge și asupra acționarilor sau asociaților (așa-zisii “patroni”), despre care practica organelor judiciare a demonstrat în nenumărate rânduri că ei sunt cei care permit, dacă nu chiar urmăresc aplicarea unei scheme de fraudare economico-financiare, în același timp având grijă ca din punctul de vedere al legii penale, să pară inocenți, prin interpunerea de persoane cu atribuții scriptice de administrare a societății comerciale, acestea din urmă fiind primele trase la răspundere penală (așa-zisii “oameni de paie” sau “săgeți”).

⁶ **Persoana juridică.Subiect al răspunderii penale**, ANCA JURMA, ed. C.H.Beck 2010

activității sale, fără consimțământul titularilor drepturilor de autor, respectiv companiile Microsoft și Autodesk.Inc., producând astfel un prejudiciu de 5689 euro.

Se costată îndeplinirea tuturor condițiilor de răspundere penală a persoanei juridice. Persoana juridică este o societate comercială de drept privat, nefiind exceptată de la aplicarea acestei instituții. Persoana fizică făptuitoare este un organ al persoanei juridice, fiind unul dintre cei doi administratori ai societății comerciale. Infracțiunea a fost săvârșită atât în exercitarea obiectului de activitate al persoanei juridice, cât și în interesul acesteia, prin faptă realizându-se beneficiul economic al evitării unor cheltuieli suplimentare cu licența de utilizare a programelor informatice. Sub aspect procedural, în acest caz particular este de remarcat faptul că instanța de judecată nu a fost sesizată prin rechizitoriul în legătură cu persoana juridică inculpată, procesul penal fiind extins în cursul judecării la cererea procurorului.

3) Desfasurare de activități de pază și protecție fără licență de funcționare⁷

Prin Sentința penală pronunțată în ședință publică la data de 25.05.2009, Judecătoria Brașov a hotărât în baza art.58 din Legea nr.333/2003 cu aplic. art.71¹ alin.2 C.pen. condamnarea inculpatei **SC. PGS .SRL** la pedeapsa de 25.000 lei amendă penală pentru săvârșirea infracțiunii de desfășurare a activităților de pază sau protecție fără licența de funcționare prevăzută de lege.

La data de 21.03.2007 Tribunalul București a autorizat constituirea și înmatricularea în Registrul Comerțului a SC. PGS .SRL, având ca domeniu principal de activitate „Activități de investigație și protecție a bunurilor și persoanelor”. În acest sens, asociatul societății, P.T., obținuse anterior din partea Direcției Generale de Poliție a Municipiului București avizul de principiu pentru a organiza și conduce activitatea în domeniul pazei obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, aviz necesar înscrierii societății la Registrul Comerțului.

Între inculpată, în calitate de prestator și SC. TC. SRL, în calitate de beneficiar, s-a încheiat ulterior contractul de prestari servicii nr.05/27.02.2008 având ca obiect executarea de către prestator a activității de supraveghere, protecție și pază privind obiectivul „N. Shopping Center Brasov”. La data de 01.03.2008, după cum s-a prevăzut și în contractul încheiat – pct.8.1, SC. PGS .SRL și-a început activitatea de pază și protecție în cadrul “M. Shopping Center Brașov”, fără să fi obținut însă în prealabil licența de funcționare. La datele de 19.03.2008, 21.03.2008 și 18.04.2008 activitatea desfășurată de SC. PGS .SRL în cadrul „N. Shopping Center Brasov” a fost verificată de organele de poliție, responsabilul formațiunii de pază, martorul B.A., nefiind în măsură să prezinte licența de funcționare a societății în domeniul pazei bunurilor, aspecte consemnate în procesele verbale întocmite de organele de control.

P.T., administrator la SC. PGS .SRL, a susținut că deși cunoștea că era necesară obținerea licenței de funcționare, a considerat că, în baza avizului de principiu eliberat de organele de poliție, poate desfășura în mod legal activitatea de pază. O asemenea susținere nu poate fi primită întrucât în cuprinsul avizului se menționează explicit că acesta este valabil pentru înscrierea la Registrul Comerțului. Pe de altă parte, la pct. 1.2 din contractul încheiat cu SC. TC .SRL se prevede în mod expres că desfășurarea activității de pază presupune obținerea licenței de funcționare. Împrejurarea că doar după cel de-al doilea control inculpata a început demersurile pentru obținerea licenței de funcționare reiese din adresa înaintată DGPMB la data de 27.03.2008.

În drept, fapta inculpatei SC. PGS .SRL, care în perioada 01.03-29.05.2008 a desfășurat activități de pază în cadrul „N. Shopping Center Brasov” fără a avea licența prevăzută de lege, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii prev. și ped. de art.58 din Legea nr.333/2003. Procedând la stabilirea și individualizarea pedepsei ce urmează a fi aplicată inculpatei, instanța va

⁷ <http://jurisprudencedo.com/>

ține seama de criteriile generale prev. de art.72 Cod penal, referitoare la gradul concret de pericol social al faptei, care nu este unul ridicat, împrejurările efective în care a fost comisă, urmărirea produse, *precum și de persoana inculpatei, având în vedere atitudinea procesuală sinceră⁸ a reprezentantei legale.*

4. Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății persoanei

A) Procurorii Secției de Urmărire Penală și Criminalistică din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție au dispus⁹, prin rechizitoriu, la data de 04.06.2010, trimiterea în judecată a inculpatei B.E., precum și a inculpatei, persoană juridică, **SPITALUL CLINIC DE URGENȚĂ „SF. IOAN”**, sub aspectul săvârșirii infracțiunii de vătămare corporală gravă din culpă. Din probele administrate în cauză în cursul urmăririi penale a reieșit faptul că, în noaptea de 13/14 noiembrie 2009, nou-născutul D.G.A., în vârstă de 3 zile, internat în cadrul Secției de neonatologie a Maternității Bucur a Spitalului Clinic de Urgență „Sf. Ioan”, a suferit arsuri pe 20% din suprafața corpului în timp ce se afla într-un incubator. Din cauza supraaglomerării incubatoarelor, inculpata B.E. a recurs la modalitatea de a introduce câte 2 nou-născuți în fiecare incubator, fără a raporta în prealabil funcționarea defectuoasă a incubatorului. Nesupravegherea constantă și nemijlocită a incubatoarelor a făcut posibil ca nou-născutul D.G.A. să intre în contact cu suprafețele metalice fierbinți ale incubatorului, fapt ce i-a cauzat leziuni grave (arsuri gradul II și III) pe 20% din suprafața corpului. Raportul de expertiză medico-legală efectuat în cauză a concluzionat faptul că leziunile traumatiche s-au putut produce prin contactul cu un corp supraîncălzit, leziuni asupra cărora s-a intervenit specific chirurgical, în mod repetat, și au necesitat pentru vindecare 75-80 de zile de îngrijiri medicale, fiind totodată de natură să pună în pericol viața nou-născutului. *Cât privește culpa unității medicale, s-a reținut că nu s-au respectat de către aceasta, obligațiile legale în materia controlului prin verificarea periodică a dispozitivelor medicale aflate în utilizare.*

B) Procurorii Secției de Urmărire Penală și Criminalistică din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție au dispus¹⁰, la data de 06.12.2010, prin rechizitoriu, trimiterea în judecată a inculpaților C.F.D. și **SPITALUL CLINIC DE OBSTETRICĂ ȘI GINECOLOGIE „PROF. DR. PANAIT SÂRBU”** (Maternitatea Giulești), sub aspectul săvârșirii infracțiunilor deucidere din culpă (cu consecința decesului a 6 nou-născuți) și vătămare corporală gravă din culpă (cinci infracțiuni) precum și a inculpaților M.B., D.V., T.A.I. și O.G., sub aspectul săvârșirii infracțiunilor de neglijență în serviciu cu consecințe deosebit de grave. În data de 16.08.2010, în jurul orelor 18.³⁰, în salonul de Terapie Intensivă nou - născuți, din cadrul Secției de Neonatologie a Spitalului Clinic de Obstetrică și Ginecologie „Prof. Dr. Panait Sârbu”, a izbucnit un incendiu în urma căruia șase nou-născuți aflați în salon, au decedat, iar alți cinci au suferit vătămări corporale grave. De asemenea, s-a produs o pagubă materială de 1.500.602 RON, prin distrugerea aparaturii medicale și a celorlalte obiecte din salon. Din probatoriul administrat pe parcursul urmăririi penale a rezultat următoarea stare de fapt:

- inculpata C.F.D., asistentă medicală, nu și-a îndeplinit atribuțiile de serviciu stabilite în fișa postului, în sensul că nu a supravegheat în permanență nou-născuții.

- inculpatul M.B., în calitate de manager al spitalului, nu a efectuat demersuri pentru înființarea în cadrul unității spitalicești a Serviciului Intern de Prevenire și Protecție astfel cum prevăd dispozițiile Legii 319/2006, aspect care a avut un rol favorizant în producerea incendiului.

⁸ De remarcat este faptul că, asemenea vinovăției, și eventualele circumstanțe atenuante ori agravante aplicabile persoanei fizice se răsfrâng asupra persoanei juridice.

⁹ COMUNICAT din data de 08.06.2010 al Biroului de Informare Publică și Relații cu Presa din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție (extras)

¹⁰ COMUNICAT din data de 06.12.2010 al Biroului de Informare Publică și Relații cu Presa din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție (extras)

- inculpatul D.V., în calitate de șef al serviciului tehnic în cadrul spitalului și responsabil cu protecția și prevenirea incendiilor în cadrul aceleiași unității, nu și-a respectat obligațiile referitoare la revizia și întreținerea instalației electrice și nu a luat măsuri de organizare a activității de prevenire și stingere a incendiilor, factori care au contribuit la producerea, amplificarea și neluarea măsurilor imediate de stingere a incendiului.

- inculpatul T.A.I., în calitate de șef al Secției de Neonatologie din cadrul spitalului, a gestionat în mod defectuos resursele umane existente și nu a luat măsurile manageriale necesare pentru asigurarea în permanență a numărului de asistente medicale prevăzut de dispozițiile legale în vigoare la data de 16.08.2010.

- inculpatul O.G., electrician în cadrul spitalului, și-a îndeplinit în mod superficial obligația prevăzută în fișa postului, de întreținere în stare de funcționare a instalațiilor electrice, cu prilejul verificării efectuate în data de 13.08.2010, neconstatând detensionarea elementelor elastice ale prizei, de la care s-a declanșat incendiul.

Toate aspectele enumerate anterior și care atrag răspunderea inculpaților C.F.D., M.B., D.V., T.A.I. și O.G. atrag în mod corelativ răspunderea penală a Spitalul Clinic de Obstetrică și Ginecologie „Prof. Dr. Panait Sârbu”.

C) La data de 30 noiembrie 2010, procurorii Parchetului de pe lângă Tribunalul Constanța au dispus¹¹ punerea în mișcare a acțiunii penale față de inculpații **SC ROMTELECOM S.A.** pentru comiterea infracțiunii de ucidere din culpă respectiv inculpatul P. O. pentru săvârșirea infracțiunii de neglijență calificată, dosarul fiind trimis la Judecătoria Medgidia împreună cu rechizitoriul emis în cauză. În fapt, s-a reținut că în data de 26.06.2009 urmare a neluării măsurilor de siguranță necesare pentru exercitarea activității de prestări servicii telefonie, din culpa celor doi inculpați, un stâlp putred din rețeaua de telefonie Rasova, a cărui durată de utilizare normală era depășită de 20 de ani, a căzut peste minora R.D. în vârstă de 12 ani, din comuna Rasova, urmare a cărui fapt aceasta a decedat.

Din cele prezentate anterior rezultă faptul că jurisprudența românească este încă în fază incipientă privind aplicarea instituției răspunderii penale a persoanei juridice, deși au trecut patru ani de la intrarea în vigoare a Legii nr. 278/2006. Drept urmare, ar trebui analizate anumite aspecte semnificative din tehnica legislativă și din practica judiciară a altor state, precum ar trebui folosită și experiența acumulată de avocații care au asistat persoane juridice în fața organelor judiciare din aceste țări.

În **Italia**¹², această instituție a fost reglementată prin Decretul-lege nr.231/2001, un element caracteristic fiind condiția ca persoana fizică făptuitoare să ocupe în organigrama persoanei juridice o poziție care îi conferă competența de a decide (*“soggetti apicali”*, *“top officers and managers”*), ori să acționeze sub supravegherea ori sub comanda unei asemenea persoane. Cu privire la competența de a decide, aceasta este atribuită în sensul legii penale persoanelor care ocupă funcțiile în mod limitativ prevăzute de art. 5 din Decret, respectiv acelea de *reprezentant, manager, director, director al unei subunități având independența financiară și funcțională, precum și persoana care îndeplinește de facto activități de management sau control*. Astfel, legiuitorul italian a recunoscut ceea ce doctrina¹³ juridică românească pe bună dreptate a susținut, fără a avea însă ecouri în practica judiciară a României.

După recunoașterea oficială a noțiunii “gestionarului *de facto*”, instituția răspunderii penale a administratorului *de facto* ar putea constitui o altă “redută” câștigată de organele judiciare în fața criminalității economico-financiare, care ar permite, împreună cu aplicarea instituției răspunderii penale a persoanei juridice, o mai bună administrare a justiției, sancțiunea penală fiind direcționată împotriva autorilor morali ai infracțiunii economice. Aceștia au profitat o lungă perioadă de timp de

¹¹ COMUNICAT din data de 02.12.2010 al Biroului de Informare Publică și Relații cu Presa din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria Constanța (extras)

¹² **Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey**, Lex Mundi 2008 Italy: Chiomenti Studio Legale, Vittorio Tadei and Cristina Chiomenti

¹³ **Administratorul de fapt al unei societăți comerciale**, Iuliana Crișan, Marius Nicu Vasile Revista de drept penal 3/2006

lacunele legislative, pentru a se ascunde de răspunderea penală în spatele administratorilor de drept, scriptici ai societăților comerciale. Sunt nenumărate cazurile în care administratori scriptici, limitați din punct de vedere intelectual, uneori cu deficiențe psihice ori cu grave probleme materiale, fiind manipulați de “patroni”, au semnat instrumente de plată, declarații vamale false, adeverințe false folosite la obținerea ilegală a creditelor bancare, documente contabile nereale, ori alte înscrisuri ce au servit la săvârșirea de infracțiuni economice. De asemenea, administrarea societăților comerciale de acest tip a fost făcută în mod defectuos și cu rea-credință de către administratorii de fapt, societatea fiind implicată astfel în infracțiuni cuprinse în diverse legi penale speciale, fapte pentru care au răspuns “săgețile”-administratori scriptici. Și mai dramatic este cazul administratorului scriptic de tip “om de paie”, care nu va răspunde niciodată din punct de vedere penal pentru că acestea sunt persoane menite să “dispară”¹⁴ după încheierea schemei de fraudare orchestrate din umbră de către administratorul *de facto*.

În **Ungaria**¹⁵, deși Legea de modificare a Codului penal, adoptată în 2001 a intrat în vigoare în 2004, la data aderării acestui stat la Uniunea Europeană, până în anul 2008, o singură persoană juridică fusese condamnată la pedeapsa amenzii pentru infracțiunea de comercializare a produselor alimentare falsificate (paprika). Această lipsă a practicii judiciare era cauzată de o prevedere ambiguă a Legii, care la art. 12 statua: “*Dacă în cursul urmăririi penale, organul de cercetare penală are dovezi pe baza cărora se pot lua măsuri împotriva unei persoane juridice, acesta este obligat să înștiințeze de îndată pe procuror, care decide dacă cercetările vor fi extinse pentru relevarea conexiunilor dintre infracțiune și persoana juridică*”. Astfel, procurorilor care deja erau supraîncărați cu activitatea de supraveghere a cercetării și de urmărire penală a persoanelor fizice, li se lăsa ocazia ca în mod discreționar să respingă inițierea procedurilor împotriva persoanelor juridice. Această problemă a fost remediată în luna martie 2008 de către Ministerul Justiției din Ungaria, care a modificat art.12, instituind obligația organului de cercetare penală de a extinde în mod automat cercetările asupra persoanelor juridice atunci când se descoperă dovezi.

În **Marea Britanie, Cipru**¹⁶, **Statele Unite ale Americii** există o adevărată tradiție în aplicarea răspunderii penale a persoanei juridice, dreptul cutumiar fiind extrem de flexibil în soluționarea cauzelor de absolută noutate, impuse de dezvoltarea economiei și a societății în general. Practica judiciară s-a adaptat, în scopul aplicării acestei instituții, printr-un artificiu simplu. La un moment dat, în fiecare stat a fost adoptată de către instanță o decizie prin care s-a dat o nouă *interpretare noțiunii de persoană*, statuând faptul că, ori de câte ori apare, chiar și în legislația penală, această noțiune ori o referire la acțiuni ori la omisiuni ale acesteia, se va interpreta în sensul cuprinderii în același cuvânt atât a noțiunii de persoană fizică, cât și a noțiunii de persoană juridică.

Existând o practică judiciară extrem de variată în domeniul răspunderii penale a persoanei juridice, în aceste state s-a dezvoltat și practica modului de apărare a persoanei juridice, în fața autorităților judiciare, de către avocații specializați în litigii de natură penală. Astfel, cele mai des folosite strategii de apărare au fost tactica exploatarea viciilor de procedură, precum și încercarea de a demonstra că elementele constitutive ale infracțiunii nu au fost întrunite, că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru tragerea la răspundere penală a persoanei juridice ori că există o cauză de nepedepsire sau chiar o clauză de clemență. Elementul specific acestui tip de apărare este încercarea de a demonstra faptul că¹⁷:

- Infracțiunea nu a fost comisă în realizarea obiectului de activitate, în interesul ori în numele persoanei juridice; Pentru comiterea infracțiunii nu au fost utilizate mijloacele materiale furnizate de persoana juridică;

¹⁴ Este binecunoscut cazul “Băhăianu”, gruparea criminală ștergând urmele infracțiunilor economice comise, prin eliminarea fizică a administratorilor scriptici (fiind gasiți patru dintre ei, unii înecați, alții îngropați de vii), singurele persoane care îi puteau implica pe liderii grupării în anchetele penale.

¹⁵ **Ferenc Santha PhD**, University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Criminal Sciences

¹⁶ **Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey**, Lex Mundi 2008 Cyprus: Dr. K. Chrysostomides & Co., Stavros Christou and Chryso Pitsilli-Dekatris

¹⁷ **Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey**, Lex Mundi 2008 Mexic, Olanda, Elveția, Colorado (SUA), Michigan (SUA),

- Nu există legătură juridică între făptuitorul, persoană fizică, și companie;
- Angajații persoanei juridice nu au comis infracțiunea în îndeplinirea atribuțiilor de serviciu legale ori contractuale;
- Persoana juridică a luat toate măsurile posibile pentru evitarea comiterii faptei de natură penală, organizarea activității fiind optimă, astfel eliminându-se legătura de cauzalitate dintre conduita persoanei juridice și consecințele socialmente periculoase;
- Înștiințarea organelor competente, mai înainte ca infracțiunea să fie descoperită, despre activitatea ilegală desfășurată de angajatul companiei este o clauză de clemență în legislația SUA (statul Colorado);
- Dovedirea bunei-credințe a companiei, putându-se invoca o consiliere juridică inexactă ori greșită din partea unui avocat neangajat al acesteia; În schimb, organele judiciare pot dovedi aparența acestei bune-credințe, prin relevarea așa-ziselor “willful blindness”, “conscious avoidance,” sau “ostrich”;

Deși aceste apărări au fost invocate în fața instanțelor penale străine pentru obținerea achitărilor în funcție de legislația fiecărui stat în parte, nu este exclusă folosirea unor astfel de argumente în fața instanțelor de judecată românești, în vederea reținerii unor circumstanțe atenuante judiciare conform art. 74 (2) C.pen., fapt ce ar putea atrage o reducere substanțială a pedepselor aplicate.

Pentru exercitarea în mod eficient și echitabil de către stat a funcției sale coercitive, în scopul protejării interesului general prin menținerea stării de legalitate, securitate și ordine publică, legea penală trebuie să își extindă competențele și asupra persoanelor juridice, nu numai din punct de vedere teoretic, dar și prin dezvoltarea practicii judiciare, astfel contribuind la eficientizarea combaterii și prevenirii fraudelor economico-financiare, în sensul pedepsirii adevăraților beneficiari ai infracțiunilor economice, ale căror persoane vătămate sunt, în mod indirect, toți cetățenii României.

Referințe bibliografice:

- Codul penal
- Codul de procedură penală
- Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal și a altor legi
- Expunerea de motive pentru Legea nr. 278/2006
- Recomandarea Consiliului Europei nr. R(81)12 privind criminalitatea economică
- Recomandarea Consiliului Europei nr. R(88)18 privind răspunderea întreprinderilor cu personalitate juridică pentru infracțiunile comise în exercițiul activității lor
- **Persoana juridică. Subiect al răspunderii penale**, Anca Jurma, ed. C.H.Beck 2010
- **Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor**, Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, ed. Hamangiu 2008
- **Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey**, Lex Mundi 2008
- **Criminal Responsibility of Legal Persons in Hungary-Theory and (a lack of) practice** Ferenc Santha PhD, University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Criminal Sciences
- **Administratorul de fapt al unei societăți comerciale**, Iuliana Crișan, Marius Nicu Vasile Revista de drept penal 3/2006
- COMUNICAT din data de 08.06.2010 al Biroului de Informare Publică și Relații cu Presa din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție (extras)
- COMUNICAT din data de 08.12.2010 al Biroului de Informare Publică și Relații cu Presa din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție (extras)
- COMUNICAT din data de 02.12.2010 al Biroului de Informare Publică și Relații cu Presa din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria Constanța (extras)
- www.jurisprudenta.org (jurindex)
- www.lexmundi.com
- www.jurisprudentacedo.com

INFRAȚIUNILE DE NATURĂ ECONOMICĂ ÎN VECHIUL ȘI NOUL COD PENAL

Lavinia JILAVU*

Abstract

If it comes into force, the new Criminal code will bring great changes in all the areas of regulation, including the economic one. Although economic crimes are usually provided in special laws, it has been decided to include here illegal actions based on their relatively constant occurrence and because they somewhat concern the general interests of the national economy. Whereas in the old Criminal code, they were grouped in Title VIII, in the new Criminal code most of the old ones are no longer provided, new ones have been added and the resulting group has been scattered across several titles. The goal of this paper is to make a comparative analysis of the provisions in the two Codes, at the same time pointing out the connections with the special laws concerning similar crimes.

Cuvinte cheie: Cod penal, infracțiune economică, lege specială.

1. Introducere

Din 1969 când a intrat în vigoare și până acum, Codul penal a fost prea puțin modificat față de schimbările majore intervenite în societatea română. Pe de o parte, situațiile care cereau aplicarea unor norme au dispărut. Pe de altă parte, contextul a devenit tot mai complex, astfel încât anumite fapte au fost reglementate separat, în legi speciale. Acesta este și cazul infracțiunilor economice.

În practica judiciară, o parte din articolele 295 – 302² C. pen. nu se mai aplică decât rar, tocmai datorită suprapunerilor de incriminare. Astfel, infracțiunile prevăzute la art. 299 și 300 sunt regăsite în incriminări similare care se aplică prioritar. Aceeași situație o întâlnim și la concurența neloială. Legea concurenței nr. 21/1996, modificată recent prin ordonanța de urgență nr. 75/2010 incriminează și ea fapte similare cu Codul Penal.

Comparând cele două Coduri, se observă că s-au produs schimbări majore privind această categorie de fapte. În cel vechi, erau incriminate zece fapte: specula, înșelăciunea la măsurătoare, înșelăciunea cu privire la calitatea mărfurilor, divulgarea secretului economic, contrafacerea obiectului unei invenții, punerea în circulație a produselor contrafăcute, concurența neloială, nerespectarea dispozițiilor privind operații de import sau export, deturnarea de fonduri, nerespectarea dispozițiilor privind importul de deșeuri și reziduuri. În cel nou, am identificat cinci infracțiuni care pot fi considerate de aceeași natură cu cele vechi: abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor, bancruta simplă, bancruta frauduloasă, obținerea ilegală de fonduri și deturnarea de fonduri. Însă nu mai există un titlu care să le reunească, astfel încât alegerea lor s-a făcut pe baza similarității valorilor sociale protejate, respectiv obiectul juridic generic.

2. Infracțiunile din vechiul cod penal

Toate aceste infracțiuni sunt cuprinse într-un singur titlu, Titlu VIII Infracțiuni la regimul stabilit pentru anumite activități economice. Trăsătura lor comună este obiectul juridic generic reprezentat de relațiile sociale legate de buna desfășurare a activităților economice, comerciale și financiare. O parte din ele sunt incriminate în paralel și în legi speciale, care au prioritate la aplicare.

* Student, Facultate de Poliție, Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Univ. Dr. Mirela Gorunescu.

Rațiunea este că prin stabilitatea sa, Codul asigură incriminarea faptelor chiar dacă legile speciale se modifică sau se abrogă. Toate aceste fapte prezintă (sau au prezentat la momentul redactării Codului) un risc important pentru economia națională, atât prin consecințele foarte grave pe care le pot avea (precum varianta agravată a deturnării de fonduri), cât și prin recurența lor în viața de zi cu zi.

În acest capitol am încercat o analiză succintă a normelor din vechiul Cod Penal pentru a vedea principalele trăsături, astfel că vom sublinia anumite aspecte din structura infracțiunii.

Specula¹. Din punctul de vedere al condițiilor preexistente, obiectul juridic special este format din relațiile sociale legate de circulația produselor industriale și agricole, iar obiectul material este reprezentat de bunul asupra căruia se execută acțiunile incriminate. Se pune problema bunurilor ce pot face obiectul material, având în vedere că în prezent comerțul este liberalizat. Există însă domenii cum ar fi armele, munițiile și explozibilii, medicamentele care conțin stupefiante sau bunurile primite ca ajutoare internaționale care sunt supuse monopolului exclusiv al statului. Subiectul activ nu este calificat, putând fi orice persoană fizică sau juridică, iar subiectul pasiv este în primul rând statul, dar și cumpărătorul păgubit.

Latura obiectivă cuprinde în elementul material acțiunea subiectului activ de cumpărare a unor produse din sfera celor ce nu pot face obiectul comerțului particular în scopul revânzării lor. Nu este important dacă se cumpără pentru a se vinde la prețul pieței sau sub acesta. În varianta de la lit. b), cumpărarea se face în scop de prelucrare în vederea revânzării lor. Prevederea nu are incidență asupra meseriașilor care își desfășoară activitatea pe bază de autorizație, cu materiale procurate în mod legal. Urmarea imediată a săvârșirii faptei este starea de pericol creată pentru buna desfășurare a activității economice, iar legătura de cauzalitate rezultă direct din materialitatea faptei.

Pe latura subiectivă, această infracțiune poate fi săvârșită doar cu intenție. Mobilul și scopul nu au relevanță decât pentru individualizarea pedepsei. Formularea „în scop de revânzare” nu indică scopul, ci faptul că se cere intenția ca forma a vinovăției.

La această infracțiune, actele pregătitoare și tentativa, deși posibile, nu sunt incriminate. Consumarea faptei are loc în momentul cumpărării produselor în scopul revânzării, dar în practică e întâlnită mai ales în formă continuată, când epuizarea intervine la încetarea activității ilicite.

Înșelăciunea la măsurătoare². Obiectul juridic special principal sunt relațiile sociale privind activitatea economică legate de corecta măsurare a produselor, dar există și un obiect juridic special secundar, interesele materiale ale agenților economici și ale persoanelor fizice. Obiectul material este bunul destinat vânzării, nu instrumentul de măsurare folosit (acesta este doar mijlocul folosit de autorul faptei). Codul nu califică nici subiectul activ, nici pe cel pasiv, putând fi vorba în ambele cazuri de persoane fizice, agenți comerciali sau salariați ai acestora.

Elementul material al laturii obiective constă în acțiunea de înșelare prin oricare din cele două modalități alternative, prin folosirea unui instrument inexact de măsurare ori prin folosirea frauduloasă a unui instrument exact de măsurare. Infracțiunea se poate săvârși de asemenea în legătură cu produsele preambalate, când cantitatea aflată în pachet este mai mică decât cea înscrisă pe ambalaj. Urmarea imediată este starea de pericol, fără a fi necesară o pagubă concretă în patrimoniul cuiva, iar legătura de cauzalitate rezultă în mod direct din săvârșirea faptei.

¹ ART. 295: Săvârșirea uneia dintre următoarele fapte:

a) cumpărarea în scop de revânzare a produselor industriale sau agricole care potrivit dispozițiilor legale nu pot face obiectul comerțului particular;

b) cumpărarea de produse industriale sau agricole, în scop de prelucrare în vederea revânzării, dacă ceea ce ar rezulta din prelucrare nu poate face, potrivit dispozițiilor legale, obiectul comerțului particular;

c) – d) Abrogat;

se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani.

² ART. 296: Înșelarea prin folosirea unui instrument de măsurat inexact ori prin folosirea frauduloasă a unui instrument de măsurat exact se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 5 ani.

Tentativa se pedepsește.

Din punct de vedere al laturii subiective, infracțiunea se poate săvârși doar cu intenție, culpa atrăgând schimbarea încadrării juridice, de exemplu în neglijență în serviciu (dacă făptuitorul avea calitatea de gestoriar).

La această infracțiune nu sunt sancționate actele pregătitoare, însă tentativa este incriminată. Infracțiunea se consumă după efectuarea primei acțiuni de înșelăciune, practic în momentul încheierii cântăririi sau măsurării și oferirii acestuia către cumpărător, putându-se prelungi sub formă continuată. Pentru consumare e suficientă punerea în pericol a relațiilor sociale protejate, chiar dacă nu s-a produs efectiv o pagubă în patrimoniul vreunui subiect de drept.

Înșelăciunea cu privire la calitatea mărfurilor³. La această infracțiune, obiectul juridic special îl constituie relațiile sociale legate de respectarea normelor privind calitatea produselor, pe când obiectul material este reprezentat de mărfurile falsificate sau substituite. Subiectul activ și subiectul pasiv nu sunt calificați, putând fi orice persoană fizică sau juridică participantă la acte sau fapte de comerț.

În ceea ce privește latura obiectivă, elementul material se realizează prin falsificarea ori substituirea produselor și expunerea spre vânzare sau vânzarea de asemenea bunuri, cunoscând că sunt falsificate ori substituite. O cerință esențială este ca produsele falsificate care fac obiectul material să nu fie vătămătoare pentru sănătate, altfel fapta se încadrează la art. 313 C. pen (falsificarea de alimente sau alte produse).

Din punctul de vedere al laturii subiective, singura cerință este ca fapta să se săvârșească cu intenție.

Legiuitorul a incriminat aici doar tentativa, deși actele pregătitoare sunt și ele posibile. Uneori acestea din urmă reprezintă infracțiuni de sine stătătoare. Consumare infracțiunii are loc atunci când s-a realizat cel puțin una din acțiunile care formează elementul material al laturii obiective, chiar și atunci când bunul nu a fost predat și prețul nu a fost plătit, deoarece legea civilă consideră că vânzarea-cumpărarea se încheie din momentul ajungerii la acordul de voință.

Divulgarea secretului economic⁴. Față de primele infracțiuni, aceasta are condiții preexistente mai speciale. Obiectul juridic special este constituit din relațiile sociale care asigură normala desfășurare a activității agenților economici, prin apărarea secretului datelor și informațiilor economice. Obiectul material există doar dacă divulgarea privește un document care conține date și informații nedestinate publicității, caz în care documentul este obiectul material. Subiectul activ este calificat doar în varianta tip, el fiind o persoană care are posibilitatea să aflu informațiile prin intermediul atribuțiilor de serviciu. Subiectul pasiv este unitatea comercială afectată de divulgare. În anumite cazuri, calitatea subiectului activ poate atrage schimbarea încadrării juridice: angajații Oficiului de Stat pentru Invenții și Mărci sau care efectuează lucrări în legătură cu invențiile și fapta privește datele cuprinse în cererile de brevet până la publicarea lor vor răspunde conform art. 62 din Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție.

Din punctul de vedere al laturii obiective, elementul material este același pentru ambele variante ale faptei și se realizează când s-au îndeplinit trei cerințe: informația să aibă caracter de secret economic, să fie divulgată în tot sau în parte și să producă un prejudiciu. Dacă prima cerință nu este îndeplinită, fapta poate constitui cel mult divulgarea secretului profesional, art. 196 C.pen., dacă sunt îndeplinite condițiile necesare. Pe de altă parte, dacă informația are caracter de secret de stat, încadrarea va fi pe art. 169 C.pen.: divulgarea secretului care periclitează siguranța statului. Urmarea

³ ART. 297: Falsificarea ori substituirea de mărfuri sau orice alte produse, precum și expunerea spre vânzare sau vânzarea de asemenea bunuri, cunoscând că sunt falsificate ori substituite, se pedepsesc cu închisoare de la unu la 7 ani. Dacă mărfurile sau produsele au devenit, prin falsificare sau substituire, vătămătoare sănătății, sunt aplicabile dispozițiile art. 313. Tentativa se pedepsește

⁴ ART. 298: Divulgarea unor date sau informații care nu sunt destinate publicității, de către cel care le cunoaște datorită atribuțiilor de serviciu, dacă fapta este de natură să producă pagube, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani. Dacă fapta prevăzută în alineatul precedent este săvârșită de altă persoană, oricare ar fi modul prin care a ajuns să cunoască datele sau informațiile, pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 5 ani.

imediată este starea de pericol pentru patrimoniul subiectului pasiv, pentru care legătura de cauzalitate rezultă din acțiunea de divulgare.

Există o excepție de la această regulă, prevăzută în Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism. Funcționarul care ia la cunoștință despre un secret economic privind operațiuni în valoare de peste 10.000 de euro și care prezintă suspiciune de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism are chiar obligația să sesizeze acest lucru la Oficiul Național pentru Prevenirea și Combaterea Spălării Banilor⁵.

Latura subiectivă cere intenția ca formă de vinovăție, în caz contrar fapta având altă încadrare juridică, putând fi infracțiunea de neglijență în serviciu (art. 249 C.pen.) sau doar abatere disciplinară, după caz.

Actele pregătitoare și tentativa, deși posibile, nu sunt incriminate. Consumarea are loc atunci când persoanele neîndreptățite au ajuns în posesia informațiilor.

Contrafacerea obiectului unei invenții⁶. Această infracțiune acoperă un domeniu foarte vast, astfel că numeroase alte reglementări conțin norme asemănătoare. Obiectul juridic special îl constituie relațiile sociale care privesc apărarea intereselor personale patrimoniale și nepatrimoniale ale inventatorilor. Obiectul material există doar în cazul folosirii fără drept a obiectului invenției, în restul cazurilor se atentează la o valoare imaterială, drepturile autorului. Subiectul activ nu este calificat, însă subiectul pasiv este multiplu; subiectul pasiv principal este statul, iar cel secundar este autorul invenției.

Latura obiectivă cuprinde în elementul material acțiunea de contrafacere sau de folosire fără drept a obiectului unei invenții. Trebuie precizat că în situația în care o persoană realizează contrafacerea și alta realizează folosirea obiectului contrafăcut, ambele vor răspunde penal pentru această infracțiune. Condițiile ce definesc folosirea „fără drept” a obiectului invenției se găsesc în Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție. Urmarea imediată este atât starea de pericol pentru economia națională, cât prejudiciul moral sau patrimonial al titularului invenției și legătura de cauzalitate nu trebuie dovedită, deoarece rezultă direct din materialitatea faptei.

Latura subiectivă cuprinde doar intenția ca formă de vinovăție.

Actele pregătitoare și tentativa, deși posibile, nu sunt incriminate. Consumarea faptei are loc când obiectul contrafăcut a fost realizat în întregime sau obiectul invenției a fost utilizat fără drept, dar epuizarea intervine în ambele variante în momentul executării ultimului act ilicit, fiind posibilă săvârșirea sub formă continuată.

Norme similare se găsesc în mai multe legi, spre exemplu:

- Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, art. 59(1): Constituie contrafacere faptele săvârșite cu încălcarea dispozițiilor art. 32 alin. (2) și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă de la 10.000 lei la 30.000 lei. (2) Acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu. (...);

- Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale, art. 52 alin (1): Constituie infracțiune de contrafacere și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani săvârșirea fără drept a oricărui act prevăzut la art. 30, după data înregistrării desenului sau modelului;

- Legea nr. 16/1995 privind protecția topografiilor produselor semiconductoare, art. 38 alin (1): Constituie infracțiune de contrafacere, în sensul prezentei legi, exploatarea comercială sau producerea fără drept a unei topografii protejate ori a unui produs semiconductor în care este încorporată o topografie protejată sau a unui element de circuit care încorporează un astfel de produs semiconductor, în măsura în care acest element continuă să conțină o topografie; și alin. (2): Acțiunile prevăzute la alin.(1) sunt calificate contrafacere dacă au fost săvârșite după data publicării

⁵ Art. 5 alin (2): Secretul profesional la care sunt ținute persoanele prevăzute la art. 8 nu este opozabil Oficiului.

⁶ ART. 299: Contrafacerea sau folosirea, fără drept, a obiectului unei invenții se pedepsește cu închisoare de la 3 la 2 ani sau cu amendă.

înregistrării topografiei în Registrul național al topografiilor și se pedepesc cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă de la 10.000 lei la 30.000 lei;

• Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, art. 90 alin (1): Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă de la 50.000 lei la 150.000 lei săvârșirea, fără drept, a următoarelor fapte: a) contrafacerea unei mărci; b) punerea în circulație a unui produs purtând o marcă identică sau similară cu o marcă înregistrată pentru produse identice sau similare și care îl prejudiciază pe titularul mărcii înregistrate; c) punerea în circulație a produselor care poartă indicații geografice ce indică sau sugerează că produsul în cauză este originar dintr-o regiune geografică, alta decât locul adevărat de origine, în scopul inducerii în eroare a publicului cu privire la originea geografică a produsului;

• Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, art. 140: Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă de la 700.000 lei la 7 milioane lei, dacă nu constituie o infracțiune mai gravă, fapta persoanei care, fără a avea consimțământul titularului drepturilor recunoscute prin prezenta lege:

- a) reproduce integral sau parțial o operă;
- b) difuzează o operă;
- c) importă, în vederea comercializării pe teritoriul României, copii de pe o operă;
- d) expune public o operă de artă plastică, de artă aplicată, fotografică sau de arhitectură;
- e) proiectează public o operă cinematografică sau altă operă audiovizuală;
- f) emite o operă prin orice mijloc ce servește la propagarea fără fir a semnelor, sunetelor sau imaginilor, inclusiv prin satelit;
- g) transmite o operă către public prin fir, prin cablu, prin fibră optică sau prin orice alt procedeu similar;
- h) retransmite o operă prin orice mijloc ce servește la propagarea fără fir a semnelor, sunetelor sau imaginilor, inclusiv prin satelit, sau retransmite o operă prin fir, prin cablu, prin fibră optică sau prin orice alt procedeu similar;
- i) emite sau transmite într-un loc accesibil publicului o operă radiodifuzată sau televizată;
- j) reproduce prestația unui artist interpret sau executant;
- k) difuzează prestația unui artist interpret sau executant;
- l) reproduce înregistrările sonore ale unui producător;
- m) difuzează înregistrările sonore ale unui producător, inclusiv prin închiriere;
- n) importă, în vederea comercializării în România, înregistrările sonore ale unui producător;
- o) reproduce programe de radio sau de televiziune, fixate pe orice fel de suport;
- p) difuzează, inclusiv prin închiriere, programe de radio sau de televiziune fixate pe orice fel de suport;
- r) importă, în vederea comercializării în România, programe de radio sau de televiziune fixate pe orice fel de suport.

Se observă că toate aceste infracțiuni au în elementul lor material acțiuni specifice anumitor domenii de activitate, față de norma din Codul Penal care are caracter general, acoperind toate aceste situații. Ele incriminează în același timp și fapte similare cu punerea în circulație a produselor contrafăcute. Fiind legi speciale, se vor aplica prioritar față de Codul Penal.

Punerea în circulație a produselor contrafăcute⁷. Această faptă penală se află în strânsă corelație cu cea analizată anterior. Obiectul juridic special este reprezentat de relațiile sociale referitoare la ocrotirea activității economice împotriva faptelor de punere în circulație a unor produse realizate ca urmare a contrafacerii sau folosirii fără drept a obiectului unei invenții. Obiectul material este chiar bunul contrafăcut. Subiectul activ nu este calificat, pe când subiectul pasiv este complex, ca și la art. 299, statul fiind subiectul pasiv principal iar titularul brevetului de invenție, cel secundar.

⁷ Art. 300 : Punerea în circulație a produselor realizate ca urmare a contrafacerii sau folosirii fără drept a obiectului unei invenții se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani.

Elementul material al laturii obiective este punerea în circulație sub orice formă, sub condiția ca bunul să fie contrafăcut. Urmarea imediată este starea de pericol pentru care legătura de cauzalitate este evidentă.

În mod similar, forma de vinovăție cerută este intenția. Actele pregătitoare și tentativa, deși posibile, nu sunt incriminate. Consumarea are loc în momentul punerii în circulație a bunului contrafăcut.

Toate normele din legile speciale expuse anterior la contrafacerea obiectului unei invenții cuprind în elementul lor material și acte corespunzătoare acestei infracțiuni. Toate comentariile de mai sus rămân valabile în acest caz.

Concurența neloială⁸. Si această infracțiune se află reglementată paralel într-o lege specială, în legătură cu cele două infracțiuni analizate anterior. Obiectul juridic special sunt relațiile sociale referitoare la desfășurarea cinstită a raporturilor economice și la apărarea intereselor părților implicate iar obiectul material este întotdeauna reprezentat de bunurile introduse în circuitul economic purtând embleme, mențiuni sau denumiri false. Subiectul activ nu este calificat și cel pasiv este unitatea a căror însemne au fost folosite fără drept.

Analizând latura obiectivă observăm că elementul material se realizează prin folosirea sau punerea în circulație a produselor cu denumiri false, prin aplicarea de mențiuni false privind brevetele de invenție, prin folosirea de nume comerciale sau denumiri eronate. Urmarea imediată este starea de pericol creată, pentru care legătura de cauzalitate este evidentă.

Latura subiectivă cere ca formă de vinovăție exclusiv intenția directă.

Legiuitorul nu a sancționat nici actele pregătitoare, nici tentativa. Consumarea infracțiunii are loc atunci când s-a realizat una din acțiunile ce formează elementul material, chiar dacă nu s-a realizat scopul de inducere în eroare a beneficiarilor.

Se observă imediat că art. 90 din Legea 84/1998 expus anterior incriminează fapte similare, dar și alte legi conțin astfel de norme:

- Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, art. 5: Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă de la 25.000.000 lei la 50.000.000 lei: a) folosirea unei firme, invenții, mărci, indicații geografice, unui desen sau model industrial, unor topografii ale unui circuit integrat, unei embleme sau unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant; b) punerea în circulație de mărfuri contrafăcute și/sau pirat, a căror comercializare aduce atingere titularului mărcii și induce în eroare consumatorul asupra calității produsului/serviciului; c) folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări a căror obținere a necesitat un efort considerabil sau a altor informații secrete în legătură cu acestea, transmise autorităților competente în scopul obținerii autorizațiilor de comercializare a produselor farmaceutice sau a produselor chimice destinate agriculturii, care conțin compuși chimici noi;

- Legea nr. 12/1990 privind protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite, art. 3:1) Faptele prevăzute la art. 1 lit. 1) - p) constituie infracțiuni și se pedepesc cu închisoare de la 6 luni la 3 ani, dacă prin legea penală nu se prevede o pedeapsă mai mare. (2) Hotărârile de condamnare privind comerțanții se comunică la registrul comerțului.

Alte infracțiuni legate de concurența între agenții economici de pe piață se regăsesc în Legea concurenței nr. 21/1990, modificată prin OUG nr. 75/2010.

Nerespectarea dispozițiilor privind operațiunile de import sau export⁹. Datorită dinamicii domeniului comerțului exterior, un mare număr de acte normative au completat în timp conținutul

⁸ Art. 301: Fabricarea ori punerea în circulație a produselor care poartă denumiri de origine ori indicații de proveniență false, precum și aplicarea pe produsele puse în circulație de mențiuni false privind brevetele de invenții, ori folosirea unor nume comerciale sau a denumirilor organizațiilor de comerț ori industriale, în scopul de a induce în eroare pe beneficiari, se pedepesc cu închisoare de la o lună la 2 ani sau cu amendă.

⁹ Art. 302: Efectuarea, fără autorizație, a oricăror acte sau fapte care potrivit dispozițiilor legale sunt considerate operațiuni de import, export sau tranzit, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani.

acestei infracțiuni, exprimându-se în literatură chiar opinia că ar fi fost abrogată tacit. Obiectul juridic special îl reprezintă relațiile sociale referitoare la activitatea de comerț exterior și obiectul material îl constituie bunurile pentru care nu s-au respectat dispozițiile legale. Subiectul activ nu este calificat, iar subiectul pasiv este în mod evident statul.

Pentru realizarea elementului material al laturii obiective se cere să se efectueze fără licență orice acte sau fapte care pot fi calificate ca operațiuni de import, export sau tranzit. Urmarea imediată este starea de pericol pentru interesele economiei naționale și ale Comunității Europene. Legătura de cauzalitate nu mai trebuie dovedită, rezultând în mod direct.

Conținutul laturii obiective trebuie în mod evident completat cu acte normative specifice. În contextul aderării la Uniunea Europeană, aceste acte sunt dintre cele emise de instituțiile Uniunii Europene, chiar dacă dreptul penal depășește în principiu competențele de reglementare ale UE.

Pe latura subiectivă, forma de vinovăție cerută este intenția, care poate fi directă sau indirectă. Actele pregătitoare și tentativa nu sunt sancționate, iar consumarea infracțiunii are loc când s-a realizat una din variantele elementului material, așa cum se regăesc în legile speciale.

Deturnarea de fonduri¹⁰. Aceasta este singura infracțiune economică păstrată în nou Cod penal, după cum va fi prezentat în capitolul următor. Obiectul juridic special îl reprezintă relațiile sociale legate de disciplina bugetară și de realizarea în bune condiții a prevederilor bugetare, iar obiectul material sunt fondurile deturnate. Subiectul activ, chiar dacă textul de lege nu-l califică direct, nu poate fi decât un funcționar care are în atribuții administrarea de fonduri; aceeași calitate se impune pentru coautori, dar nu și pentru instigatori sau complici. Subiectul pasiv este statul.

Pe latura obiectivă, elementul material presupune schimbarea destinației fondurilor bugetare spre alte obiective decât cele stabilite de bugetul de stat, prin care să se producă o pagubă sau o deturnare a activității unui organ sau unei instituții din cele la care se referă art. 145 C. pen.. În caz contrar, fapta va fi încadrată la abuz în serviciu. Un alt criteriu important este ca fondurile să nu fie deturnate în interesul propriu al funcționarului, caz în care s-ar întruni elementele constitutive ale infracțiunii de delapidare (art. 215¹ C.pen.). Pentru varianta agravată este necesară producerea unor consecințe deosebit de grave, așa cum este definită această noțiune la art. 146. Urmarea imediată este chiar această perturbare sau pagubă, pentru care e necesară existența legăturii de cauzalitate.

Formele vinovăției pot fi doar intenția directă și indirectă, culpa nefiind posibilă. Actele pregătitoare și tentativa, deși posibile, nu sunt incriminate. Infracțiunea se consumă când s-a produs paguba, ori deturnarea efectivă a fondurilor, ori consecințele deosebit de grave.

Nerespectarea dispozițiilor privind importul de deșeuri și reziduuri¹¹. Obiectul juridic special este format din relațiile sociale care privesc protejarea finală a mediului înconjurător, însă variantele agravate privesc de asemenea viața, integritatea corporală și sănătatea persoanelor. Obiectul material este reprezentat de deșeurile sau reziduurile în cauză sau poate fi constituit din bunurile materiale afectate sau distruse. La variante agravate, obiectul material este corpul persoanelor care suportă consecințele faptei. Subiectul activ poate fi orice persoană fizică sau juridică, pe când subiect pasiv este în primul rând statul, iar în al doilea rând poate fi orice persoană care a suferit vătămări ale sănătății, integrității corporale sau eventual patrimoniale.

¹⁰ Art. 302¹: Schimbarea destinației fondurilor bănești sau a resurselor materiale, fără respectarea prevederilor legale, dacă fapta a cauzat o perturbare a activității economico-financiare sau a produs o pagubă unui organ ori unei instituții de stat sau unei alte unități dintre cele la care se referă art. 145, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani.

¹¹ Art 302²: Efectuarea oricăror operațiuni de import de deșeuri ori reziduuri de orice natură sau de alte mărfuri periculoase pentru sănătatea populației și pentru mediul înconjurător, precum și introducerea, în orice mod, sau tranzitarea acestora pe teritoriul țării, fără respectarea dispozițiilor legale, se pedepesc cu închisoare de la 2 la 7 ani.

Dacă faptele prevăzute în alineatul precedent au pus în pericol sănătatea sau integritatea corporală a unui număr mare de persoane, au avut vreuna din urmările arătate în art. 182 ori au cauzat o pagubă materială importantă, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi, iar în cazul în care s-a produs moartea uneia sau mai multor persoane ori pagube importante economiei naționale, pedeapsa este închisoarea de la 7 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi. Tentativa se pedepsește

Elementul material al laturii obiective se poate realiza prin una din următoarele variante: efectuarea oricăror operațiuni de import de deșeuri ori reziduuri de orice natură sau de alte mărfuri periculoase, introducerea acestora în țară sau tranzitarea lor pe teritoriul țării, toate fără respectarea dispozițiilor legale. Urmarea imediată este starea de pericol pentru varianta tip și urmările grave descrise în textul de lege pentru variantele agravate.

Latura subiectivă cere în mod logic intenția ca formă a vinovăției. Mobilul și scopul nu au relevanță pentru stabilirea săvârșirii infracțiunii.

Legiuitorul a incriminat tentativa, date fiind consecințele grave ce pot apărea. Pentru consumarea infracțiunii în varianta tip, este suficient ca deșeurile ori reziduurile să fie aduse pe teritoriul țării, iar pentru variantele agravate, e necesar să se producă urmările menționate.

Având în vedere că regimul deșeurilor este reglementat atât la nivelul Uniunii Europene, cât și la nivel național, intervin în paralel mai multe legi speciale în domeniu:

- OUG nr. 78/2000 privind regimul deșeurilor;
- OUG nr. 16/2001 privind gestionarea deșeurilor industriale reciclabile;
- OUG nr. 195/2005 privind protecția mediului;
- HG nr. 788/2007 privind stabilirea unor măsuri pentru aplicarea Regulamentului Parlamentului European și al Consiliului nr. 1.013/2006 privind transferul de deșeuri.

Asa cum este cazul multor infracțiuni din cele prezentate anterior, și aceasta apără relațiile sociale ce îi formează obiectul juridic în modul cel mai general posibil, urmând ca faptele concrete să fie sancționate după dispozițiile speciale și mult mai strict delimitate.

3. Infracțiunile economice în noul Cod penal

Așa cum am arătat la început, noul Cod penal a eliminat titlul dedicat infracțiunilor economice. Dintre cele vechi a fost păstrată doar deturnarea de fonduri, însă într-o formă nouă. Am identificat cinci infracțiuni ce pot fi considerate de natură economică, abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor, bancruta simplă, bancruta frauduloasă, deturnarea de fonduri și obținerea ilegală de fonduri. Se poate observa că toate vizează relații economice de natură financiară, spre deosebire de vechiul Cod, care cuprindea un spectru mai larg.

Abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor¹². Obiectul juridic special al acestei infracțiuni este format din relațiile sociale privind buna desfășurare a activităților economice și îndeplinirea obligațiilor asumate. Legiuitorul nu a calificat nici subiectul activ, nici subiectul pasiv.

Analizând elementul material se observă că în prima variantă tip se aseamănă foarte mult cu bancruta frauduloasă. Diferențele sunt mai mult de nuanță, fapta fiind considerată de o gravitate mai mică, ceea ce se reflectă și în limita maximă a pedepsei cu 2 ani mai mică decât la bancruta frauduloasă. Se observă că aici acțiunile subiectului activ se îndreaptă spre propriul patrimoniu, pe când în cazul bancrutei frauduloase legiuitorul face distincție între patrimoniul subiectului activ și cel al debitorului. Aceasta înseamnă că făptuitorul acționează în numele său ca persoană fizică. Cea de-a doua variantă este foarte generală, este posibil ca legiuitorul să fi căutat să acopere cazurile ce nu se încadrează la alte infracțiuni. Asta deoarece în funcție de mijlocul de plată folosit se poate ajunge foarte ușor la încadrarea pe înșelăciune sau pe Legea cecului nr. 59/1934. Urmarea imediată este starea de pericol în cazul primei variante și producerea pagubei în cea de a doua. Legătura de cauzalitate rezultă direct din materialitatea faptei.

¹² Art. 239. - (1) Fapta debitorului de a înșelăciune, ascunde, deteriora sau distruge, în tot sau în parte, valori ori bunuri din patrimoniul său ori de a invoca acte sau datorii fictive în scopul fraudării creditorilor se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.

(2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează fapta persoanei care, știind că nu va putea plăti, achiziționează bunuri ori servicii producând o pagubă creditorului.

(3) Actiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate

Sub aspectul laturii subiective, se cere intenția directă.

A fost incriminată doar tentativa la prima variantă, deși este posibilă și la cea de-a doua. Infrațiunea se consumă în momentul realizării acțiunilor ce constituie elementul material, practic în momentul producerii prejudiciului, deoarece acțiunea penală se pune în mișcare doar la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

Bancruta simplă¹³. Această infrațiune este deja prevăzută în Legea nr 85/2006 privind procedura insolvenței împreună cu bancruta frauduloasă la art. 143¹⁴, care este o lege specială, având prioritate față de Codul Penal. Este posibil ca legiuitorul să fi dorit să aducă o mai mare stabilitate incriminării prin includerea ei în noul Cod, astfel încât modificarea sau abrogarea legii speciale să nu ducă la pierderea caracterului de faptă penală. Conținutul legal este aproape identic în ambele acte normative, singura diferență fiind că în noul Cod acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

Obiectul juridic special este reprezentat de relațiile sociale ce privesc desfășurarea activităților agenților economici și închiderea activității acestora. Infrațiunea nu are obiect material. Subiectul activ este calificat, fie ca debitor persoană fizică, fie ca reprezentant legal al persoanei juridice, iar subiectul pasiv este în primul rând statul, dar poate fi și alt agent comercial care a suferit o pagubă.

Elementul material este reprezentat de neintroducerea sau introducerea tardivă a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, cu condiția să fi trecut cel puțin 6 luni de la expirarea termenului legal. Urmarea imediată este starea de pericol, pentru care legătura de cauzalitate este evidentă.

Pentru realizarea laturii subiective nu se cere o formă anume de vinovăție. Nici mobilul și nici scopul nu sunt relevante pentru stabilirea săvârșirii faptei.

Tentativa nu este posibilă, infrațiunea consumându-se doar prin trecerea intervalului de 6 luni de la expirarea termenului legal.

Bancruta frauduloasă¹⁵. Această infrațiune se află în aceeași situație ca și bancruta frauduloasă în ceea ce privește reglementarea paralelă și condițiile preexistente.

Elementul material cuprinde acțiuni de falsificare, distrugere, ascundere de evidențe sau bunuri, de înfățișare de datorii inexistente sau de prezentare în registrele debitorului ori alte acte de sume nedatorate sau de înstrăinare a activelor, toate sub condiția obligatorie de a fi făcute în fraudă creditorilor. Urmarea imediată este starea de pericol creată și prejudiciul creditorilor. Legătura de cauzalitate rezultă din materialitatea faptei.

¹³ Art. 240. - (1) Neintroducerea sau introducerea tardivă, de către debitorul persoană fizică ori de reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, într-un termen care depășește cu mai mult de 6 luni termenul prevăzut de lege de la apariția stării de insolvență, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă.

(2) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate

¹⁴ Legea 85/2006, art. 143:

(1) Constituie infrațiunea de bancruta simplă și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă introducerea sau introducerea tardivă, de către debitorul persoană fizică ori de reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare, a cererii de deschidere a procedurii în termen, care depășește cu mai mult de 6 luni termenul revăzut la art.27.

(2) Constituie infrațiunea de bancruta frauduloasă și se sancționează cu pedeapsa de la 6 luni la 5 ani fapta persoanei care:

a) falsifică, sustrage sau distruge evidențele debitorului ori ascunde o parte din activul averii acestuia;
b) infățișează datorii inexistente sau prezintă în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară sume datorate, fiecare dintre aceste fapte fiind săvârșite în fraudă creditorilor;
c) înstrăinează, în fraudă creditorilor, în caz de insolvență a debitorului, o parte din active.

¹⁵ Art. 241. - (1) Fapta persoanei care, în fraudă creditorilor:

a) falsifică, sustrage sau distruge evidențele debitorului ori ascunde o parte din activul averii acestuia;
b) infățișează datorii inexistente sau prezintă în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară sume nedatorate;

c) înstrăinează, în caz de insolvență a debitorului, o parte din active se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 5 ani.

(2) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate

Spre deosebire de infracțiunea anterioară, în acest caz se cere ca forma vinovăției să fie intenția directă, din moment ce autorul acționează cu scopul de a frauda creditorii.

Legiutorul a ales să sancționeze și tentativa, datorită pericolului pentru activitatea economică, însă acțiunea penală se pune în mișcare doar la plângere prealabilă. Infracțiunea se consumă în momentul realizării uneia din acțiunile alternative cuprinse de elementul material. Această infracțiune poate fi săvârșită și sub formă continuată dacă la intervale diferite de timp se comit oricare din variantele faptice; în acest caz infracțiunea se epuizează la data ultimului act consumat.

Obținerea ilegală de fonduri¹⁶. Aceasta este o infracțiune nouă, care privește ca obiect juridic relațiile sociale privind distribuirea corectă a fondurilor publice către mediul privat. Obiectul material este reprezentat de fondurile obținute ilegal. Această infracțiune este foarte potrivită pentru apărarea intereselor financiare ale Comunității Europene în contextul alocării de fonduri pentru țara noastră. Subiectul activ nu este calificat, iar subiectul pasiv este statul român sau Uniunea Europeană, în funcție de instituția care distribuie fondurile.

Latura obiectivă. Elementul material al infracțiunii constă în folosirea ori prezentarea de documente sau date false, inexacte ori incomplete, dar numai dacă a avut ca rezultat obținerea pe nedrept a acestor fonduri. Altfel, fapta rămâne tentativă. Urmarea imediată este obținerea pe nedrept a fondurilor, iar legătura de cauzalitate este evidentă.

Este evident că această infracțiune poate fi săvârșită doar cu intenție.

Datorită pericolului pe care îl prezintă pentru buna distribuire a fondurilor, legiutorul a incriminat și tentativa. Actele pregătitoare nu sunt sancționate, dar ele pot întruni elementele constitutive ale altor infracțiuni. Fapta se consumă în momentul obținerii propriu-zise a fondurilor în cauză.

Deturnarea de fonduri¹⁷. Aceasta este singura infracțiune din Codul vechi care s-a păstrat. Există însă diferențe între cele două norme. Se elimină varianta agravată, rămânând două variante tip, și de asemenea se elimină cerința de a produce perturbarea activității instituției sau o pagubă acesteia.

De aceea, condițiile preexistente rămân aceleași ca și în vechiul Cod, însă latura obiectivă se schimbă. Elementul material nu mai cuprinde decât schimbarea destinației fondurilor, urmarea imediată suficientă fiind simpla stare de pericol, chiar dacă nu s-a produs o pagubă propriu-zisă. Legătura de cauzalitate rezultă direct din materialitatea faptei.

Deși textul nu precizează, este clar că infracțiunea poate fi săvârșită doar cu intenție, directă sau indirectă. Mobilul și scopul nu au relevanță, putând folosi doar la individualizarea pedepsei.

Legiutorul a ales să sancționeze tentativa la această faptă, spre deosebire de reglementarea anterioară. Infracțiunea se consumă în momentul schimbării destinației fondurilor, fără alte cerințe, astfel că are o aplicabilitate mai mare ca în trecut.

4. Concluzii

Prin noul Cod se aduc schimbări radicale în ceea ce privește regimul infracțiunilor de natură economică. S-a încercat includerea într-un act normativ de mare stabilitate a principalelor fapte care afectează relațiile economice din țara noastră, chiar dacă unele rămân să fie sancționate după legile

¹⁶ Art. 306. - (1) Folosirea ori prezentarea de documente sau date false, inexacte ori incomplete, pentru primirea aprobărilor sau garantiilor necesare acordării finanțărilor obținute sau garantate din fonduri publice, dacă are ca rezultat obținerea pe nedrept a acestor fonduri, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani.

(2) Tentativa se pedepsește

¹⁷ Art. 307. - (1) Schimbarea destinației fondurilor bănești ori a resurselor materiale alocate unei autorități publice sau instituții publice, fără respectarea prevederilor legale, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani.

(2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează și schimbarea, fără respectarea prevederilor legale, a destinației fondurilor provenite din finanțările obținute sau garantate din fonduri publice.

(3) Tentativa se pedepsește

speciale care le incriminează și în prezent. Orientarea clară este spre infracțiuni legate de aspectele financiare ale activităților economice, dar și spre protejarea intereselor comunitare alături de cele naționale.

Odată cu schimbarea de Cod, infracțiunile care nu mai sunt prevăzute fie vor aplicate din legile speciale, cum sunt cele de contrafacere a obiectului unei invenții sau de concurență neloială, fie vor dispărea cu totul, cum este înșelăciunea cu privire la calitatea mărfurilor, urmând ca faptele să fie încadrate juridic la alte infracțiuni, în funcție de situațiile concrete.

Dintre infracțiunile noi, obținerea ilegală de fonduri, deturnarea de fonduri și abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor vor fi cele care se vor aplica direct, contribuind la protejarea relațiilor sociale economice.

Referințe bibliografice:

- Gorunescu Mirela, Pascu Ilie, *Drept penal. Partea specială (ediția a 2-a)*, Editura Hamangiu, 2009;
- Dobrinou Vasile, Neagu Norel, *Drept penal. Partea specială*, Editura Wolterskluwer, 2008;
- Codul Penal;
- Legea 286/2009 privind Codul penal;
- Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism;
- Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție;
- Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale;
- Legea nr. 16/1995 privind protecția topografiilor produselor semiconductoare;
- Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice;
- Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe;
- Legea concurenței nr. 21/1990;
- Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale;
- Legea nr. 12/1990 privind protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite
- HG nr. 788/2007 privind stabilirea unor măsuri pentru aplicarea Regulamentului Parlamentului European și al Consiliului nr. 1.013/2006 privind transferul de deșeuri;
- Legea nr 85/2006 privind procedura insolvenței.

DESECRETIZAREA STENOGRAMELOR ÎN TIMPUL URMĂRIIRII PENALE PRIN PUBLICAREA ÎN MASS-MEDIA

Elena MORARIU*

Abstract

The publication in mass - media of interceptions and recordings audio or video, shortly, of the transcripts, it is a very important and actual matter that concerns civil society. Behind the appearance of everyday work, it is undermined the credibility in the act of justice. Only in the last two years there were five cases of interception highly mediated in Romania. In the first part of the study I portrayed the conditions and cases of phone calls or communications interceptions performed by telephone or by any other electronic communication device, according to the Code of Penal Procedure. I also exposed, with exemplar value, a recent case brought into public eye. Forward, I qualified transcripts` desecretization by mass- media publishing during the penal pursuit as a work related infraction. I analysed professional negligence according to the on-going Penal Code and according to the future Penal Code. Next I presented some specialists and Non- governmental Organizations` points of view regarding the debated issue. In the end I submitted to a several specialists` opinion and I proposed a lex ferenda, due to the absence of a precise legal framework which imposes an immediate clarification and finding the right answers to this phenomenon, more frequently met in the juridical scene.

Key words: *interceptions and recordings audio or video, transcripts` desecretization, professional negligence, Penal Code.*

INTRODUCERE

Publicarea în mass-media a interceptărilor și înregistrărilor audio sau video a devenit o problemă importantă și actuală de dezbatere a societății civile. Sub aparența lucrului cotidian, este minată credibilitatea și legalitatea actului de justiție.

În ultimii doi ani au apărut tot mai des stenograme din dosare cu nume sonore din peisajul politic românesc. De exemplu, publicul a avut acces la stenogramele din dosarul privind afacerea Alro-Marco. Acesta a fost disjuns din două mari dosare de privatizări frauduloase în care fostul ministru al Economiei, Codruț Sereș, era acuzat că a fost instrumentul unei rețele de spionaj care a dobândit ilegal mai multe companii de importanță strategică pentru statul român. Cercetările în cauză, numărând printre cei implicați mai mulți demnitari români, s-au centrat pe acuzații de constituire a unui grup infracțional organizat și tentativă la subminarea economiei naționale.

Un alt dosar cu ecou a fost cel al lui Gigi Becali, finanțatorul echipei de fotbal Steaua București, acuzat de dare de mită în cazul Valiza de la Cluj, atunci când Becali a oferit direct și indirect suma de 1.7 milioane de euro lui Anton Doboș (pe atunci președinte la U Cluj) pentru a învinge pe CFR, iar în acest fel Steaua să câștige titlul de campioană a României.

Au fost vehiculate în presă și stenograme din dosarul senatorului Cătălin Voicu, acuzat de trafic de influență în formă continuată, fals în înscrisuri sub semnătură privată și participare improprie la infracțiunea de fals intelectual la legea contabilității. Anchetatorii au considerat că senatorul s-ar fi folosit de statutul său, în schimbul banilor pentru a ajuta oameni politici și afaceriști, în mai multe dosare în care aceștia erau acuzați.

Consumatorii de presă au avut ocazia să citească și transcrierile unor convorbiri telefonice redate în rechizitoriul întocmit de procurori într-un dosar în care patru bărbați au fost cercetați pentru recrutarea a 80 de fete pe care le-ar fi plasat ca prostituate de lux, sub paravanul unor agenții de

* Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: elena.morariu@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr. Alexandra Jipa.

fotomodele. La dosarul care a ajuns pe rolul Tribunalului Ialomița sunt atașate și stenogramele unor convorbiri telefonice, purtate de deputatul Robert Negoiaș, care are calitate de martor în acest dosar, denumit de jurnaliști "sex cu fotomodele".

Însă, cele mai aprinse discuții au fost stârnite de inundarea presei cu stenogramele din dosarul în care omul de afaceri Sorin Ovidiu Vântu, a fost trimis în judecată pentru infracțiunea de favorizare a infractorului.

Stenogramele publicate redau conversații între Vântu și fostul director al Gelsor, Nicolae Popa, condamnat definitiv la 15 ani de închisoare în dosarul FNI dar și cu politicieni și jurnaliști.

Acest "tăvălug al stenogramelor" precum și modul în care acte din diferite dosare (C. Voicu, S.O. Vântu) au fost făcute publice a ajuns să fie cercetat inclusiv de Inspekția Judiciară a Consiliului Suprem al Magistraturii. Ancheta inspectorilor s-a finalizat către sfârșitul anului 2010, iar aceștia au propus Consiliului o modificare a legilor în vigoare, astfel încât jurnaliștii să nu mai aibă acces la dosare, odată ajunse în instanță.

Desecretizarea discuțiilor telefonice purtate de inculpat cu persoane particulare, fără legătură cu fapta penală, constituie infracțiune, pe care doresc să o analizez în prezentul studiu.

CAPITOLUL I

Legalitatea procesului penal

1.1. Principii ale procesului penal

Procesul penal este călăuzit de anumite principii fundamentale ce fixează cadrul politico-juridic în conformitate cu care trebuie să aibe loc reacția societății față de cei care încalcă legea penală.¹

Principiul legalității procesului penal este o transpunere pe plan particular a principiului general al legalității consacrat în art. 1 pct. 5 din Constituție, unde se arată: "În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie". Consacrat ca o regulă de bază a procesului penal, în art. 2 alin.1 C. pr. Pen. se arată că procesul penal se desfășoară atât în cursul urmăririi penale, cât și în cursul judecării, potrivit dispozițiilor prevăzute de lege.

Principiul aflării adevărului își are sediul legal în art.3 C. pr. pen. și statuează că în desfășurarea procesului penal, trebuie să se asigure aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei, precum și cu privire la persoana făptuitorului.

Garanțiile pentru respectarea principiului aflării adevărului se constau în : obligația organelor judiciare de a afla adevărul în fiecare cauză penală, strângând probele necesare pentru lamurirea cauzei; dreptul părților de a putea dovedi împrejurările care duc la aflarea adevărului în cauză obligația oricărei persoane de a contribui, prin informațiile pe care le deține, la aflarea adevărului; axarea sistemului probator pe principiile libertății probelor și ale liberei lor aprecieri.

Conform principiul rolului activ al organelor judiciare penale, prevăzut de art. 4 C. pr. pen., organele de urmărire penală și instanțele de judecată sunt obligate să aibă rol activ în desfășurarea procesului penal. În realizarea acestui principiu, organele judiciare au o serie de obligații: să dispună începerea urmăririi penale, să ceară și să administreze probe, să stabilească faptele; să asigure respectarea drepturilor părților, îndrumarea și sprijinirea acestora, să dispună administrarea din oficiu a probelor, să examineze cauza penală sub toate aspectele etc.

Articolul 5¹ C .pr. pen reglementează principiul respectării demnității umane, respectiv "orice persoană care se află în curs de urmărire penală sau de judecată trebuie tratată cu respectarea demnității umane. Supunerea acesteia la tortură sau la tratamente cu cruzime, inumane ori degradante este pedepsită prin lege."

¹ Neagu Ion – Tratat de procedură penală. Partea generală, p 68-87

1.2. Conceptul de demnitate

Demnitatea constă într-un “atribut înnascut care este onoarea, la care se pot adăuga și alte însușiri de ordin teoretic, dobândite în timpul vieții prin meritele fiecăruia și formând laolaltă reputația unui om, care poate să varieze de la o persoană la alta sau chiar să nu existe deloc.”²

Conceptul de demnitate, în care se include și onoarea, poate fi privit din două puncte de vedere: subiectiv (individual), în raport cu fiecare persoană în parte, și obiectiv (social), în raport cu relațiile pe care o persoană le stabilește cu celelalte persoane.

Subiectiv, demnitatea apare ca un sentiment propriu de prețuire morală, intim legat de conștiința fiecărui om, format prin introspecție și determinat de aprecierea favorabilă pe care fiecare om o are despre el însuși. Este un sentiment natural ce ființează în forul interior al fiecărei persoane, nutrit de convingerea că însușirile sale sunt reale, ceea ce îl face nu numai să se respecte pe sine, dar și să pretindă a-i fi respectată. La Rochefoucaud³ spunea că “...este prețuirea pe care ne-o dăm singuri, fără a ne da seama; prin această calitate câștigăm respectul celorlalți oameni și, de cele mai multe ori, ea este aceea care ne pune deasupra lor mai mult decât nașterea, funcțiile și decât însuși meritul”.

Din punct de vedere obiectiv, demnitatea constă în aprecierea morală pe care alții o dau unei persoane, părerea pe care ei și-o formează despre profilul său moral, determinată obiectiv de calitățile, însușirile morale, comportarea, meritele acesteia, apreciere manifestată prin stima, considerația și respectul celor din jur. Este reputația persoanei, bunul renume de care ea se bucură în rândul semenilor săi, a colectivului de muncă, a cercului de prieteni și cunoscuți.

Așadar, demnitatea, în plan individual, apare ca un bun al persoanei, iar în plan colectiv ca o valoare socială, constituind o condiție indispensabilă conviețuirii sociale și deci o valoare demnă de protecție juridică.

Orice acțiune, din partea oricărei persoane care ar avea ca efect jignirea sentimentului de onoare sau schimbarea în rău a dimensiunii stimei ce se cuvine unei persoane constituie o atingere a personalității morale a omului.

Pentru a reacționa contra acestui rău și pentru a-l preveni, legea a incriminat ca fapte penale toate acele acțiuni sau inacțiuni prin care s-ar da loc unei astfel de atingeri, ocrotind în același timp, atât interesul persoanelor, cât și interesul societății.

Infrațiunile contra demnității se pot comite și prin presă, sau altfel spus, publicarea în presă poate constitui unul din mijloacele de săvârșire a acestor infracțiuni.

Există astăzi în lume numeroase legislații cu privire la presă, unele cu un pronunțat caracter coercitiv, altele - dimpotrivă- permissive. Legislațiile permissive sunt acelea care tind să dezvolte și să sprijine dreptul cetățenilor, consfințit prin constituție, la libera exprimare și la libera informare. Legislații coercitive sunt acelea care tind să obstaculeze aceste drepturi constituționale ale cetățenilor, stabilind domenii și practici de restrângere a accesului la informații și de sancționare a opiniilor.

În ultimele decenii pe plan mondial se observă o constantă limitare a edictării ori aplicării legilor referitoare la presă cu caracter coercitiv. Or, fie dispariția, fie nefolosirea unor asemenea legi n-a condus la instalarea unor situații de haos în activitatea de presă și la utilizarea necontrolată, iresponsabilă a mijloacelor mass-media. Însă lipsa unor legi de constrângere în acest domeniu nu înseamnă lipsa oricărei norme, activitatea de presă fiind reglată de diverse coduri ori modele de etică profesională, liber asumate.

Cea mai profundă explicație pentru intrarea în desuetudine a legilor presei este dată de însuși rafinarea înțelegerii modelului democratic. Lumea contemporană a înțeles că limitarea libertății presei aduce automat după sine controlul politic, pe când asigurarea legală a libertății presei, dincolo de aparenț ei discurs dezordonat, oferă societății mecanisme naturale de autoreglare națională.

Libertatea de exprimare este, de altfel, una din libertățile fundamentale prevăzute de Convenția europeană a drepturilor omului. Potrivit art.10 alin.1 din Convenție, “orice persoană are

² Turian Corneliu – Insulta și calomnia prin presă p 1-10

³ La Rochefoucaud este un scriitor, moralist francez din secolul al XVII-lea

dreptul la opinie și dreptul de a primi și comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a se ține seama de frontiere”, ceea ce nu înseamnă, desigur - așa cum se prevede în alin.2 al aceluiași articol – că exercitarea acestui drept, care implică îndatoriri și responsabilități, nu ar putea fi supusă “unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege, care constituie măsuri necesare, într-o societate democratică pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirii infracțiunilor, protecția sănătății sau a moralei, protecția reputației sau drepturilor altuia, pentru a împiedica divulgarea unor informații confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”. Conform Convenției, libertatea de exprimare are, deci, două componente: pe de o parte, libertatea de opinie care, atâta vreme cât opinia nu este exteriorizată nu poate forma obiectul niciunei limitări, iar pe de altă parte, libertatea de informare sau comunicare, care presupune nu numai libertatea de a difuza informații, dar și libertatea publicului, în general, de a primi informații în mod liber, din diverse surse.

Totuși, libertatea în general, și libertatea de exprimare în particular, nu se poate exercita în afara oricăror limite, în absența oricăror răspunderi, pe care statul este în drept să le stabilească. Depășirea limitelor instituite pentru a asigura protecția acestor valori sociale, a drepturilor și demnității altor persoane, poate antrena, în condițiile legii, răspunderea civilă și penală a celor care le încalcă.

CAPITOLUL II

Interceptarea convorbirilor sau comunicărilor

2.1. Condițiile și cazurile de interceptare a convorbirilor sau comunicărilor efectuate prin telefon sau prin orice mijloc electronic de comunicare

Pentru a afla adevărul, organul de urmărire penală și instanța de judecată au îndatorirea de a lămuri cauza sub toate aspectele, pe bază de probe. Între mijloacele de probă prin care se constată elementele de fapt ce pot servi ca probă se regăsesc, conform art. 64 C. pr. pen., și înregistrările audio sau video.

Sfera de aplicare a acestui mijloc de probă se regăsește atât în prevederile Codului de Procedură Penală cât și în unele dispoziții reglementate prin legi speciale.

În cuprinsul art. 91¹ alin. 1 din Codul de Procedură Penală se reglementează cadrul general al cazurilor în care este permisă înregistrarea convorbirilor sau a comunicărilor, stabilindu-se că înregistrarea se realizează în condițiile prevăzute de lege dacă sunt date sau indicii temeinice privind pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni pentru care urmărirea penală se efectuează din oficiu, iar activitățile se impun prin stabilirea situației de fapt sau pentru că identificarea sau localizarea participanților nu poate fi făcută prin alte mijloace ori cercetarea ar fi mult întârziată.

În redactarea art. 91¹ alin. 2 legiuitorul a utilizat tehnica enumerării exemplificative, ceea ce conduce la constatarea posibilității apelării la interceptările și înregistrările convorbirilor sau comunicărilor și pentru alte infracțiuni, care trebuie să îndeplinească o condiție generică esențială: sa existe date sau indicii temeinice privind pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni pentru care urmărirea penală se efectuează din oficiu. Per a contrario, în cazul infracțiunilor la care urmărirea penală nu se efectuează din oficiu, aceste mijloace de probă sunt inadmisibile.⁴

Astfel că, interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor efectuate prin telefon ori prin orice mijloc electronic de comunicare, pot fi autorizate:

- în cazul infracțiunilor contra siguranței naționale prevăzute de Codul penal și de alte legi speciale;
- în cazul infracțiunilor de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede sau alte valori;

⁴ Neagu Ion – Tratat de procedură penală. Partea generală, p.491

- în cazul infracțiunilor prevăzute de Legea nr.78/2000, pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare;
- în cazul unor alte infracțiuni grave ori al infracțiunilor care se săvârșesc prin mijloace de comunicare electronică.

Autorizația se dă pentru durata necesară interceptării și înregistrării, dar nu mai mult de 30 de zile, în camera de consiliu, de președintele instanței căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia, în a cărei circumscripție se află sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală. În lipsa președintelui instanței, autorizația se dă de către judecătorul desemnat de acesta.

Autorizația poate fi reînnoită, înainte sau după expirarea celei anterioare, în aceleași condiții, pentru motive temeinic justificate, fiecare prelungire neputând depăși 30 zile. Durata totală a interceptărilor și înregistrărilor autorizate, cu privire la aceeași persoană și aceeași faptă, nu poate depăși 120 de zile.

Conform art 91² alin 4 C. pr. Pen, convorbirile sau comunicările interceptate și înregistrate care nu privesc fapta ce formează obiectul cercetării sau nu contribuie la identificarea ori localizarea participanților se arhivează la sediul parchetului în locuri speciale, în plic sigilat, cu asigurarea confidențialității și pot fi transmise judecătorului sau completului investit cu soluționarea cauzei, la solicitarea acestuia. De asemenea, textul le prevede că la soluționarea definitivă a cauzei, acestea vor fi șterse sau, după caz, distruse de către procuror, încheindu-se în acest sens un proces verbal.

Convorbirile sau comunicările interceptate și înregistrate pot fi folosite și în altă cauză penală dacă din cuprinsul acestora rezultă date sau informații concludente și utile privitoare la pregătirea sau săvârșirea unei alte infracțiuni dintre cele prevăzute la art.91.¹ alin. 1 și 2 C. pr. pen.

2.2. Certificarea înregistrărilor

Convorbirile sau comunicările interceptate și înregistrate care privesc fapta ce formează obiectul cercetării sau contribuie la identificarea ori localizarea participanților, sunt redactate integral într-un proces-verbal de procuror sau de lucrătorul din cadrul poliției judiciare delegat de procuror, în care se menționează autorizația dată pentru efectuarea acestora, numărul ori numerele posturilor telefonice sau alte date de identificare a legăturilor între care s-au purtat convorbirile ori comunicările, numerele persoanelor care le-au purtat, dacă sunt cunoscute, data și ora fiecărei convorbiri ori comunicări în parte și numărul de ordine al suportului pe care se face imprimarea.

Procesul verbal este certificat pentru autenticitate de către procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală în cauză.

La procesul-verbal se atașează, în plic sigilat, o copie a suportului care conține înregistrarea convorbirii. Suport original se păstrează la sediul parchetului, în locuri speciale, în plic sigilat și va fi pus la dispoziția instanței, la solicitarea acesteia. După sesizarea instanței, copia suportului care conține înregistrarea convorbirii și copii de pe procesele-verbale se păstrează la greșa instanței, în locuri speciale, în plic sigilat, la dispoziția exclusivă a judecătorului sau completului investit cu soluționarea cauzei.

La prezentarea materialului de urmărire penală, procurorul este obligat să prezinte învinutului sau inculpatului procesele-verbale în care sunt redactate convorbirile înregistrate și să asigure, la cerere, ascultarea acestora.

Dacă în cauză s-a dispus o soluție de netrimitere în judecată, procurorul este obligat să înștiințeze despre aceasta, persoana ale cărei convorbiri sau comunicări au fost interceptate și înregistrate. Suportul pe care sunt imprimate convorbirile înregistrate, se arhivează la sediul parchetului, în locuri speciale, în plic sigilat, cu asigurarea confidențialității și se păstrează până la împlinirea termenului de prescripție a răspunderii penale pentru fapta ce a format obiectul cauzei, când se distrug, încheindu-se proces-verbal în acest sens.

Dacă în cauză instanța a pronunțat o hotărâre de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal, rămasă definitivă, suportul original și copia acestuia se arhivează odată cu dosarul

cauzei la sediul instanței, în locuri speciale, în plic sigilat, cu asigurarea confidențialității. După arhivare, suportul pe care sunt imprimare convorbirile înregistrate poate fi consultat sau copiat numai în anumite condiții prevăzute de lege, cu încuviințarea prealabilă a președintelui instanței.

CAPITOLUL III

Stenograme apărute în presă

3.1. Dosarul Vântu

Un dosar intens mediatizat, care a avut în cuprinsul rechizitorului întocmit de procurori și probe constând în transcrierile unor convorbiri telefonice, este acela în care omul de afaceri Sorin Ovidiu Vântu, a fost trimis în judecată pentru infracțiunea de favorizare a infractorului.

În luna septembrie a anului 2010, atenția jurnaliștilor s-a concentrat pe o anchetă a Parchetului General, referitoare la modul în care fostul director al Gelsor, Nicolae Popa, condamnat definitiv la 15 ani de închisoare în dosarul FNI și arestat, în 2009, în Indonezia, a plecat din România în 2000 și a reușit să rămână ascuns timp de aproape 10 ani. Pe 9 septembrie 2010, Sorin Ovidiu Vântu a fost reținut, alături de șoferul său, Alexandru Stoian, și de un om de afaceri cu cetățenie româno-moldoveană, Octavian Turcan, fiind acuzați de favorizarea infractorului, procurorii susținând că l-ar fi sprijinit material și moral pe Popa în Indonezia. Cei trei au fost duși în acea seară în fața unui judecător al Tribunalului București, care a decis să îi aresteze pentru 29 de zile. Decizia a fost imediat atacată de avocați.

O săptămână mai tarziu, decizia Curții de Apel București, care a hotărât că cei trei pot fi cercetați în libertate, a stârnit noi discuții. Dosarul a fost finalizat în luna octombrie a aceluiași an și trimis în instanță, pe fondul altor comentarii generate de apariția în presă a stenogramelor din dosarul transmis Tribunalului București, în care sunt redată conversații telefonice purtate de omul de afaceri cu Nicolae Popa, dar și cu politicieni și jurnaliști.

Dosarul lui S. O. Vântu, aflat pe rolul Tribunalului București, conține cinci volume, incluzând stenogramele discuțiilor cu jurnaliști din grupul Realitatea, precum Cătălin Popa, Cornel Nistorescu, Stelian Tănase, dar și cu politicieni.⁵

Pentru a exemplifica am ales două dintre stenogramele existente la dosar, dar care nu privesc fapta ce formează obiectul cercetării :

➤ Un dialog consemnat în dosar este cel din 4 decembrie 2009 dintre S. O. Vântu și jurnalistul Stelian Tănase.

"STELIAN TĂNASE: Am și eu o întrebare la tine, delicată.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Te rog.

STELIAN TĂNASE : M-a invitat Televiziunea Română să mă duc duminică, la ora 09.00, la ei, la anunțarea rezultatelor.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Mi se pare normal.

STELIAN TĂNASE: TVR1. Nu, problema este să nu te superi tu sau Realitatea să-mi zică..., pentru că Realitatea nu ne-a făcut nicio invitație, să știi.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Nu, dar chiar dacă ți-ar fi făcut și probabil că urma să-ți facă, televiziunea publică e o chestie de prestigiu.

STELIAN TĂNASE: OK. Deci, tu ești în tema și nu ești în dezacord cu ideea asta.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Mi se pare o chestie de mare prestigiu, tot pentru Realitatea lucrezi și acolo.

STELIAN TĂNASE: Bine. Păi am să spun să scrie acolo Realizator Realitatea.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Tot pentru Realitatea lucrezi și acolo, că noi ne distribuim".

➤ O altă stenogramă este din seara de 4 decembrie 2009, când Vântu ia legătura cu jurnalistul Cornel Nistorescu.

⁵ <http://www.ziare.com/bucuresti/articole/stenograme+sorin+ovidiu+vantu>

"CORNEL NISTORESCU: Ai auzit cu povestea cu Alro care e pe site-uri acum?

SORIN OVIDIU VÂNTU: Nu am auzit.

CORNEL NISTORESCU: E poveste cu afacerile cu energie pentru... în care e bagată Elena Udrea și cu ăștia și cu psihologul Stolojan.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Așa...

CORNEL NISTORESCU: Povestește Nastasiu. Si ăștia de la Realitatea o au și nu vor s-o dea. Si caseta este de două zile la Realitatea, cu lucruri mult mai complicate. Și Popa a refuzat să o dea. Ți-a spus?

SORIN OVIDIU VÂNTU: Dar nu-și asumă..., știu, tati, dar nu-și asumă, zii să-i spun, scriitorul cărții, am uitat cum îl cheamă.

CORNEL NISTORESCU: Ba își asumă, cum să nu!

SORIN OVIDIU VÂNTU: Ei, dacă îți spun că nu-și asumă... Că m-a întrebat Cătălin.

Uite, avem așa, așa. Și am spus bă, dacă își asumă autorul cărții interviul și cu Nastasiu, dați-i drumul. Dacă nu, ăștia se întorc mâine și spun că au făcut o gluma. Și nici unul din cei doi nu au vrut să confirme, nu au vrut să-și asume. De-aia nu am dat pe Realitatea.

CORNEL NISTORESCU: Da, dar e imagine video cu ăla care declară chestia asta.

SORIN OVIDIU VÂNTU: Mai, tati, nu ai înțeles, am făcut o glumă, domnule, ne-am jucat între noi! Poate să apară orice. Trebuia cei doi să confirme la telefon, nici unul nu a confirmat, nu și-a asumat, pardon. Ală, tu îți asumi interviul? Tu îți asumi declarația? ăsta voia 50 000 euro să-și asume aia. Dă-te-n moașa-ta! Nu pot să dau bani pe așa ceva. Nu că e vorba de 50 000, dar nu pot să dau bani, că după aia încep alte povești".

3.2. Reacția societății civile

După apariția în presă a mai multor stenograme din dosarul Vântu care nu au legătură cu fapta ce formează obiectul cercetării penale, reacțiile diferitelor organizații civice pentru apărarea drepturilor omului, ale juriștilor și chiar ale persoanelor care apar în transcripturi, nu au întârziat să apară.

Alianța pentru statul de drept, respectiv ActiveWatch - Agenția de Monitorizare a Presei reprezentată de Mircea Toma, Asociația Pro Democrația reprezentată de Cristian Pârvulescu, Centrul de Resurse Juridice reprezentat de Georgiana Iorgulescu, Transparency International România reprezentat de Victor Alistar, a dat o declarație de presă în data de 21 octombrie referitor la dezbateră publică declanșată de publicarea stenogramelor unor convorbiri telefonice în mass-media, prin care afirmă că într-un stat de drept:

1. "Publicarea stenogramelor pune în evidență intervenția inacceptabilă a unor patroni de media în activitatea jurnalistică afectând libertatea de expresie și dreptul publicului la informare corectă, ambele garantate de Constituție.

2. Dezvăluirea de către Parchet către media a discuțiilor telefonice purtate de niște persoane particulare, fără legătură cu fapta penală, constituie o ilegalitate, aducând atingere dreptului la viață privată precum și a dreptului la imagine a persoanei; astfel de interceptări se arhivează la sediul parchetului (art.91² alin. 4 C. pr. Pen.) urmând a fi distruse la soluționarea definitivă a cauzei.

3. Nu se folosesc drept pretext dosare penale în lucru ori la instanță pentru ca, prin intermediul lor, să poată fi lovite, pe criterii de moralitate, și alte persoane. A păstra înregistrarea, a face transcrierea a strecura în spațiul public discuțiile care reliefează opiniile și acțiunile politice (chiar imorale fiind) ale unor persoane este exemplul de manual de pervertire politică a instituțiilor statului. Aceste instrumente sunt folosite și în alte cazuri, fiind afectat principiul libertăților constituționale, indiferent de subiecții la care se face referire, prin utilizarea abuzivă a pârghiilor de putere.

4. Se atrage atenția parlamentarilor și factorilor de decizie în aprobarea strategiei naționale de securitate că publicarea stenogramelor nu poate fi invocată ca argument care să justifice, menținerea

campaniilor media ca vulnerabilitate la adresa siguranței naționale, fapt pentru care s-a constituit o plângere adresată Comisiei de petiții a Parlamentului European. (...)”⁶

În această declarație se condamnă și pasivitatea organelor statului care trebuiau să reacționeze la modul de instrumentare al instrucției penale, pentru apărarea ordinii constituționale și îndeplinirea funcțiilor lor, indiferent de circumstanțele politice. Consiliul Superior al Magistraturii ar fi avut ocazia să se autosesizeze cu privire la modul în care unii magistrați, care ar fi trebuit să asigure respectarea prevederilor codului de procedură penală (făcându-se aici trimitere la art. 91² alin. C.pr. pen), au acționat.

Se consideră că nici Parchetul General nu se simte vizat de deschiderea unei investigații în baza prevederilor legale (făcându-se trimitere la art.249 C.pen.) existente în raport cu aceste fapte. Se constată că România se află în delicata poziție de a nu mai respecta criteriile politice de la Copenhaga, constatare bazată pe probele produse chiar de către autoritățile statului și de inacțiunea instituțiilor care au fost create cu rolul de garant.

Este, deci, o încălcare flagrantă a legii în baza a două articole: art.91² alin 4 C. pr. Pen. cu privire la convorbirile sau comunicările interceptate și înregistrate care nu privesc fapta ce formează obiectul cercetării sau nu contribuie la identificarea ori localizarea participanților; și art. 249 C.pen. cu privire la neglijența în serviciu. Cu alte cuvinte, prin fapta funcționarului public ce a constatat în inacțiunea de a nu șterge sau de a nu distruge convorbirile sau comunicările interceptate și înregistrate care nu privesc fapta ce formează obiectul cercetării, s-a adus o vătămare importantă intereselor legale ale unei persoane.

3.3. Răspunsul Tribunalului București

Biroul de presă al Tribunalului București respinge speculațiile de presă potrivit cărora stenogramele din dosarul Vântu ar fi ajuns la opinia publică sub forma de documente eliberate oficial de Tribunal.⁷

Într-un comunicat remis presei în data de 20 octombrie 2010, se arată că "Dosarul nr. 49702/3/2010 privind pe inculpații Sorin Ovidiu Vântu, Octavian Turcanu și Stoian P. Alexandru a fost înregistrat la Tribunalul București în data de 14.10.2010(...) Dosarul a devenit accesibil în arhiva Secției II-a Penale începând cu data de 18.10.2010 ora 9.00, moment cu care presa a putut să înceapă studiul documentelor cu caracter de informație de interes public din dosar, cu limitarea pusă în vedere de către conducătorul Biroului de informare și relații publice de respectare a tuturor datelor cu caracter personal cuprinse în o serie de documente".

De asemenea, în comunicat se mai precizează că "De la 14.10.2010 și până în prezent Tribunalul București nu a aprobat pentru niciun reprezentant mass media o cerere de fotocopiere a vreunui document din dosarul penal sus menționat".

În plus, "nu s-a pus problema eliberării niciunui transcript din acest dosar către reprezentanții mass media".

Pentru o înțelegere mai precisă și o încadrare corectă a faptelor, se impune analiza conținutului constitutiv al infracțiunii de neglijență în serviciu conform Codului Penal în vigoare, și în lumina schimbărilor care planează asupra legislației penale, conform viitorului Cod Penal.

CAPITOLUL IV

Neglijența în serviciu

4.1. Infracțiunea de neglijență în serviciu conform Codului penal în vigoare

Potrivit art. 249 alineatul 1 din Codul penal în vigoare, constituie infracțiunea de neglijență în serviciu în varianta tip, "încălcarea din culpă, de către un funcționar public, a unei îndatoriri de

⁶ <http://www.activewatch.ro/stiri/FreeEx/Stenogramele-din-dosarul-Vintu-280.html>

⁷ <http://www.ziare.com/sorin-ovidiu-vantu/stenograma/tribunalul-bucuresti-stenogramele-din-dosarul-vintu-nu-au-fost-date-presei-de-instanta-1050211>

serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei defectuoasă, dacă s-a cauzat o tulburare însemnată bunului mers al unui organ sau al unei instituții de stat ori al unei alte unități din cele la care se referă art. 145 sau o pagubă patrimoniului acesteia ori o vătămare importantă intereselor legale ale unei persoane”.⁸ Neglijența în serviciu în varianta agravată există numai dacă fapta prevăzută în alin. 1 a avut consecințe deosebit de grave.

În cazul infracțiunii de neglijență în serviciu obiectul juridic special este complex și constă, pe de o parte, în relațiile sociale privitoare la desfășurarea în bune condițiuni a activității oricărui organ, instituții publice sau alte unități din cele la care se referă art. 145 C.pen., iar pe de altă parte, și în relațiile sociale referitoare la interesele legale ale cetățenilor.

Prin incriminarea acestei fapte s-a avut în vedere buna desfășurare a activității de serviciu care presupune îndeplinirea corectă și cu conștiinciozitate de către funcționarii publici, precum și de către ceilalți funcționari, a îndatoririlor profesionale, în scopul de a nu se vătămă interesele publice ori interesele legale ale cetățenilor.

Obiectul material la această infracțiune, de regulă lipsește. În situația în care neglijența în serviciu s-a comis asupra unui lucru (bun), de exemplu, redactarea defectuoasă a unui înscris, neglijența în întrebuițarea unor bunuri (aparate, mașini, etc) atunci acel lucru va constitui obiectul material al infracțiunii.

Subiectul activ nemijlocit (autor) al infracțiunii de neglijență în serviciu poate fi numai persoana determinată generic de textul incriminator prin calitatea de “funcționar public” sau “alt funcționar”.

Conform articolului 147 din Codul Penal, prin “funcționar public” se înțelege orice persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natură, retribuită sau nu, în serviciul unei unități dintre cele care se referă art. 145. Prin termenul de “funcționar” se înțelege persoana menționată anterior precum și orice salariat care exercită o însărcinare, în serviciul unei alte persoane juridice decât cele prevăzute în același articol.

Participația penală, în cazul neglijenței în serviciu, nu este posibilă. Poate exista, însă, o participație improprie când instigatorii și complicii – care pot să nu aibă calitatea prevăzută de lege pentru subiectul activ calificat- vor răspunde penal numai dacă au determinat, înlesnit sau ajutat cu intenție pe autor la comiterea neglijenței în serviciu.

Subiectul pasiv poate fi un organ sau instituție de stat sau o altă unitate din cele prevăzute în art. 145. C. pen., căreia prin fapta subiectului activ i s-a cauzat o tulburare însemnată bunului mers ori o pagubă patrimoniului acesteia, cât și persoana căreia i s-a cauzat o vătămare importantă a intereselor legale.

Infracțiunea de neglijență în serviciu, constă, sub aspectul laturii obiective, în încălcarea unei îndatoriri de serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei defectuoasă, încălcare ce a produs una din urmările prevăzute în textul legii.

Prin “îndatorire de serviciu” se înțelege tot ceea ce cade în sarcina unui funcționar public sau a altui funcționar, potrivit normelor care reglementează serviciul respectiv. Aceste norme sunt variate și sunt cuprinse în legi, hotărâri ale Guvernului, regulamente, instrucțiuni etc. Unele dintre ele stabilesc îndatoriri cu caracter general, adică îndatoriri care revin tuturor funcționarilor, iar altele prevăd îndatoririle specifice fiecărei categorii de funcționari. Întrucât existența infracțiunii este condiționată de încălcarea unei îndatoriri de serviciu, iar îndatoririle de serviciu sunt prevăzute în diferite acte normative, este necesar să se stabilească în fiecare caz, pe baza actelor normative respective, dacă făptuitorul a avut sau nu îndatorirea a cărei încălcare i se impută.

⁸ Potrivit articolului 145 din Codul penal, prin termenul “public” se înțelege tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii sunt de interes public.

S-a pus problema dacă dispozițiile individuale date unui funcționar de către organul ierarhic superior constituie pentru acesta o îndatorire de serviciu și dacă, în consecință, încălcarea din culpă a unei asemenea dispoziții poate realiza conținutul infracțiunii de neglijență în serviciu. Problema a fost soluționată în sensul că, atunci când dispoziția dată de organul ierarhic superior se întemeiază pe o prevedere a legii a cărei aplicare, intră în competența sa, această dispoziție constituie o îndatorire de serviciu pentru subordonat, astfel încât nerespectarea ei din culpă angajează răspunderea penală pentru infracțiunea de neglijență în serviciu.

Prin “încălcarea unei îndatoriri de serviciu” se înțelege nerespectarea, neluarea în seamă a unei asemenea îndatoriri. Elementul material al infracțiunii constă, potrivit art. 249 alin.1 C. pen., fie într-o inacțiune – neîndeplinirea unei îndatoriri, fie într-o acțiune – îndeplinirea ei în mod defectuos. În cazul neîndeplinirii unei îndatoriri de serviciu, făptuitorul dând dovadă de pasivitate, omite efectuarea unei sarcini de serviciu. Omisiunea săvârșită poate fi totală, atunci când făptuitorul nu-și îndeplinește în întregime îndatorirea de serviciu, sau parțială, atunci când si-o îndeplinește numai în parte. De asemenea, omisiunea făptuitorului poate privi o singură îndatorire de serviciu sau mai multe asemenea îndatoriri. În cazul îndeplinirii în mod defectuos a unei îndatoriri de serviciu, făptuitorul își îndeplinește îndatorirea, dar altfel de cum s-ar fi convenit să o îndeplinească.

Încălcarea unei îndatoriri de serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei în mod defectuos, pentru a constitui infracțiunea de neglijență în serviciu, trebuie să aibă ca urmare imediată o tulburare însemnată bunului mers al unui organ sau instituții de stat ori al unei alte unități din cele la care se referă art.145 sau o pagubă patrimoniului acesteia ori o vătămare importantă a intereselor legale ale unei persoane.

Urmările care, potrivit art. 249 alin.1 C.pen., atribuie caracter penal încălcării din culpă a unei îndatoriri de serviciu sunt prevăzute de legiuitor în mod alternativ. În consecință, pentru existența infracțiunii este suficient ca fapta să producă una dintre aceste urmări.

Vătămarea intereselor legale ale unei persoane presupune orice încălcare, orice atingere, fie ea fizică, morală sau materială, adusă intereselor protejate de Constituție și de legile în vigoare, potrivit cu Declarația Universală a Drepturilor Omului. Așadar, gama intereselor (dorința de a satisface anumite nevoi, de preocuparea de a obține un anumit avantaj etc) la care face referire textul legal este foarte largă, ea incluzând toate posibilitățile de manifestare ale persoanei potrivit cu interesele generale ale societății pe care legea i le recunoaște și garantează. Este totuși necesar ca fapta să prezinte o anumită gravitate. În caz contrar, neexistând gradul de pericol social al unei infracțiuni, fapta atrage, după caz, numai răspunderea administrativă sau disciplinară.

Referitor la “vătămarea intereselor legale ale unei persoane” trebuie subliniat că infracțiunea subzistă numai atunci când vătămarea prezintă o anumită importanță pentru persoana vătămată, neavând relevanță dacă prejudiciul este evaluabil în bani sau nu.⁹

Pentru a fi întrunite cerințele prevăzute de lege, este necesar ca, între acțiunea sau inacțiunea care constituie elementul material al infracțiunii și urmările produse, să existe o legătură de cauzalitate, aflându-ne în fața unei fapte de rezultat.

Infracțiunea de neglijență în serviciu presupune, sub aspectul laturii subiective, vinovăția făptuitorului sub forma culpei, care poate fi simplă sau cu previziune. În cazul culpei simple, făptuitorul nu prevede urmarea faptei sale, deși putea și trebuia să o prevadă, iar în cazul culpei cu previziune, el prevede posibilitatea survenirii urmării, dar crede fără temeii că aceasta nu se va produce. Posibilitatea făptuitorului de a prevedea urmarea faptei sale nu se apreciază în raport cu o unitate de măsură abstractă, care este cea a “omului mijlociu”, ci în raport cu împrejurările concrete în care a fost săvârșită fapta, precum și în raport cu persoana făptuitorului (pregătirea și deprinderile sale profesionale, experiența pe care o are în munca respectivă, etc).¹⁰

⁹ Dobrinou Vasile, Neagu Norel – Drept Penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară, p. 435

¹⁰ Loghin Octavian, Toader Tudorel - Drept Penal Român. Partea specială, p. 349

Neglijența în serviciu, fiind o infracțiune comisă din culpă, nu este susceptibilă de tentativă. Consumarea infracțiunii are loc în momentul în care se produce rezultatul socialmente periculos, mai precis, în momentul când s-a executat acțiunea prevăzută de legea penală sau în momentul în care a expirat termenul în care actul trebuia să fie executat și s-a produs vreuna din urmările imediate ale faptei.

Fapta este susceptibilă de forma continuă, nu și de forma continuată, aceasta din urmă fiind incompatibilă cu infracțiunile săvârșite din culpă.

Infracțiunea analizată există în formă agravată dacă fapta a avut consecințe deosebit de grave, respectiv a produs o pagubă mai mare de 200.000 lei sau o perturbare deosebit de gravă a activității cauzată unei autorități publice sau oricăreia dintre unitățile la care se referă art.145, ori altei persoane juridice sau fizice.

În varianta simplă, neglijența în serviciu se pedepsește cu închisoare de la o lună la 2 ani sau cu amendă când infracțiunea este săvârșită de un funcționar public. Potrivit art. 258 C. pen., dacă fapta este comisă de un funcționar, maximul pedepsei se reduce cu o treime.

În varianta agravată, pedeapsa este închisoare de la 2 la 10 ani, când infracțiunea este săvârșită de un funcționar public, iar când este comisă de alți funcționari, maximul pedepsei se reduce cu o treime.

În cazul acestei infracțiuni, acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu.

4.2. Infracțiunea de neglijență în serviciu conform viitorului Cod penal

Viitorul Cod Penal (legea nr.286/2009) prevede în Capitolul al II-lea din Titlul V, referitor la infracțiuni de corupție și de serviciu, la articolul 298 infracțiunea de neglijență în serviciu.

Infracțiunea își modifică conținutul legal, astfel că prin neglijență în serviciu ne vom referi la : “ încălcarea din culpă, de către un funcționar public, a unei îndatoriri de serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei defectuoasă, dacă prin aceasta se cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice.”

Obiectul juridic special este diferit, și se referă la ansamblul relațiilor sociale care se constituie și se desfășoară în legătură cu drepturile și interesele legitime ale persoanelor fizice și juridice.

Subiectul activ nemijlocit al infracțiunii de neglijență în serviciu este tot persoana determinată generic de textul incriminator prin calitatea de “funcționar public”. Însă noțiunea de “funcționar public” este, în sensul noii legi penale, persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație:

- Exercițiu atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești;
- Exercițiu o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură
- Exercițiu, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regiuni autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat ori al unei persoane juridice declarate ca fiind de utilitate publică, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia.

De asemenea, este considerată funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.

Subiectul pasiv devine acum o persoană fizică sau o persoană juridică, căreia prin fapta subiectului activ i s-a cauzat o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor sale legitime.

Infracțiunea de neglijență în serviciu, constă sub aspectul elementului material al laturii obiective, în încălcarea unei îndatoriri de serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei defectuoasă, încălcare prin care s-a realizat una din urmările stabilite prin textul incriminator.

Pentru a fi în prezența unei infracțiuni de neglijență în serviciu, este necesar ca fapta comisă să fi avut ca urmare imediată o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei

persoane fizice sau ale unei persoane juridice. De asemenea, între acțiunea sau inacțiunea care constituie elementul material al infracțiunii și urmările produse, să existe o legătură de cauzalitate.

Forma de vinovăție a laturii subiective, este evident, tot culpa posibilă în cele două forme ale sale: cu prevedere (ușurința) sau simplă (neglijența).

Viitorul Cod Penal prevede o sancțiune mai mare pentru varianta simplă, comparativ cu cea prevăzută de actualul Cod Penal, respectiv închisoare de la 3 luni la 3 ani sau amendă.

Pentru varianta agravată a infracțiunii, prevăzută în art. 309, dacă faptele au produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu jumătate.

În raport cu dispozițiile din Codul Penal în vigoare, dispozițiile din viitorul Cod Penal sunt mai favorabile sub unele aspecte și mai puțin favorabile sub alte aspecte. Astfel, în ceea ce privește elementele infracțiunii, dispozițiile art. 298 din viitorul Cod Penal sunt mai favorabile infractorului deoarece prevăd nu mai prevăd condiții care sunt prezente actual Cod Penal, respectiv cauzarea unei tulburări însemnate a bunului mers al unui organ sau al unei instituții de stat ori al unei alte unități din cele la care se referă art.145 sau o pagubă patrimoniului acesteia. Dacă este vorba de vătămarea intereselor legale ale unei persoane, mai favorabile sunt dispozițiile Codului penal în vigoare, deoarece pentru incriminarea ca neglijență în serviciu este necesar ca vătămarea să fie importantă (condiție care lipsește din viitorul Codul Penal).

CAPITOLUL V

Opiniile unor juriști și ONG-uri cu privire la Dosarul Vântu

Jurista Georgiana Iorgulescu de la Centrul de Resurse Juridice spune că acele convorbiri nu trebuiau să fie făcute publice, considerând că angajații lui Vântu nu au avut nici o treabă cu infracțiunea pentru care e judecat patronul lor. Tocmai de aceea, cu toate că au fost și ei înregistrați în demersul procurorilor, identitatea și intimitatea lor trebuiau protejate. „Există terți în aceste stenograme. Acești oameni nu au făcut nici o infracțiune în acest caz, iar apariția în mass-media a convorbirilor lor private nu este deloc OK. Identitatea și intimitatea lor trebuiau protejate. Acele transcripturi în care sunt implicați acești terți nu trebuiau să apară în acel dosar. În dosarul întocmit se păstrează transcripturile convorbirilor dintre cei care sunt învinuiți că săvârșesc infracțiunea, nu și convorbirile cu terți, care nu comit nici o infracțiune. Ei nu trebuiau să apară în presă”.

Mircea Toma, membru al Active Watch, ONG ce se ocupă cu libertatea de exprimare, este de părere că e bine că au apărut aceste stenograme, pentru că astfel vede și publicul cum percepe SOV libertatea expresiei. „Pentru libertatea de exprimare, pentru public e foarte important că vedem acum aceste discuții, chiar cu riscul de forțare a legalității. Pentru că noi vedem acum ce se întâmplă în bucătăria unui mogul. Vedem cum înțelegea el libertatea de exprimare. Deci, să avem grijă să nu substituim discursul public cu discursul unui mafiot”. „Propun jurnaliștilor care se simt lezați (de apariția în stenograme) să facă plângere.”

Directorul executiv al Centrului pentru Jurnalism Independent, Ioana Avădani, într-o discuție cu Brăduț Ulmanu, pe blogul acestuia din urmă, susține că i se pare „extrem de problematică păstrarea stenogramelor unor convorbiri interceptate – presupunem legal – dar care nu au relevanță” la caz” – în speță, favorizarea infractorului”. Tot Ioana Avădani afirmă că înregistrările și stenogramele trebuiau fie distruse, fie păstrate extrem de bine până la finalizarea procesului, și distruse după aceea.

Conform Clubului Român de Presă „stenogramele Vântu sunt stânjenitoare pentru orice jurnalist sau om de presă care se luptă să își facă meseria profesionist și onorabil. Din păcate, demonstrează că sunt printre ai noștri persoane care acceptă și participă la un rău făcut cu mână proprie. Le cer colegilor mei din mass-media să fim conștienți și uniți în apărarea valorilor și eticii și în a lua distanță ferm de cei care nu ne fac onoare și din cauza cărora statutul de jurnalist este pus la index“, a declarat Indira Crasnea, președinta CRP.

Parlamentarii juriști sunt de părere că stenogramele discuțiilor lui Sorin Ovidiu Vîntu cu jurnaliștii și cu oamenii politici nu au nici o legătură cu cauza din dosar, iar ele au fost date presei spre publicare abuziv, pentru a compromite anumiți politicieni. Ei au mai spus, de asemenea, că dosarul nu este public, iar cei care au dat presei stenogramele sunt imorali și au încălcat legea.

Social-democratul Toni Greblă, președintele Comisiei juridice de la Senat, a declarat că prezența acestor stenograme în dosar sunt “evident” un abuz, pentru că nu au nici o legătură cu cauza. El a adăugat că acestea nu au legătură nici măcar cu caracterizarea inculpatului. “Sunt alte metode pentru caracterizarea inculpatului, cum ar fi declarațiile martorilor, înscrisurile, fapte relatate instanței care pot să creeze un profil”, a mai spus senatorul. “Într-o justiție cu adevărat liberă și profesionistă, cei care au făcut acest abuz, acela de a da spre publicare stenogramele, ar trebui să suporte rigorile legii, iar cei ale căror nume apar în stenograme, ziariștii și politicienii, ar trebui să-i dea în judecată pentru a primi daune morale. Este pentru prima dată când se constituie un abuz de drept grosolan prin includerea într-un dosar a unor astfel de stenograme”.

Un alt membru al Comisiei juridice de la Senat, Dan Șova, a spus că nu este normal ca astfel de stenograme să apară în dosarul lui Sorin Ovidiu Vîntu pentru că nu au nici o legătură cu infracțiunea de care acesta este acuzat. “Dacă am fi la Curtea Regală de la Londra, acei oameni care apar în stenograme ar putea să reclame că a fost un abuz și să și câștige. În România, procurorii vor găsi oricând legături între stenograme și caz deși este evident că ele nu există”. Șova a precizat că publicarea acestor stenograme are un scop strict politic, că servește Puterii și președintelui Traian Băsescu, care trec printr-o perioadă dificilă la compromiterea Opoziția. “Stenogramele alea demonstrează tot ce vrea Traian Băsescu”, adăugând că nu apariția lor este o problemă, ci faptul că cei de la Putere s-au folosit de Justiție pentru a-și face jocurile politice.¹¹

CONCLUZII

Prin prezenta lucrare mi-am propus înțelegerea unui fenomen tot mai des întâlnit în peisajul juridic românesc și încadrarea sa legală. Apariția în presă a interceptărilor și înregistrărilor audio sau video a devenit un subiect tot mai important și actual de dezbateră a societății civile. Nu de puține ori credibilitatea și legalitatea actului de justiție sunt puse la îndoială.

În actualele condiții ale societății noastre, promovarea riguroasă a legalității în toate sectoarele vieții nu este un aspect aleatoriu ci constituie un proces necesar, obiectiv de dezvoltare a acesteia.

Pentru a afla adevărul, organele de urmărire penală și instanța de judecată au îndatorirea de a elucida cauza sub toate aspectele, pe bază de probe. Între mijloacele de probă prin care se constată elementele de fapt ce pot servi ca probă se regăsesc și înregistrările audio sau video.

După analizarea condițiilor și cazurilor de interceptare a convorbirilor sau comunicărilor efectuate prin telefon sau prin orice mijloc electronic de comunicare, am prezentat dosarul, foarte mediatizat, al omului de afaceri Sorin Ovidiu Vîntu.

Dezvăluirea discuțiilor telefonice purtate de inculpat cu persoane particulare, fără legătură cu fapta penală, constituie o ilegalitate, o încălcare a legii în baza a două articole: art.91² alin 4 C. pr. Pen. cu privire la convorbirile sau comunicările interceptate și înregistrate care nu privesc fapta ce formează obiectul cercetării sau nu contribuie la identificarea ori localizarea participanților; și art. 249 C. pen. cu privire la neglijența în serviciu. Pentru o înțelegere mai precisă și o încadrare corectă a faptelor, am prezentat conținutul constitutiv al infracțiunii de neglijență în serviciu conform Codului Penal în vigoare, și conform viitorului Cod Penal.

Achiesez și eu la opinia majoritară și consider că dacă stenogramele nu avut legătură cu infracțiunea de favorizare a infractorului și nici nu au condus la localizarea persoanelor care au comis

¹¹ <http://www.puterea.ro/news10521/Cum-se-vad-stenogramele-SOV-dinspre-societatea-civila-Dreptul-la-viata-privata-pus-sub-semnul-intrebarii.htm>

infracțiunea, atunci, în mod normal, ele nu ar fi trebuit depuse la dosar. Atunci când o persoană este interceptată pentru o presupusă infracțiune, pe lângă dovezile necesare, se mai înregistrează și alteceva. Însă, ceea ce nu face obiectul cauzei, cum sunt discuțiile private sau intimitățile, se păstrează într-un plic sigilat la parchet și se asigură confidențialitatea lor. Trebuie avut în vedere că publicarea în mass-media a stenogramelor depuse la dosar, în timpul urmăririi penale, poate determina reacții publice, care la rândul lor pot influența bunul mers al procesului penal.

Inexistența unui cadru legal concis impune o clarificare imediată și găsirea unor soluții punctuale la acest fenomen întâlnit tot mai des în peisajul juridic.

Deși viitorul Cod Penal este elaborat pe baza unor serii de neajunsuri puse în evidență de practica și doctrina actuală, evoluția continuă a practicii judiciare într-o eră digitală, obligă la o reglementare mai precisă și o protecție sporită a drepturilor omului. De lege ferenda, propun ca legiuitorul să aibă în vedere atunci când incriminează neglijența în serviciu, vătămarea intereselor legitime ale persoanei fizice prin publicarea sau punerea în circulație prin orice modalitate a unor înscrisuri sau probe realizate de organele de cercetare penală, din culpă, de natură a influența buna desfășurare a procesului penal.

Referințe Bibliografice

Tratate, Cursuri universitare

- Dobrinoiu Vasile, Neagu Norel – Drept Penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară – editura Wolters Kluwer, București, 2008
- Loghin Octavian, Toader Tudorel - Drept Penal Român. Partea specială. Ediția a IIIa- Casa de editură și Presă Șansa S.R.L., București, 1998
- Neagu Ion – Tratat de procedură penală. Partea generală – editura Universul Juridic, București 2008
- Turian Corneliu – Insulta și calomnia prin presă – editura All Beck, București 2000
- Vintilă Dongoroz, Kahane Siegfried, Oancea Ion, Fodor Iosif, Iliescu Nicoleta, Bulai Constantin, Stănoiu Rodica, Roșca Victor – Explicații Teoretice ale Codului Penal Român. Partea Specială volumul IV – editura All Beck, București 2003

Legislație

- Codul Penal
- Noul Cod Penal 2009 – Legea nr.286/2009
- Codul de Procedură Penală

Site-uri vizitate

- www.activewatch.ro
- www.mediafax.ro
- www.puterea.ro
- www.ziare.com

DEȚINEREA ILEGALĂ A ARMELOR ȘI MUNIȚIILOR

Mihăiță Constantin LITRĂ*

Abstract

In accordance with art.3 of Law no. 295/2004 regarding weapons and ammunition Romanian General Police Inspectorate is the competent authority controlling the possession, carrying and using weapons and ammunition, as well as on the operations of arms and ammunition. Military weapons may be possessed and used only by specialized structures that are competent defense, public order and national security. Lethal weapons can be held or, where appropriate, worn and used by individuals under permit only weapons, and by legal persons can be held and used only under permit issued under the law 295/2004.

Cuvinte cheie: armă, muniție, procurare, deținere, folosire.

Introducere

Regimul juridic al armelor și munițiilor este reglementat de Legea nr. 295/2004.

În conformitate cu prevederile art. 279 alin. (1) C.pen., infracțiunea de nerespectare a regimului armelor și munițiilor constă în deținerea, portul, confecționarea, transportul, precum și orice operație privind circulația armelor și munițiilor sau funcționarea atelierelor de reparat arme fără drept.

Potrivit alin. (2) al art. 279 C.pen, varianta asimilată constă în nedepunerea armei sau a muniției în termenul fixat de lege la organul competent de către cel căruia i s-a respins cererea pentru prelungirea valabilității permisului.

În alin. (3) sunt prevăzute două variante agravate ale infracțiunii, respectiv:

a) deținerea, înstrăinarea sau portul fără drept de arme ascunse ori arme militare, precum și a muniției pentru astfel de arme;

b) deținerea, înstrăinarea sau portul fără drept a mai multor arme cu excepția celor prevăzute la lit. a) precum și a armelor de panoplie, ori muniției respective în cantități mari.

Potrivit alin. (3)¹ constituie infracțiune într-o variantă mai gravă portul de arme fără drept, în localul unităților de stat sau a altor unități la care se referă art. 145, la întruniri publice ori în localuri de alegere.¹

I. Noțiunea de armă

Prin cuvântul „armă” se înțelege orice dispozitiv a cărui funcționare determină aruncarea unui sau mai multor proiectile, substanțe explozive, aprinse sau luminoase, amestecuri incendiare, ori împrăștierea de gaze nocive, iritante sau de neutralizare. Arma de foc este acea armă al cărei principiu de funcționare are la bază forța de expansiune dirijată a gazelor provenite din detonarea unei capse ori prin arderea unei încărcături; sunt asimilate armelor de foc și ansamblurile, subansamblurile și dispozitivele care se pot constitui și pot funcționa ca arme de foc. Muniția reprezintă ansamblu format din proiectil și, după caz, încărcătura de azvârlire, capsă de aprindere, precum și celelalte elemente de asamblare care îi asigură funcționarea și realizarea scopului urmărit.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. dr. Alexandra Cristina Jipa(e-mail: alexandrajipa@gmail.com).

¹ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal, Partea specială, Teorie și practică judiciară, Wolters Kluwer, p. 617.

Armele militare sunt arme destinate uzului militar, armele de apărare și pază sunt arme de foc scurte, omologate sau recunoscute în condițiile prevăzute de lege, destinate să asigure apărarea vieții, integrității și libertății persoanelor fizice, precum și bunurilor aparținând persoanelor fizice sau juridice.

Autorizația de procurare a armelor letale se acordă persoanelor fizice dacă îndeplinesc, cumulativ, următoarele condiții:

- a. au împlinit vârsta de 18 ani;
- b. dovedesc necesitatea procurării armelor, în funcție de destinația acestora, prin documente justificative stabilite în normele metodologice de aplicare a prezentei legi;
- c. nu au fost condamnate, prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă, la o pedeapsă privativă de libertate mai mare de 1 an, pentru infracțiuni comise cu intenție;
- d. nu sunt învinuite sau inculpate în cauze penale pentru fapte săvârșite cu intenție, prevăzute în Codul penal, Partea specială, titlurile I - III, titlurile X și XI și la art. 239, 264, 266 - 272, 279 - 281, 312 și 317 - 322, de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 105/2001 privind frontiera de stat a României, aprobată cu modificări prin Legea nr. 243/2002, cu modificările și completările ulterioare, de Legea nr. 143/2000 privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri, cu modificările și completările ulterioare, de prezenta lege, precum și pentru orice alte infracțiuni săvârșite cu violență;
- e. sunt apte din punct de vedere psihologic și medical și nu suferă de alte afecțiuni stabilite prin ordin al ministrului sănătății, care ar putea pune în pericol propria viață sau a altora, dacă ar deține sau ar folosi arme și muniții;
- f. nu prezintă pericol pentru ordinea publică, siguranța națională, viața și integritatea corporală a persoanelor, conform datelor și informațiilor existente la organele competente;
- g. au absolvit un curs de instruire teoretică și practică, organizat de o persoană juridică autorizată pentru această activitate, în condițiile prevăzute în normele metodologice de aplicare a prezentei legi;
- h. nu au săvârșit vreuna dintre contravențiile pentru care legea prevede revocarea dreptului de procurare, deținere sau, după caz, port și folosire a armelor;
- i. nu au pierdut, anterior, arme letale, din motive imputabile lor, procurate în condițiile prezentei legi.²

Autorizația de procurare a armei, permisul de armă, atestatul de colecționar, autorizația temporară de transport și folosire a armei, certificatul de deținător și pașaportul european pentru arme de foc se eliberează de către Direcția Generală de Poliție a municipiului București, inspectoratele județene de poliție în a căror rază teritorială își are domiciliul solicitantul, precum și de către Inspectoratul General al Poliției Române.

Titularul autorizației de procurare a armelor poate procura, în termenul de valabilitate a acesteia, tipul de armă și cantitatea înscrise în document, de la orice armurier autorizat să comercializeze în România arme letale, precum și de la orice persoană din străinătate autorizată, care comercializează în condițiile legii din țara în care se află, arme din această categorie. Procurarea armelor de la altă persoană fizică sau juridică se poate face numai prin intermediul unui armurier. Persoanele care îndeplinesc o funcție de demnitar sau care implică exercițiul autorității publice pot procura arme de apărare și pază și de la instituțiile în care sunt încadrate sau, după caz, le pot primi în dar sau recompensă de la aceste instituții, în condițiile stabilite prin ordin al conducătorului instituției respective. Persoanele incluse într-un program de protecție a martorilor pot procura arme de apărare și pază numai prin intermediul Oficiului Național pentru Protecția Martorilor, în condițiile stabilite prin ordin al Ministrului Administrației și Internelor.

Persoana care a procurat, în condițiile legii, arme letale, are obligația ca, în termen de 10 zile de la data procurării, să se prezinte la organul de poliție în a cărui rază de competență se află

² http://www.politiaromana.ro/compartimentul_arme.htm

domiciliul sau, după caz, reședința acestuia, în vederea solicitării acordării permisului de armă sau, după caz, pentru înscrierea armei în permisul de armă al cărui titular este deținătorul. În cazul în care arma a fost procurată din străinătate, termenul curge de la data introducerii acesteia în România, certificată prin documentele vamale.

Dreptul de deținere a armei se poate acorda numai pentru armele de vânătoare, de tir, de colecție sau de autoapărare și conferă titularului posibilitatea de a păstra arma la domiciliul sau reședința înscrisă în documentul de identitate. Dreptul de a purta și folosi arme se poate acorda numai pentru armele de apărare și pază, de vânătoare și de tir și conferă titularului posibilitatea de a purta asupra sa arma și de a o folosi în scopul pentru care a fost autorizată procurarea acesteia, precum și în caz de legitimă apărare sau stare de necesitate.³

II. Regimul armelor

Deținerea reprezintă o anumită poziție a bunului, în cazul de față a armei, de a se afla la dispoziția persoanei care o deține. Nu este vorba de un drept de dispoziție cu semnificație juridică, ca atribut al dreptului de proprietate, ci de posibilitatea de a dispunde în fapt de arma respectivă. Deținerea armelor și munițiilor înseamnă primirea și păstrarea acestora, indiferent dacă deținătorul a dobândit armele sau munițiile și le deține pentru el sau pentru altul. Nu are importanță mijlocul sau împrejurarea prin care făptuitorul a dobândit arme sau muniții (au fost împrumutate, cumparate, furate).

Purtarea de arme sau muniție presupune ca făptuitorul să aibă asupra sa arme sau muniții, neavând relevanță perioada de timp cât durează purtarea lor.

În literatura de specialitate s-a afirmat că pentru a fi considerat port de armă trebuie ca arma purtată să fie încărcată sau ca persoana care o poartă să aibă asupra sa și muniție, spre deosebire de deținerea de arme care poate privi și arme neîncărcate, neinteresând pentru existența elementului material dacă portul de arme sau muniții este pe față sau pe ascuns.

S-a decis că din cuprinsul actelor normative în vigoare cât și din conținutul art. 279 C. pen., nu rezultă nici o dispoziție din care să reiasă o asemenea cerință (ca arma să fie încărcată sau ca persoana care o poartă să aibă asupra sa și muniția).⁴ Pe de altă parte, faptul de a purta o armă, chiar neîncărcată, prezintă pericol, o asemenea armă putând avea efectul de intimidare pe care-l presupune folosirea armelor în aceeași măsură ca și o armă încărcată. De altfel, ar fi illogic ca transportul unei arme, chiar neîncărcate sau neînsoțită de muniție, să constituie infracțiune, iar portul armei în aceleași condiții să aibă caracter licit.

Confecționarea armei sau muniției presupune producere, crearea, realizarea acestora, neinteresând dacă confecționarea este efectuată de un singur făptuitor sau de mai mulți.

Prin a transporta se înțelege activitatea de a deplasa, ducerea dintr-un loc în altul a armelor sau munițiilor, de exemplu, în afara unei clădiri sau în altă localitate.

Prin orice operație privind circulația armelor și munițiilor înțelegem orice activitate prin care armele și munițiile sunt transmise de la o persoană la alta sau din România în străinătate ori invers, indiferent dacă aceste acțiuni întovărășesc și un act juridic de transmitere a proprietății sau a posesiunii (vânzări-cumpărări, donații, împrumuturi, activități de consignație).

Cu privire la operațiile referitoare la funcționarea atelierelor de reparat arme, fără drept, trebuie înțelese măsurile luate referitoare la înființarea, organizarea sau modul de funcționare a atelierelor (fără drept), indiferent de numărul persoanelor care lucrează în aceste ateliere.

Elementul material în cazul variantei asimilate, prevăzută în art. 279 alin. (2) C. pen., constă în omisiunea de depunere a armei ori a muniției la organul competent în termenul fixat prin

³ Legea nr. 295/2004

⁴ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, op. cit., p. 621.

dispozițiile legale de către persoana căreia i s-a respins cererea pentru prelungirea valabilității permisului. Așadar, este vorba de o persoană care inițial a avut permis de a deține și purta arme și muniții și care, în continuare, a făcut cerere pentru prelungirea valabilității permisului, la organele competente care nu și-au dat acordul, respingând-o.

În cazul deținerii sau portului de arme, cerința esențială (fără drept) este îndeplinită atunci când subiectului activ nu i s-a eliberat autorizarea de la organele abilitate sau dacă deține sau poartă arme în număr sau cantități mai mari decât cele autorizate ori după ce a expirat termenul de valabilitate a autorizației sau permisului, precum și în caz de retragere a permisului sau de deces al posesorului, ori de încetare a calității care a justificat primirea de arme.

Referitor la confecționarea de muniții, această activitate este socotită fără drept când s-a efectuat de către o persoană fizică, cu excepția muniției pentru armele de vânatoare, când aceasta (muniția) poate fi confecționată de persoana care are dreptul să dețină astfel de arme.

Se consideră, de asemenea, că transportul de arme sau muniții este efectuat fără drept atunci când făptuitorul, respectiv, persoana fizică nu posedă ordin de transport emis de o unitate abilitată. Atunci când armele și munițiile sunt înscrise în permisul de port-armă, nu mai este necesară emiterea ordinului de transport.

Sunt socotite fără drept, efectuarea de operațiuni ca: împrumutul ori înstrăinarea armelor sau munițiilor către persoane care nu sunt îndrituite să le dețină; introducerea sau scoaterea din România de către cetățenii români sau de către cetățenii domiciliați ori veniți temporar în țara noastră a altor arme decât cele permise sau introducerea ori scoaterea din țară de arme și muniții în alt număr și în altă cantitate decât cele pe care au dreptul să le dețină, vânzarea de muniții confecționate manual.

Infrațiunea (omisiunea de a depunde armele și munițiile în termenul fixat de lege) subzistă numai dacă această omisiune are loc după respingerea cererii de prelungire a valabilității permisului iar, pe de altă parte, să fi expirat termenul stabilit prin dispozițiile legale pentru depunderea armelor și munițiilor la organul abilitat.

În literatura de specialitate s-a exprimat și opinia că omisiunea se poate realiza prin acte comise (acțiuni): ca de exemplu, în cazul când s-au deposedat alte arme decât cele cuvenite.

Prin mai multe arme se înțelege cel puțin două arme pentru care nu există autorizare.

Prin localul unităților de stat sau altor unități la care se referă art. 145 se înțelege imobilul sau parte din imobil în care își au sediul sau în care își desfășoară activitatea asemenea unități.

În ceea ce privește noțiunea de întrunire publică ea implică orice adunare sau reuniune de mai multe persoane în cadrul căreia se discută probleme cu caracter general privind interese colective. Prin localuri de alegeri se înțelege spațiile din clădirile în care se efectuează alegerile în cazurile stabilite de legea electorală și care sunt determinate de organele care pregătesc operații electorale. În literatura juridică se arată că cei care execută paza și sunt înarmați trebuie să rămână în afara localului.⁵

Titularul dreptului de deținere a armelor letale are obligația să păstreze armele înscrise în permisul de armă, asigurate astfel încât să nu permită accesul la ele al persoanelor neautorizate. Persoana care are în proprietate sau folosință arme letale poate fi autorizată de către organul de poliție competent teritorial, la cerere, să folosească într-un poligon special amenajat și autorizat, în condițiile legii, armele de vânatoare, de tir sau de colecție. Persoanele incluse într-un program de protecție a martorilor pot păstra, purta și folosi armele înscrise în permisul de armă numai în condițiile stabilite în protocolul de protecție. Persoana care deține arme letale, și care dorește să călătorească în străinătate cu acestea, poate solicita organului de poliție care i-a acordat permisul de armă, eliberarea unei autorizații în baza căreia organele poliției de frontieră permit ieșirea de pe teritoriul României cu armele și muniția înscrise în autorizație, făcând mențiune despre acestea în documentul de călătorie al titularului. Furtul permiselor de armă se declară în termen de 48 de ore de la constatare, la organul de poliție în a cărui rază de competență teritorială a fost constatat, iar

⁵ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, op. cit., p. 622-625.

pierderea, distrugerea sau deteriorarea se declară la organul de poliție care le-a eliberat. Eliberarea unui nou document în locul celui declarat pierdut sau furat se face numai după ce titularul prezintă dovada publicării pierderii ori furtului în Monitorul Oficial al României.

Străinii care au reședința sau domiciliul în România pot fi autorizați să procure numai arme de vânatoare, de tir sau de colecție. În sensul legii, sunt considerați că au reședința sau domiciliul în România străinii titulari ai unui permis de ședere temporară sau, după caz, permanentă, acordat în condițiile legii privind regimul străinilor în România, precum și străinii care au dobândit o formă de protecție în România în condițiile legii privind statutul și regimul refugiaților.

Cetățenii români și străinii cu ședere legală în România, care au împlinit vârsta de 18 ani, pot să procure arme neletale, precum și muniția aferentă, de la orice armurier autorizat să comercializeze astfel de arme.

Persoanele juridice de drept privat, care nu sunt subordonate sau aflate în coordonarea unor instituții publice, pot fi autorizate în condițiile prezentei legi, în funcție de obiectul lor de activitate, să procure, să dețină și să folosească arme letale și arme neletale, precum și muniția corespunzătoare, pentru:

a) înarmarea personalului abilitat să desfășoare activități de pază, dacă aceasta se justifică pentru asigurarea pazei sediilor, imobilelor sau obiectivelor care le aparțin sau cărora le asigură protecție, precum și a pazei persoanelor, bunurilor, valorilor sau transportului ori depozitării de valori importante, în cazul societăților al căror obiect de activitate îl constituie prestarea de servicii în domeniul pazei ori al celor care își pot asigura paza proprie, în condițiile legii;

b) desfășurarea activităților de executare a tragerilor cu arme în poligoane special amenajate, pentru antrenament sau divertisment;

c) desfășurarea activităților artistice, în centrele de producție cinematografică și televiziune, precum și în cadrul spectacolelor de circ și teatru.

Societățile specializate de pază, constituite potrivit Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, pot fi autorizate, la cerere, să procure de la armurierii autorizați în acest sens:

- numai prin închiriere, arme letale, precum și muniția corespunzătoare, cu excepția situațiilor în care aceste societăți sunt constituite în armurieri, autorizați să efectueze operațiuni cu arme din această categorie;

- sub orice formă prevăzută de lege, arme neletale, precum și muniția corespunzătoare.

Autorizația de procurare, deținere și folosire a armelor letale și a muniției pentru societățile specializate de pază se acordă pentru fiecare contract de prestări servicii încheiat de acestea potrivit Legii nr. 333/2003, valabilitatea autorizației neputând depăși durata contractului.

Producerea, confecționarea, modificarea, prelucrarea, experimentarea, casarea și distrugerea armelor letale și armelor neletale pot fi efectuate numai de către armurierii constituiți în subordonarea sau coordonarea instituțiilor care au competențe în domeniul apărării, siguranței naționale și ordinii publice, în condițiile stabilite prin ordine ale conducătorilor fiecăreia dintre aceste instituții.

Sunt armurieri de drept instituțiile publice care au competențe în domeniul apărării, ordinii publice și siguranței naționale, precum și persoanele juridice aflate, potrivit legii, în subordonarea sau coordonarea acestora, Federația Română de Tir Sportiv, Federația Română de Schi și Biatlon, cluburile sportive afiliate acestora și gestionarii fondurilor de vânatoare.⁶

Procurarea unei arme letale, precum și a munițiilor corespunzătoare, de pe teritoriul României, de către rezidenții statelor membre, în scopul scoaterii acesteia din țară, se poate face, în condițiile prezentei legi, numai în baza autorizației de procurare a armei sau, după caz, a muniției, eliberată de Direcția Generală de Poliție a municipiului București, inspectoratele județene de poliție în a căror rază teritorială de competență își desfășoară activitatea de comercializare a armelor armurierul de la care urmează să fie procurată arma, precum și de către Inspectoratul General al Poliției Române.

⁶ Legea nr. 295/2004

III. Jurisprudență

Deținerea, înstrăinarea sau portul, fără drept, a mai multor arme, cu excepția celor prevăzute în art. 279 alin. (3) lit. a) C. pen. - arme ascunse ori arme militare - întrunește elementele constitutive ale variantei agravate a infracțiunii de nerespectare a regimului armelor și munițiilor prevăzută în dispozițiile art. 279 alin. (3) lit. b) C. pen.

În sensul acestor dispoziții, prin „mai multe arme” se înțelege cel puțin două arme și, în consecință, deținerea, înstrăinarea sau portul a două sau mai multor pistoale, pentru care nu există autorizația legală prevăzută în Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor, se încadrează în prevederile art. 279 alin. (3) lit. b) C. pen.

În următoarea speță vom analiza dacă fapta este sau nu săvârșită în condițiile nerespectării regimului armelor și munițiilor.

Martorii N.C. și C.N., în timp ce se deplasau pe stradă, în dreptul unui local, au fost insultați de o persoană care se afla în fața localului. Având în vedere că persoana respectivă devenise foarte agresivă, martorul N.C. s-a întors câțiva metri către cel care îl insultase pe el și pe fratele său, întrebând ce are cu ei. Drept răspuns, acea persoană a scos un pistol și a tras în direcția celor doi frați.

Au fost anunțate organele poliției care i-au identificat pe numiții F.V. și V.E., iar la percheziția corporală efectuată asupra lor nu s-a găsit nicio armă.

În urma căutărilor efectuate de poliție și de martorul V.E., a fost descoperit, într-un gard viu, un pistol de culoare neagră, calibru 9 mm, inscripționat, iar în încărcător se aflau două cartușe cu bilă metalică, nefolosite și neinscripționate.

Pistolul descoperit a fost ridicat, stabilindu-se în baza raportului de constatare tehnico-științifică că face parte din categoria armelor neletale, că este în stare de funcționare și că prezintă urme de tragere.

Conform aceluiași raport, la aceste arme se folosește în mod normal muniție cu efect neletal, însă datorită îndepărtării presei care asigură obturarea parțială a țevii arma poate funcționa și cu muniție care ar putea pune în pericol integritatea fizică a unei persoane (cazul bilelor metalice din cartușul aflat în încărcător).

Inculpatul F.V. a menționat că a cumpărat pistolul la sfârșitul anului 2006 din Bulgaria cu prețul de 60 euro, împreună cu 4 tuburi, două cu bile metalice și două cu bile de cauciuc.

A doua zi, după prima audiere, inculpatul F.V. a fost surprins de o patrulă de jandarmi având asupra sa încă un pistol de calibru 9 mm și două cartușe de 9 mm, din care unul prevăzut în capul cartușului cu bilă de cauciuc, iar celălalt cu o bilă de culoare arămie.

Potrivit raportului de constatare tehnico-științifică, pistolul era în stare de funcționare, utiliza cartușe de 9 mm cu efect acustic și făcea parte din categoria armelor neletale.

Prin același raport s-a concluzionat că cele două cartușe erau în stare de folosință, că datorită inserării bilei metalice în vârful cartușului, prin folosirea lui cu o armă adecvată și fără obturație la nivelul țevii, acea armă putea pune în pericol integritatea fizică a unei persoane.

S-a mai reținut că, inculpatul F.V., de la începutul lunii august 2007 până la 13 septembrie 2007, a introdus ilegal în România, din Bulgaria, de două ori câte 5 pistoale, pe care le-a vândut către diverse persoane.

Astfel, în cursul lunii august 2007, inculpatul a cumpărat din Bulgaria 5 pistoale cu bile de cauciuc, precum și 15 tuburi cu bile pentru încărcătoarele pistoalelor.

După achiziționare, inculpatul și-a lipit pistoalele cu bandă adezivă pe corp și, fără a le declara lucrătorilor vamali și fără a notifica Biroului AEST cumpărarea armelor, le-a introdus ilegal pe teritoriul României și le-a vândut cu suma de 100 euro pentru fiecare.

La 12 septembrie 2007, inculpatul F.V. s-a deplasat din nou în Bulgaria și a mai cumpărat 5 pistoale și 90 tuburi cu bile, pe care le-a introdus ilegal în România, fără a le declara autorităților vamale.

În aceeași zi, inculpatul F.V. l-a căutat pe M.N. căruia i-a vândut un pistol cu prețul de 100 euro și, tot la aceeași dată, inculpatul a fost căutat de coinculpatul C.C. căruia i-a vândut două pistoale cu prețul de 200 euro și 80 tuburi cu bile cu prețul de 50 euro.

Întrucât C.C. dorea să mai cumpere un pistol, acesta s-a înțeles cu inculpatul F.V. să se întâlnească, în drum spre locul de întâlnire inculpatul fiind oprit de o patrulă de jandarmi, asupra sa găsiindu-se acel pistol.

S-a mai reținut că, în septembrie 2007, numitul C.M. l-a contactat pe inculpatul F.V., întrucât găsisse o persoană interesată să cumpere pistoale.

Ca urmare, cei doi au stabilit un loc de întâlnire, unde a sosit cumpărătorul însoțit de o altă persoană. Aici au fost stabilite detaliile tranzacției, urmând ca inculpatul F.V. să vândă două pistoale cu prețul total de 220 euro, iar livrarea să fie făcută într-o anumită zonă de către C.M., care urma să primească 40 euro din cei 220 încasați.

La data de 13 septembrie 2007, numitul C.M. s-a întâlnit cu inculpatul F.V., de la care a primit două pistoale și, ulterior, C.M. s-a întâlnit cu cumpărătorii, fiind prins în flagrant în momentul în care făcea tranzacția.

Cu prilejul percheziției de la domiciliul inculpatului F.V., efectuată la 3 octombrie 2007, s-a descoperit și ridicat un pistol calibrul 9 mm., iar la domiciliul inculpatului C.C. a fost descoperit, la percheziția efectuată la aceeași dată, un pistol calibrul 9 mm și 14 cartușe inscripționate din material de culoare argintie.

Curtea de Apel Craiova, Secția penală, prin decizia nr.130 din 8 octombrie 2008, a admis apelurile declarate de Parchetul de pe lângă Tribunalul Dolj și de inculpatul F.V. și a desființat în parte hotărârea primei instanțe, numai cu privire la pedepsele complementare și accesorii.

Împotriva acestei decizii și a hotărârii primei instanțe a declarat recurs Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Craiova, care, invocând dispozițiile art. 385⁹ alin. (1) pct. 17 C. proc. pen., a susținut că faptei săvârșite de inculpați i s-a dat o greșită încadrare juridică, în dispozițiile art. 279 alin. (1) C. pen., în loc de art. 279 alin. (3) lit. b) din același cod. .

În conformitate cu dispozițiile art. 279 alin. (1) C. pen., constituie infracțiunea de nerespectare a regimului armelor și munițiilor deținerea, portul, confecționarea, transportul, precum și orice operație privind circulația armelor și munițiilor sau funcționarea atelierelor de reparat arme, fără drept, iar această infracțiune se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 8 ani.

Potrivit alin. 3 lit. b) al aceluiași text, se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 10 ani deținerea, înstrăinarea sau portul, fără drept, a mai multor arme, cu excepția celor prevăzute la lit. a) - respectiv a armelor militare și a muniției pentru astfel de arme -, precum și a armelor de panoplie ori muniției respective în cantități mari.

În înțelesul acestui text, prin „mai multe arme” urmează a se înțelege cel puțin două arme pentru care nu există autorizația legală prevăzută de Legea nr. 295/2004 și Hotărârea Guvernului nr. 130/2005 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a acestei legi.

În cauză, așa cum în mod corect au reținut ambele instanțe, inculpatul F.V. a introdus ilegal în țară și, fără drept, a deținut 10 pistoale și 105 tuburi cu bile pentru încărcător, dintre care a înstrăinat 9 pistoale și 100 tuburi cu bile, în câteva rânduri, către mai multe persoane.

De asemenea, inculpatul C.C. a dobândit și deținut, fără drept, 2 pistoale și 80 tuburi cu bile pentru acestea, iar ulterior urma să mai cumpere de la inculpatul F.V., în baza înțelegerii cu acesta, un al treilea pistol.

În atare situație, instanțele erau datoare, conform art. 334 C. proc. pen., să pună în discuție schimbarea încadrării juridice în dispozițiile art. 279 alin. (1) și (3) lit. b) C. pen. pentru ambii inculpați, lucru pe care nu l-au făcut, pronunțând o soluție greșită sub acest aspect.

Mai este de menționat că problema încadrării juridice a faptei în dispozițiile legale agravate arătate s-a pus pentru prima dată în recurs, iar instanța supremă, în această fază procesuală, nu poate pronunța soluția preconizată în recursul procurorului.

Astfel, din rațiuni ce țin de regulile unui proces echitabil, de respectarea dreptului inculpaților de a fi ascultați și de a-și face apărări cu privire la noua încadrarea juridică și de a nu fi privați de accesul la căile legale de atac, se impune reluarea judecății de către prima instanță.

În consecință, Înalta Curte de Casație și Justiție, în baza art. 385¹⁵ pct. 2 lit. c) alin. (3) și (4) C. proc. pen., a admis recursul Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Craiova, a casat decizia atacată și sentința primei instanțe și a trimis cauza spre rejudecare la Tribunalul Dolj, cu prilejul soluționării cauzei instanța urmând a proceda, conform art. 334 C. proc. pen., la punerea în discuție a noii încadrări juridice, la ascultarea inculpaților și la administrarea probelor în apărare pe care aceștia le vor solicita.⁷

De asemenea, următoarea soluție din practica judiciară ne oferă prilejul unui comentariu cu privire la existența pluralității de infracțiuni în forma concursului ideal de infracțiuni, respectiv infracțiunea de contrabandă calificată și cea de nerespectare a regimului armelor și munițiilor.

În urma unei înțelegeri anterioare, în dimineața zilei de 20 noiembrie 2007, inculpatul N.C., împreună cu coinculpatul D.M., au plecat din municipiul Craiova, cu autoturismul, în direcția punctului de trecere a frontierei Calafat, ajungând astfel în localitatea Vidin - Bulgaria.

De aici, inculpatul N.C. a cumpărat 4 pistoale, destinate tragerii cu muniție fără proiectil, cu efect acustic și lacrimogen, împreună cu un număr de 48 de cartușe.

După ce au cumpărat armele și muniția, cei doi inculpați le-au ascuns în anumite locuri din autoturism pentru ca, apoi, să se întoarcă în țară, prin același loc de trecere a frontierei.

Imediat după ce au trecut frontiera de stat a României, inculpații au fost prinși în flagrant de echipa operativă formată din procuror și polițiști.

Totodată, prima instanță a mai reținut că, anterior, la începutul lunii octombrie 2007, procedând asemănător, inculpatul N.C. a mai introdus în țară un pistol calibrul 9 mm, cu gaze și bilă, pentru care obținuse certificatul de deținător pentru arme neletale, și 10 cartușe cu bile metalice.

Potrivit concluziilor raportului de constatare tehnico-științifică efectuat de specialiștii din cadrul Inspectoratului de Poliție al Județului Dolj, a rezultat că cele patru pistoale introduse nelegal în țară sunt în stare de funcționare, ele prezentând modificări în sensul că fiecărei arme în parte i-a fost înlăturat obturatorul destinat împiedicării folosirii muniției cu proiectil, în stare de folosință fiind și cele 48 de cartușe aferente, acestea prezentând modificări prin introducerea în vârf a câte unei bile metalice, iar datorită modificărilor aduse celor patru pistoale, cartușele respective puteau fi folosite.

Totodată, același raport de constatare a mai stabilit că, inițial, atât armele ce au făcut obiectul examinării, cât și cartușele aferente au făcut parte din categoria armelor neletale, însă, prin modificările aduse, acestea puteau deveni letale.

Curtea de Apel Craiova, Secția penală, prin decizia nr. 70 din 22 mai 2008, în temeiul art. 379 pct. 2 lit. a) C. proc. pen., a admis apelurile declarate de inculpații N.C. și D.M. împotriva sentinței penale nr. 97 din 10 martie 2008 pronunțată de Tribunalul Dolj, a desființat sentința numai sub aspectul modalității de individualizare a executării pedepsei aleasă față de fiecare inculpat și, în baza art. 86¹ C. pen., a dispus suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei aplicate inculpatului N.C. pe durata unui termen de încercare de 5 ani, stabilit potrivit art. 86² C. pen. și a pedepsei aplicate inculpatului D.M. pe durata unui termen de încercare de 2 ani și 6 luni, stabilit potrivit art. 86² C. pen.

Pe durata termenului de încercare, instanța de apel a stabilit că inculpații trebuie să se supună măsurilor de supraveghere, potrivit art. 86³ C. pen. și a aplicat inculpaților pedeapsa accesorie prevăzută în art. 64 alin. (1) lit. a) teza a II-a și lit. b) C. pen., pe care a suspendat-o pe durata termenului de încercare, conform art. 71 alin. (5) C. pen.

Împotriva acestei decizii a formulat recurs, între alții, inculpatul N.C., cu privire la greșita încadrare juridică dată faptelor, prin greșita reținere a celor două infracțiuni în sarcina sa, în condițiile în care infracțiunea prevăzută în art. 279 C. pen. este absorbită, natural, de infracțiunea prevăzută în

⁷ http://www.scj.ro/SP_rezumat_2008/SP_4057-2008.htm

art. 271 din Legea nr. 86/2006. Se susține că faptele inculpatului reprezintă o unitate naturală de infracțiune și nu un concurs de infracțiuni.

Inculpatul a solicitat achitarea, în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. d) C. proc. pen., pentru infracțiunea prevăzută în art. 279 C. pen.

Examinând hotărârile pronunțate în cauză sub aspectul invocat de inculpat, prin prisma cazului de casare prevăzut în art. 385⁹ alin. (1) pct. 17 C. proc. pen., Înalta Curte de Casație și Justiție constată că recursul formulat nu este fondat.

Pe baza probelor administrate, în cauză a fost stabilită corect situația de fapt, anterior redată și care, de altfel, nu a fost contestată.

De asemenea, Înalta Curte de Casație și Justiție constată că situația de fapt a fost încadrată corespunzător și în drept.

Astfel, faptele inculpatului N.C. care, în cursul lunilor octombrie - noiembrie 2007, s-a deplasat în Bulgaria, de unde a cumpărat și apoi a introdus, fără drept, în țară 5 arme și 58 de cartușe, pe care le-a deținut și transportat, tot fără drept, în vederea înstrăinării, întrunesc elementele constitutive a două infracțiuni realizate în formă continuată și aflate în concurs ideal, respectiv infracțiunea de contrabandă calificată prevăzută în art. 271 din Legea nr. 86/2006, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen. și cea de nerespectare a regimului armelor și munițiilor prevăzută în art. 279 alin. (1) C. pen., cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.

Faptele inculpatului D.M. care, în ziua de 20 noiembrie 2007, l-a transportat pe inculpatul N.C. în Bulgaria, cu un autoturism, cunoscând că acesta urma să achiziționeze arme neletale, și l-a ajutat să le introducă fără drept pe teritoriul României, ascunzându-le în interiorul mașinii, întrunesc elementele constitutive a două infracțiuni, aflate în concurs ideal, prevăzute în art. 26 C. pen. raportat la art. 271 din Legea nr. 86/2006 și în art. 26 C. pen. raportat la art. 279 alin. (1) C. pen.

Greșit se susține de către inculpatul N.C. că în cauză nu există o pluralitate de infracțiuni în forma concursului ideal de infracțiuni.

Potrivit art. 271 din Legea nr. 86/2006, constituie infracțiunea de contrabandă calificată introducerea sau scoaterea din țară, fără drept, de arme, muniții, materiale explozibile.

Conform art. 279 alin. (1) C. pen., constituie infracțiunea de nerespectare a regimului armelor și munițiilor deținerea, portul, confecționarea, transportul, precum și orice operație privind circulația armelor și munițiilor.

Elementul material al laturii obiective a infracțiunii de contrabandă calificată prevăzută în art. 271 din Codul vamal îl constituie activitatea de trecere peste frontieră (în sensul de scoatere din țară sau de introducere în țară) a armelor, munițiilor, materialelor explozive.

Cerința esențială care trebuie îndeplinită pentru existența laturii obiective a infracțiunii de contrabandă calificată este aceea ca activitatea care formează elementul material al infracțiunii să se desfășoare „fără drept.”

Infracțiunea se consumă în momentul realizării elementului material, respectiv atunci când armele, munițiile sunt trecute peste frontieră, fără a fi prezentate pentru controlul vamal.

Elementul material al laturii obiective a infracțiunii prevăzută în art. 279 alin. (1) C. pen. constă într-una din următoarele acțiuni: deținerea, portul, confecționarea, transportul sau efectuarea oricăror operațiuni privind circulația armelor și munițiilor.

Deținerea armelor și munițiilor înseamnă primirea și păstrarea acestora, indiferent de modalitatea de dobândire (cumpărare, donație, împrumut) și dacă făptuitorul le deține pentru el sau pentru altul.

Portul de arme sau muniții înseamnă a avea asupra sa arme și muniții.

Confecționarea de arme sau muniții înseamnă producerea unor astfel de bunuri.

Transportul de arme sau muniții înseamnă a le deplasa, a le duce dintr-un loc în altul.

Orice operațiuni privind circulația armelor și munițiilor înseamnă orice acțiune prin care bunurile sunt transmise de la un deținător la altul.

Rezultă că pentru existența infracțiunii este suficient să se săvârșească numai una dintre modalitățile alternative de realizare a elementului material.

Pentru ca acțiunile de deținere, port, confecționare, transport de arme și muniții, precum și orice operațiune privind circulația acestora să întregască latura obiectivă a infracțiunii prevăzută în art. 279 alin. (1) C. pen. trebuie să fie îndeplinită și cerința esențială ca acțiunea respectivă să fie „fără drept”, și anume fără respectarea condițiilor prevăzute în Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor.

Infracțiunea privind nerespectarea regimului armelor și munițiilor se consumă în momentul în care executarea acțiunii care constituie elementul material al infracțiunii a ajuns până la capăt și a produs urmarea imediată, respectiv s-a creat starea de pericol pentru relațiile sociale ocrotite.

Din aceste scurte aserțiuni teoretice rezultă că cele două infracțiuni, cu modalități diferite de realizare a elementului material, pot coexista, având o existență de sine-stătătoare.

În cauză, după cum s-a menționat, corect a fost reținut în sarcina inculpatului N.C. un concurs ideal de infracțiuni, respectiv infracțiunea de contrabandă calificată prevăzută în art. 271 din Legea nr. 86/2006, care a constat în introducerea fără drept a armelor și munițiilor pe teritoriul României și s-a consumat când bunurile au fost trecute peste frontieră, precum și infracțiunea de nerespectare a regimului armelor și munițiilor prevăzută în art. 279 alin. (1) C. pen., care a constat în acțiunile de deținere și transport a armelor și munițiilor, după intrarea pe teritoriul României.

Pentru existența acestei infracțiuni nu are relevanță perioada de timp sau distanța pe care bunurile au fost deținute și transportate, cum a încercat să se apere inculpatul, când a fost oprit de organele judiciare după 200 m de la intrarea în țară.

În raport cu considerentele expuse, rezultă că inculpatul a săvârșit cele două infracțiuni descrise, în concurs ideal prevăzut în art. 33 lit. b) C. pen., nefiind întrunite cerințele unității de infracțiune și, în consecință, Înalta Curte de Casație și Justiție, în temeiul art. 385¹⁵ pct. 1 lit. b) C. proc. pen., a respins, ca nefondat, recursul declarat de inculpatul N.C.⁸

IV. Nerespectarea regimului armelor și munițiilor în lumina Noului Cod Penal

Art. 342.

(1) Deținerea, portul, confecționarea, precum și orice operațiune privind circulația armelor letale, a munițiilor, mecanismelor sau dispozitivelor acestora sau funcționarea atelierelor de reparare a armelor letale, fără drept, se pedepesc cu închisoarea de la unu la 5 ani.

(2) Deținerea sau portul fără drept de arme neletale din categoria celor supuse autorizării se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă.

(3) Sustragerea armelor sau munițiilor prevăzute în alin. (1) și alin. (2) se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(4) Portul armelor prevăzute în alin. (1) și alin. (2), fără drept, în sediul autorităților publice, instituțiilor publice sau al altor persoane juridice de interes public ori în spațiile rezervate desfășurării procesului electoral, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani și interzicerea unor drepturi.

(5) Dacă faptele prevăzute în alin. (1) și alin. (3) au ca obiect arme interzise sau muniții, mecanisme ori dispozitive ale acestora, limitele speciale ale pedepsei se majorează cu o treime.

În noul Cod penal, sunt incriminate anumite acțiuni care au ca obiect arme și muniții letale, mecanisme sau dispozitive ale acestora. Norma de incriminare prevede și o variantă asimilată, care presupune nepredarea armei sau munițiilor letale, pentru că numai acestea sunt supuse autorizării. Iar dacă are ca obiect arme interzise sau muniții, mecanisme ori dispozitive ale acestora, fapta realizează

⁸ http://www.scj.ro/SP_rezumat_2009/SP_952_2009.htm

conținutul unei variante agravate. Tot ca variantă de sine stătătoare este și fapta de sustragere a armelor sau munițiilor letale, pentru că prin săvârșirea acestora se vatămă, în principal, relațiile sociale privitoare la regimul armelor și munițiilor și numai în secundar cele cu caracter patrimonial.

În caz de situație tranzitorie, urmează să se aplice noul Cod penal, deoarece prevederile sale sunt mai favorabile.⁹

Concluzii

Conform art. 136 din Legea 295/2004, uzul de armă letală, fără drept, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani. Ștergerea sau modificarea, fără drept, a marcajelor de pe arme letale constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani (art. 137).

Infracțiunea de nerespectarea regimului armelor și munițiilor prezintă trei forme agravate. Potrivit alin. (3) lit. a), se sancționează mai grav deținerea, înstrăinarea sau portul fără drept de arme ascunse ori de arme militare, precum și a muniției pentru astfel de arme. Potrivit alin. (3) lit. b), constituie variantă agravată deținerea, înstrăinarea sau portul fără drept a mai multor arme cu excepția celor prevăzute la lit. a) precum și a armelor de panoplie, ori muniției respective în cantități mari.

Potrivit alin. (3)¹ constituie variantă agravată portul de arme fără drept, în localul unităților de stat sau a altor unități la care se referă art. 145, la întruniri publice ori în localuri de alegeri.

În cazul variantei tip și al celei asimilate [alin. (1) și (2)] pedeapsa este închisoarea de la 2 la 8 ani. În cazul variantelor agravate prevăzute la alin. (3) [lit a) și b)] pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani.

Potrivit art. 279 alin. (4) C. pen., tentativa se pedepsește.¹⁰

Infracțiunea privind nerespectarea regimului armelor și munițiilor se consumă în momentul în care executarea acțiunii care constituie elementul material al infracțiunii a ajuns până la capăt și a produs urmarea imediată, respectiv s-a creat starea de pericol pentru relațiile sociale ocrotite.

Referințe bibliografice:

- Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal, Partea specială, Teorie și practică judiciară, Wolters Kluwer
- Mihai Adrian Hotca, Noul Cod penal și Codul penal anterior, Aspecte diferențiale și situații tranzitorii, Hamangiu, 2009
- www.politiaromana.ro
- www.scj.ro

⁹ Mihai Adrian Hotca, Noul Cod penal și Codul penal anterior, Aspecte diferențiale și situații tranzitorii, Hamangiu, 2009, p. 332-333.

¹⁰ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, op. cit., p. 626

INFRAȚIUNILE DE CORUPȚIE ÎN NOUL COD PENAL CORRUPTION OFFENSES REGARDING THE NEW CRIMINAL CODE

Daniela-Ionela DEVENCEA *

Abstract

The battle fought by Romania against corruption represents at this moment the main objective of the domestic politics, aspect that is reflected on the legal field through the adoption of a series of regulation. As regards the regulation of corruption offenses, including the bribe receiving, the bribe payment, influence peddling, purchasing of influence, acts committed by members of arbitration courts or in connection with them, acts committed by foreign officials or related to them by Law no. 286/2009 regarding the Criminal Code, published in the Official Gazette no. 510/2009, we notice their incrimination in Title V of the Special Part, article 289-294 regarding the corruption offences and offences at work.

Keywords: *new criminal code, corruption offenses, bribe receiving, bribe payment, influence peddling, purchasing of influence.*

1. Introducere

Corupția în antichitate era considerată una din componentele cele mai grave și mai răspândite ale funcției publice. În anumite perioade istorice era acceptat ca ceva firesc oferirea și primirea de foloase de către funcționari pentru un serviciu bine făcut, de care clientul era mulțumit. Abia în anul 1810 Codul penal francez (Codul lui Napoleon) incriminează pentru prima oară astfel de practici, prevăzând sancțiuni drastice atât pentru cazul când erau îndeplinite corect sarcinile de serviciu, cât și pentru situația în care se efectuau acte contrare intereselor de serviciu, pentru obținerea unor foloase materiale¹.

În Codul penal și în noul Cod penal nu există o definiție a corupției, ci sunt incriminate unele infracțiuni din această sferă: luarea de mită, darea de mită, traficul de influență, cumpărarea de influență, fapte săvârșite de către membrii instanțelor de arbitraj sau în legătură cu aceștia, fapte săvârșite de către funcționari străini sau în legătură cu aceștia (art. 289-294 din noul Cod penal).

Cuvântul „corupție” provine din latinescul „*corrumpere*” care înseamnă a rupe, a distruge. Evident, printr-un act de corupție se distruge/încalcă legea, îndatoririle, normele morale. În general, definițiile disponibile în dicționare nu insistă pe aspectul juridic al corupției. În DEX, definiția corupției are o dimensiune socio-morală, căci ea reprezintă „abatere de la moralitate, de la cinste, de la datorie; desfrânare, depravare.”²

Corupția reprezintă un abuz de putere în scopul obținerii de avantaje materiale sau alte foloase (onoruri, titluri, publicitate, exonerare de răspundere etc.). De cele mai multe ori, ea nu este decât un banal contract care acționează conform principiului din dreptul roman *do ut des* (îți dau ca să-mi dai) și care se negociază și se desfășoară în condiții de clandestinitate și confidențialitate.³

Într-un sens restrâns, faptele de corupție ce intră sub incidența legii penale sunt acelea prin care o persoană încearcă ori reușește să determine un funcționar aflat în exercițiul atribuțiilor ca, în

* Student, Facultatea de Drept și Științe Social Politice, Universitatea ”Valahia” din Târgoviște; Acest studiu a fost coordonat de Lecteur univ. drd. Lavinia Mihaela Vlădilă

¹ E. Mădulărescu, *Traficul de influență*, Editura Hamangiu, 2006.

² *Academia Română, Dicționarul Explicativ al Limbii Române*, Ediția a II-a, Editura Univers Enciclopedic, București, 1996.

³ V. Dobrinoiu, *Corupția în dreptul penal român*, Ed. Atlas Lex, București, 1995, p.6.

schimbul unor foloase materiale sau altor avantaje necuvenite, să comită un act contrar legii ori îndatoririlor sale de serviciu sau să favorizeze în orice mod persoanele implicate.

În Convenția penală privind corupția⁴, adoptată la Strasburg la 27 ianuarie 1999, corupția este definită în mai multe feluri:

Astfel, potrivit art.2 din Convenție, corupția activă este atunci când s-a săvârșit cu intenție fapta de a propune, de a oferi sau de a da, direct sau indirect, orice folos necuvenit unuia dintre agenții săi publici, pentru el sau altcuiva, pentru ca acesta să îndeplinească ori să se abțină de la îndeplinirea unui act în exerciciul funcției sale.

Corupția pasivă este atunci când s-a săvârșit cu intenție fapta unuia dintre agenții săi publici de a solicita sau de a primi, direct sau indirect, orice folos necuvenit pentru el sau pentru altcineva ori de a accepta oferta sau promisiunea să îndeplinească un act în exercitarea funcțiilor sale.

Corupția, în manifestările sale active sau pasive, are deseori o componentă penală, are aproape întotdeauna una de ilegalitate și are întotdeauna una de imoralitate. Corupția exprimă în mod incontestabil eșecul sau incapacitatea autorităților de stat, al societății în ansamblul ei⁵.

O definiție cu aplicabilitate imediată este cea din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție⁶: „*utilizarea funcției, atribuțiilor ori însărcinărilor primite pentru dobândirea de bani, bunuri sau alte foloase necuvenite, pentru sine sau pentru altul*”.

În prezenta lucrare, ne propunem să analizăm infracțiunile de corupție din noul Cod penal și vom releva noutățile aduse de acesta în materia supusă analizei noastre, făcând și aprecieri asupra caracterului progresist al acestuia.

1.1 Reglementare

Infracțiunile de corupție sunt reglementate în titlul V, Capitolul I din Legea nr. 286/2009 privind noul Cod penal, spre deosebire de actualul Cod penal care reglementează în Titlul VI, Capitolul I atât infracțiunile de corupție cât și infracțiunile de serviciu. În stabilirea conținutului infracțiunilor s-a avut în vedere reglementarea acestor fapte în Codul penal în vigoare, dispozițiile din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, inclusiv cele produse prin Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

2. Infracțiunile de corupție în noul Cod penal

2.1. Luarea de mită. Art.289 din noul Cod penal. Noțiune. Potrivit noului Cod penal, luarea de mită este definită ca fiind: „*Fapta funcționarului public care, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin, ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase, în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea ori întârzierea îndeplinirii unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu, sau în legătură cu îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică sau de a exercita profesia sau activitatea în executarea căreia a săvârșit fapta*” - spre deosebire de reglementarea actuală (art. 254 Cod penal), care definește fapta de luare de mită prin raportare la scop („... *în scopul de a îndeplini, a nu îndeplini ori a întârzi îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri*”).

⁴ Introdusă în legislația noastră prin Legea nr. 27/2002.

⁵ V. Dobrinoiu, *op.cit.*, p.42.

⁶ Legea a fost publicată în M.Of. nr. 219 din 18.05.2000 și a fost modificată ulterior. Reglementarea anterioară era cuprinsă în Legea nr. 83/1992 privind procedura urgentă de urmărire și judecare pentru unele infracțiuni de corupție.

Fapta prevăzută în alin. (1), săvârșită de una dintre persoanele arătate în art. 175 alin. (2), constituie infracțiune numai când sunt comise în legătură cu neîndeplinirea, întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale legale sau în legătură cu efectuarea unui act contrar acestor îndatoriri.⁷

În alin. (3) se prevede faptul că *“banii, valorile sau orice alte bunuri primite sunt supuse confiscării, iar când acestea nu se mai găsesc, se dispune confiscarea prin echivalent.”*

Forma propusă de noul Cod Penal acoperă toate situațiile în care o persoană ia mită în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea, urgentarea ori întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu, sau în legătură cu îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri. Modificarea s-a realizat pentru a permite renunțarea la distincția actuală între luarea de mită și primirea de foloase necuvenite, distincție care nu făcea decât să creeze dificultăți în plan probator atunci când înțelegerea a avut loc înainte de efectuarea actului, dar bunurile s-au remis ulterior. Art. 289 conține, deci, reglementarea actuală prevăzută în art. 254 (luarea de mită) și cea reglementată în prezent în art. 256 (primirea de foloase necuvenite).

Mai mult decât atât, art. 289 din noul Cod Penal sancționează orice fel de acceptare a unei sume de bani sau de alte foloase, tacită sau expresă, astfel încât, deși nerespingerea primirii unei sume de bani ori alte foloase nu este prezentă în art. 289, persoana căreia i se oferă bani va comite infracțiunea de luare de mită, dacă acceptarea este tacită.

Textul propus prin art. 289 din noul Cod penal este în concordanță cu prevederile Convenției penale privind corupția, adoptată la Strasbourg la 27 ianuarie 1999, ratificată de România prin Legea nr. 27/2002, aceasta nefăcând referire la fapta funcționarului de a nu respinge promisiunea de bani sau alte foloase. În art. 3 din Convenție se arată că „fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, conform dreptului său intern, atunci când s-a săvârșit cu intenție, fapta unuia dintre agenții săi publici de a solicita sau de a primi, direct ori indirect, orice folos necuvenit pentru el sau pentru altcineva ori de a accepta oferta sau promisiunea cu scopul de a îndeplini ori de a se abține să îndeplinească un act în exercitarea funcțiilor sale.”

O dispoziție similară se regăsește și în art. 2 alin. (1) lit.b) din Decizia-cadru a Consiliului Uniunii Europene 2003/568/JAI din 22 iulie 2003, referitoare la lupta împotriva corupției în sectorul privat. Potrivit acestui text, statele membre trebuie să sancționeze fapta „de a solicita sau de a primi, direct sau prin intermediul unui terț, un folos necuvenit de orice natură, pentru sine sau pentru un terț, ori de a accepta promisiunea unui asemenea avantaj, pentru a îndeplini ori a se abține de la îndeplinirea unui act, cu încălcarea atribuțiilor sale”.

Mai trebuie adăugat faptul că noul Cod penal prevede în mod explicit că primirea folosului necuvenit se poate face și în beneficiul unei alte persoane decât funcționarul mituit – „primește (...) pentru sine sau pentru altul” – ipoteză care nu era explicit reglementată în legea în vigoare⁸.

Totodată, subiecții activi ai infracțiunii de luare de mită pot fi și persoanele care, pe baza unui acord de arbitraj, sunt chemate să pronunțe o hotărâre cu privire la un litigiu ce le este dat spre soluționare de către părțile la acest acord, indiferent dacă procedura arbitrală se desfășoară în baza legii române ori în baza unei alte legi (art. 293 din noul Cod Penal).

Când pretinderea ori primirea de bani sau alte foloase ori acceptarea promisiunii unor astfel de foloase sunt comise de către o persoană care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public, fapta constituie infracțiunea de luare de mită numai când

⁷ Potrivit art. 175 alin. (2) Noul Cod penal, este considerat funcționar public, în sensul legii penale, și persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.

⁸ www.just.ro

acestea sunt realizate în legătură cu neîndeplinirea, întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndeplinirea sale legale sau în legătură cu efectuarea unui act contrar acestor îndepliniri.⁹

Conform acestei reglementări, sunt asimilate categoriei funcționarilor și persoanele fizice care exercită o profesie de interes public, pentru care este necesară o abilitare specială a autorităților publice și care este supusă controlului acestora (de exemplu un notar public, executor judecătoresc).¹⁰

Spre deosebire de actualul Cod penal, care în art. 147 alin. (1), prevede că: „prin funcționar public se înțelege orice persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natură, retribuită sau nu, în serviciul unei unități dintre cele la care se referă art. 145.

Prin funcționar se înțelege persoana menționată în alin. (1), precum și orice salariat care exercită o însărcinare în serviciul unei alte persoane juridice decât cele prevăzute în acel alineat”.

Articolul 145 Cod penal definește noțiunea de public astfel: „prin termenul de *public* se înțelege tot ce privește autoritățile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii, sunt de interes public”.

În noul Cod penal, termenul de funcționar public, în sensul legii penale, a căpătat o nouă accepțiune, legiuitorul dorind să renunțe la o interpretare extensivă a noțiunii.

Astfel, potrivit art 175 alin. (1), „*funcționar public*, în sensul legii penale, este persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără remunerație:

a) Exerciță atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor legislative, executive sau judecătorești;

b) Exerciță o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură;

c) Exerciță, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic sau unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat ori al unei persoane juridice declarată ca fiind de utilitate publică, atribuțiile legale de realizarea obiectului de activitate al acestuia”.

Porivit alin. (2), „este considerată funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public”.

Termenul *public*, este definit în art. 176 astfel: „prin termenul public se înțelege tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice sau ale persoane juridice care administrează sau exploatează bunurile proprietate publică”.

Articolul 308 din noul Cod penal, prevede că – (1) Dispozițiile art. 289-292 și ale art. 297-301 privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute în art. 175 alin. (2) sau în cadrul oricărei persoane juridice.

Alineatul (2), prevede că în acest caz, limitele speciale ale pedepsei se reduc cu o treime.

Sancțiunea pentru infracțiunea de luare de mită, în actualul Cod penal, constă în pedeapsa închisorii de la 3 la 12 ani și interzicerea unor drepturi. Noul Cod penal prevede pedepse mai reduse și anume pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani. De asemenea în noua reglementare este prevăzută expres pedeapsa complementară a interzicerii exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică sau de a exercita profesia sau activitatea în executarea căreia a săvârșit fapta.

2.2. Darea de mită. Art. 290 din noul Cod penal. Potrivit noului Cod penal, darea de mită este definită ca fiind: „*Promisiunea, oferirea sau darea de bani ori alte foloase, în condițiile arătate în art. 289*”. Infracțiunea de dare de mită este o infracțiune corelativă celei de luare de mită, și

⁹ *O.Mastacan, Răspunderea penală a funcționarului public*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p.128.

¹⁰ Ibidem.

acesteia îi sunt aplicabile mențiunile făcute anterior cu privire la infracțiunea de luare de mită prevăzută în articolul 289 din noul Cod penal, cu precizările:

- alineatul (4) din actualul Cod penal care prevedea că: „Dispozițiile art. 254 alin. (3)¹¹ se aplică în mod corespunzător, chiar dacă oferta nu a fost urmată de acceptare”, a fost eliminat.

- în norma de incriminare este prevăzut în mod expres prin introducerea alin. (5) faptul că „Banii, valorile sau orice alte bunuri oferite sau date sunt supuse confiscării, iar cand acestea nu se mai găsesc se dispune confiscarea prin echivalent”, spre deosebire de actualul cod care nu prevede acest lucru în mod expres.

Prin introducerea art. 293 în noul Cod penal, subiecții pasivi ai infracțiunii de dare de mită pot fi și persoanele care, pe baza unui acord de arbitraj, sunt chemate să pronunțe o hotărâre cu privire la un litigiu ce le este dat spre soluționare de către părțile la acest acord, indiferent dacă procedura arbitrală se desfășoară în baza legii române ori în baza unei alte legi.

Articolul 308 din noul Cod penal, prevede că – (1) Dispozițiile art. 289-292 și ale art. 297-301 privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute în art. 175 alin. (2) sau în cadrul oricărei persoane juridice.

Alineatul (2), prevede că în acest caz, limitele speciale ale pedepsei se reduc cu o treime.

2.3 Traficul de influență. Art. 291 din noul Cod Penal

Noțiune. Potrivit noului Cod penal, traficul de influență este definit ca fiind: „*Pretinderea, primirea ori acceptarea promisiunii de bani sau alte foloase, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, săvârșită de către o persoană care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public și care promite că îl va determina pe acesta să îndeplinească, să nu îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau să îndeplinească un act contrar acestor îndatoriri*”.

Din analiza comparativă atentă a celor două texte legale a rezultat că infracțiunea de trafic de influență prevăzută în noul Cod penal, comportă deosebiri față de cea prevăzută de art. 257 din actualul Cod penal, doar sub aspectul sancțiunilor. Pedepsa prevăzută în actualul Cod penal este închisoarea de la 2 la 10 spre deosebire de noul Cod penal care prevede pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani.

2.4. Cumpărarea de influență. Art. 292 din Noul Cod Penal. Potrivit noului Cod penal, Cumpărarea de influență este definită ca fiind: „*Promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase, direct sau indirect, unei persoane care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public, pentru a-l determina pe acesta să îndeplinească, să nu îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau să îndeplinească un act contrar acestor îndatoriri, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi*”.

Infracțiunea de cumpărare de influență a fost preluată din Legea nr. 78/2000¹², modificată și completată prin Legea nr. 161/2003, la care s-a prevăzut aplicarea obligatorie a pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi.

Se poate observa că modalitățile de comitere a elementului material al laturii obiective sunt identice cu cele ale infracțiunii de dare de mită, ceea ce diferențiază cele două infracțiuni este calitatea persoanei care primește banii sau alte foloase necuvenite. În cazul infracțiunii de cumpărare

¹¹ Art.255 alin.(3) din actualul Cod penal: Mituitorul nu se pedepsește dacă denunță autorității fapta mai înainte ca organul de urmărire să fi fost sesizat pentru acea infracțiune.

¹² Infracțiunea de cumpărare de influență este reglementată de art 6¹ alin. (1) din Lege, în cadrul capitolului III, secțiunea 2, intitulată: „infracțiuni de corupție”.

de influență, aceasta poate fi orice persoană care are influență sau se lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public, pe când, în cazul infracțiunii de dare de mită, banii sau foloasele necuvenite sunt oferite chiar funcționarului ce are în competență efectuarea actului solicitat de mituitor.

Termenul de „promisiune” presupune asumarea unui angajament de către o persoană, de a remite în viitor bani sau alte foloase unei persoane care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public.

Termenul de „oferire” presupune prezentarea, înfățișarea anumitor bunuri sau alte foloase unei persoane care are influență sau se lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public.

Prin termenul „dare” se înțelege acțiunea mituitorului de a preda bani sau alte foloase în mâna persoanei care are influență sau se lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public.

Infrațiunea de cumpărare de influență presupune îndeplinirea următoarelor condiții:

- Promisiunea, oferirea, darea să aibă ca obiect bani, bunuri sau alte foloase,
- Bani sau foloasele să fie necuvenite, adică să nu fie datorate în mod legal funcționarului public,

- Primirea, pretinderea de bani sau alte foloase ori acceptarea de promisiuni sau daruri să aibă loc mai înainte ca funcționarul pe lângă care s-a promis că se va interveni să fi îndeplinit actul care îl interesează pe cumpărătorul de influență sau cel târziu în timpul îndeplinirii acestuia. În caz contrar vor fi aplicabile dispozițiile privitoare la infracțiunea de înșelăciune prevăzută de art. 244 din Noul Cod penal,

- Actul în vederea căruia se realizează cumpărarea de influență poate fi un act licit sau ilicit ce intră în atribuțiile de serviciu ale funcționarului.

„A avea influență” înseamnă a fi în relații de prietenie destul de strânse, a se bucura în mod real de încrederea funcționarului public sau funcționarului.

„A lăsa să se creadă că are influență” înseamnă a crea cumpărătorului de influență falsă impresie că se bucură de trecere în fața funcționarului public sau funcționarului.

2.5 Fapte săvârșite de către membrii instanțelor de arbitraj sau în legătură cu aceștia.

Art. 293 din noul Cod penal. Articolul 293 din noul Cod penal prevede că – Dispozițiile art. 289 și art. 290 se aplică în mod corespunzător și persoanelor care, pe baza unui acord de arbitraj, sunt chemate să pronunțe o hotărâre cu privire la un litigiu ce le este dat spre soluționare de către părțile la acest acord, indiferent dacă procedura arbitrală se desfășoară în baza legii române ori în baza unei alte legi.

Ca urmare a ratificării de către România a Protocolului adițional la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția, (Legea nr. 260/2004) s-a impus completarea cadrului infracțiunilor de corupție cu o prevedere referitoare la extinderea normelor penale respective în privința faptelor de dare și luare de mită comise de persoanele implicate în soluționarea litigiilor pe cale de arbitraj intern sau internațional (art. 2 – 4 din Protocol).

Prin introducerea acestui articol, subiecții activi ai infracțiunii de luare de mită și subiecții pasivi ai infracțiunii de dare de mită pot fi și persoanele care, pe baza unui acord de arbitraj, sunt chemate să pronunțe o hotărâre cu privire la un litigiu ce le este dat spre soluționare de către părțile la acest acord, indiferent dacă procedura arbitrală se desfășoară în baza legii române ori în baza unei alte legi.

2.6 Fapte săvârșite de către funcționari străini sau în legătură cu aceștia. Art. 294 din noul Cod penal. Noțiune. Potrivit noului Cod penal, faptele săvârșite de către funcționari străini sau

în legătură cu aceștia este reglementată astfel: prevederile prezentului capitol se aplică în privința următoarelor persoane, dacă, prin tratatele internaționale la care România este parte, nu se dispune altfel:

- a) funcționarilor sau persoanelor care își desfășoară activitatea pe baza unui contract de muncă ori altor persoane care exercită atribuții similare în cadrul unei organizații publice internaționale la care România este parte;
- b) membrilor adunărilor parlamentare ale organizațiilor internaționale la care România este parte;
- c) funcționarilor sau persoanelor care își desfășoară activitatea pe baza unui contract de muncă ori altor persoane care exercită atribuții similare, în cadrul Comunităților Europene;
- d) persoanelor care exercită funcții juridice în cadrul instanțelor internaționale a căror competență este acceptată de România, precum și funcționarilor de la grefele acestor instanțe;
- e) funcționarilor unui stat străin;
- f) membrilor adunărilor parlamentare sau administrative ale unui stat străin.

3. Concluzii. Corupția din justiție constituie un motiv de îngrijorare încă din epoca antică. În ultimii ani acest subiect a ajuns să fie amplu dezbătut pentru că este receptat drept principalul obstacol în impunerea și respectarea regulilor „statului de drept”, principiu pe care se fundamentează orice democrație.

În contextul interesului din ce în ce mai mare acordat chestiunilor relative la corupție pe plan mondial și datorită preocupării autorităților române de îndeplinire a criteriilor de aderare în perspectiva lărgirii Uniunii Europene prin admiterea de noi membri, legislația națională privind corupția a fost semnificativ modificată și completată în ultimii ani. De aceea prevederile noului Cod penal în materia infracțiunilor de corupție au fost puse în concordanță cu prevederile Convenției penale privind corupția, adoptată la Strasbourg la 27 ianuarie 1999, ratificată de România prin Legea nr. 27/2002.

Pedepsele prevăzute în normele de incriminare a faptelor de corupție, în noul Cod penal, sunt mult mai reduse decât în Codul penal în vigoare.

În acest sens, practica ultimului deceniu a demonstrat că nu mărirea exagerată a limitelor de pedeapsă este soluția eficientă pentru combaterea criminalității ci, existența unui sistem sancționator proporțional cu gravitatea faptelor săvârșite, susținut de o aplicare promptă a acestor pedepse de către organele judiciare.

Reducerea pedepselor a fost susținută de următoarele argumente:

- a) pedepsele aplicate în concret de instanțe pentru această categorie de infracțiuni;
- b) necesitatea corelării cu dispozițiile din partea generală referitoare la mecanismele de sancționare a pluralității de infracțiuni, dar și la limitele de pedeapsă prevăzute pentru aplicarea modalităților alternative de individualizare a executării sancțiunilor. De altfel, proiectul noului Cod penal cuprinde un regim sancționator mai sever pentru recidivă, prin instituirea cumulului aritmetic.
- c) necesitatea reflectării în limitele legale de pedeapsă a ierarhiei firești a valorilor sociale care fac obiect de ocrotire penală;
- d) necesitatea revenirii la tradiția Codurilor penale anterioare (Codul penal de la 1864, cel din 1936 și Codul penal în vigoare în forma avută la adoptarea sa în 1968).

Fenomenul corupției trebuie prevenit și combătut printr-o activitate hotărâtă, fără compromisuri, dusă în cadrul și potrivit legii, cu respectarea demnității umane și a prezumției de nevinovăție, sub privirea și controlul societății civile. Corupția nu poate fi stopată în afara criminalității privită global, luptând și împotriva infracțiunilor care într-un fel sau altul o însoțesc: delapidarea, gestiunea frauduloasă, furtul, abuzul în serviciu, înșelăciunea, traficul de droguri etc.

Referințe bibliografice

- Legea 286/2009 privind noul Cod penal al României
- Legea 15/1968 privind Codul penal al României
- Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție.
- Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.
- **O.Mastacan**, *Răspunderea penală a funcționarului public*, Editura Universul Juridic, București, 2011.
- **V.Dobrinou**, *Corupția în dreptul penal român*, Ed. Atlas Lex, București, 1995.
- **E.Mădulărescu**, *Traficul de influență*, Editura Hamangiu, 2006.
- www.just.ro

CRIMINALI ÎN SERIE

Ruxandra-Cristina DUȚESCU*

Abstract

Based on the study of serial killers, which in our times don't merely represent TV series or film and book characters, but a phenomenon which embodies a grotesque reality, taking over larger parts of the television news sections and newspaper articles, this paper emphasizes and gives a thorough understanding of the serial killer profile, trying to give answers to certain questions such as "Who are these criminals?", "What is the psychic mechanism that turns them into monsters?", "What type of motivations determine them to commit these massacres?". Alongside with the answers of these questions many criminal profiles and the relationship between them and their victims are focused, the later ones having a key role in the killer's choice.

Cuvinte cheie: crimă, criminal în serie, victimă, tipologii, profil general.

1. Introducere

Cu amestecul de cruzime și aparentă banalitate care îi particularizează, criminalii în serie constituie astăzi una din formele preocupante ale criminalității mondiale. Studiile complexe având ca subiecți criminalii în serie evidențiază aspecte certe și anume că, pe de-o parte acești ucigași sunt incurabili, iar pe de altă parte că numai deținerea lor în stare de arest și sancțiunea închisorii pe viață sunt susceptibile să protejeze societatea de actele lor abominabile.

Totodată, nu este mai puțin important de semnalat că, în ciuda cruzimii de care dau dovadă, criminalii în serie au intrat în conștiința populară, într-un mod ciudat și nefiresc, aproape ca niște eroi de folclor. În Statele Unite, de exemplu, Charles Manson¹ a beneficiat de un adevărat cult al personalității, așa încât tinerii de azi, nenăscuți încă la vremea cazurilor Tate și La Bianca, își formează propriile bande în spiritul tribului lui Manson. Un alt exemplu este David Berkowitz. În momentul în care acesta a fost identificat drept ucigașul în serie supranumit și "Fiul lui Sam", apartamentul său din districtul new-yorkez Yonkers a fost complet devalizat de vânătorii de suveniruri, în căutarea lor disperată după vreo amintire a criminalului care devenise deja celebru.

Această fascinație nu este valabilă numai în cazul criminalilor reali. Ea se aplică într-o măsură incredibil de mare și monștrilor născuți din ficțiune. Este semnificativ, poate, că în timp ce Jeffrey Dohmer își măcelărea și își mânca victimele în Milwaukee iar Nikolai Giumagaliev făcea același lucru în Kazahstan, doctorul Hannibal Lecter, un imaginar multiucigaș și canibal se bucura de o celebritate internațională datorită filmului "Tăcerea mieilor", realizat după romanul lui Thomas Harris.

Dacă ficțiunea a transformat figurile criminalilor în serie în personaje atât de des întâlnite în filme, în seriale TV sau în cărți, fenomenul ca atare reprezintă o relitate morbid care ocupă spații tot mai largi în buletinele de știri sau în ziare.

Cine sunt acești criminali? Care este mecanismul psihic ce îi transform în niște monștri? Ce motivații îi determină să comită masacrele? Cum își aleg victimele? La toate aceste întrebări răspund numeroase profiluri de criminali ca „văduva neagră”, „îngerul morții”, etc.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: cristy_zet@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr. Costică Păun.

¹ Facem precizarea că majoritatea cazurilor de ucigași în serie la care se face referire în continuare sunt prezentate, pe larg, în anexa din finalul prezentei lucrări. Din acest motiv, nu se vor face trimiteri explicative la subsolul paginii. Majoritatea cazurilor sunt selectate din Brian Lane și Wilfred Gregg, "Enciclopedia criminalilor în serie", București, Ed. RAO, 1996.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

DEFINIREA CONCEPTULUI DE “CRIMINAL ÎN SERIE”

Pentru a înțelege mai bine problematica criminalului în serie se pune problema definirii acestui concept. Astfel, în urma unei analize atente a explicațiilor date de Dicționarul Explicativ al Limbii Române², vom sesiza că acesta nu oferă o definiție distinctă pentru noțiunile de “criminal³ în serie”, “ucigaș în serie” sau “asasin în serie”, însă se referă la termenii “criminal”, “ucigaș” și “asasin” pentru a desemna persoana care ucide pe cineva sau care provoacă moartea cuiva. În ceea ce privește cuvântul “serie”, tot dicționarul îl explică ca pe “o repetare consecutivă de acțiuni sau evenimente de același gen”.

Astfel, ținând seama de semnificațiile acestor cuvinte, criminalul în serie este acel tip de ucigaș care suprimă viața mai multor persoane, cu pauze între acte, având, de cele mai multe ori, o modalitate particulară de operare și de selectare a viitoarelor sale victime.

În limba engleză, acest gen de ucigaș este desemnat prin cuvintele: “serial killer”, “repeat killer”, “random killer” și “serial murderer”, care nu reprezintă altceva decât sinonime ale expresiilor românești menționate anterior. Pentru “crima în serie” se utilizează sintagmele “serial murder”, “serial killing” sau “serial homicide”.

Însă, definiția cea mai cuprinzătoare a criminalului în serie este cea a lui Egger, profesor asociat de justiție socială la Universitatea din Sangamon:

„ O crimă în serie se constituie atunci când unul sau mai mulți indivizi(bărbați, în cea mai mare parte a cazurilor) comit o a doua omucidere și/sau o altă crimă ulterior; este fără predeterminare(nu există o relație stabilă între autor și victimă); survine într-un moment distinct și, aparent, nu are legătura cu omuciderea inițială, fiind în general, comisă într-o zonă geografică diferită. În plus, mobilul nu este tentația câștigului material, ci pare să fie dorința de a-și exercita puterea asupra victimelor. Acestea din urmă pot avea o valoare simbolică, sunt percepute ca fiind neînsemnate și se află în imposibilitatea de a se apăra singure sau de a-i alerta pe ceilalți”.

În sfârșit, majoritatea cercetătorilor a operat o distincție între criminalul în masă și criminalul în serie. Se subliniază faptul că un criminal în masă acționează singur și asupra mai multor victime într-un singur loc și într-un singur moment.

DIFERENȚE ÎNTRE “crima în serie”, “crima ocazională”, “crima în masă” și “crima teroristă”

Crima ocazională (“normală” sau “accidentală”)

Forma cea mai comună de omucidere este incidentul singular, prin care o persoană este omorâtă de o altă persoană. Convențional, criminologia clasifică acest gen de omururi în două categorii:

A) “crima pasională”, comisă într-un moment de furie intensă sau de frustrare, adeseori cauzat de atitudinea victimei;

B) crima înfăptuită cu “sânge rece”, care se distinge printr-o premeditare atentă, motivată de cele mai multe ori de speranța unui câștig personal.

O dată atins obiectivul propus (de exemplu, eliminarea soțului necredincios sau a deținătorului unui obiect râvnit de către ucigaș), nu există nici un motiv de a mai presupune că asasinul va ucide din nou, fără a fi înlăturată în totalitate posibilitatea ca acesta să recidiveze.

² DEX '09 Dicționarul explicativ al limbii române, ediția a III-a, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan - Alexandru Rosetti”, Editura Univers Enciclopedic, 2009

³ prin “criminal” se mai înțelege și o persoană care săvârșește o infracțiune deosebit de gravă, mai ales omor

Crima în masă

“Crima în masă” poate fi definită ca o acțiune în care un număr oarecare de persoane sunt ucise de un singur ucigaș într-un timp relativ scurt și aproximativ în aceeași arie geografică⁴. De regulă, acest gen de criminal apelează la mijloace de natură a provoca moartea care nu implică contactul fizic nemijlocit al asasinului cu victima (de exemplu, folosește arme de foc, explozibili, otrăvuri ș.a.).

Crima teroristă

Spre deosebire de “crima în masă”, în cazul “crimei teroriste”, asasinatele au loc într-o perioadă de timp oarecum mai lungă: ore sau zile. Geneza asasinatelor se regăsește în nemulțumiri de ordin politic, religios sau de altă natură. Înainte de a trece efectiv la act, teroristul obișnuiește să poarte tratative cu autoritățile în vederea satisfacerii doleanțelor sale, intră în contact cu mass-media pentru a-și propaga ideile ori plângerile, și, câteodată, ucide treptat câte o persoană sau mai multe în speranța că va reuși să determine factorii de decizie să cedeze în fața cererilor sale.

De regulă, în spatele acestor crime se află diverse organizații criminale, însă sunt situații când ucigașii acționează din proprie inițiativă.

CARACTERISTICI ALE CRIMEI ÎN SERIE

La fel ca în cazul omuciderilor „normale”, crimele tind să se petreacă în relație de unu-la-unu. Forma cea mai comună de omucidere este incidentul singular, prin care o persoană e omorâtă de o altă persoană. Convențional, criminologia clasifică acest gen de omoruri în două categorii:

a. „crima pasională” comisă într-un moment de furie intensă sau de frustrare

b. „crima înfăptuită cu sânge rece”, care se distinge printr-o premeditare atentă, motivată adeseori de speranța unui câștig personal.

O dată atins obiectivul propus (eliminarea soțului necredincios, de exemplu, sau a deținătorului unui obiect râvnit), nu există niciun motiv de a mai presupune că asasinul va ucide din nou. Dintr-un studiu bazat pe statistica crimelor, se poate vedea că, în anul 1989, în Anglia și Țara Galilor, o mare parte a omuciderilor au fost comise de persoane care se cunoșteau cu victima. Există și circumstanțe accidentale, în care un criminal în serie a ucis mai mult de o persoană într-un incident, adesea fiind vorba de membri ai aceleiași familii, ca și de o infrațiune complementară, cum ar fi hoția. Însă cel mai răspândit scenariu pentru crima în serie, ca și pentru omorul accidental, este cel pe cont propriu și cu o singură victimă. În mare măsură, motivele unui asemenea scenariu sunt evidente. În mod clar, e mai “sigur” să lucrezi singur, în sensul că numai ucigașul știe despre crimă, și trebuie să ucizi o singură victimă, pentru că acest fapt reduce posibilitatea ca autorul crimei să primească o ripostă dură sau ca victima să scape. Mai mult, caracterul individualist al criminalului în serie face imposibilă situația în care el să fie capabil sau dornic de a-și împărtăși nevoile și plăcerile altcuiva. Această concluzie reiese, în conformitate cu statisticile, din faptul că el duce o viață paralelă sub chipul unui salariat demn de încredere, onorabil cap de familie și bun vecin.

Cu toate acestea surprinde frecvența cuplurilor, partenerilor și grupurilor criminale deși în acest caz indivizii din care se compune perechea depind unul de altul. Și totușio, cerințele de securitate, pe care ucigașul singularitic le simte ca fiind esențiale, sunt satisfăcute.

CUPLURILE UCIGAȘE

Sensul obișnuit se referă la o pereche bărbat-femeie, aproape întotdeauna implicați într-o relație sexuală, în care bărbatul este, în general, partea dominantă. Se observă un fenomen interesant, și anume că, în vreme ce ambii parteneri au, ca indivizi, înclinații degenerate, <<personalitatea lor combinată>> se dovedește mortală doar când sunt împreună. Pentru acest fenomen, francezii au

⁴ Brian Lane, Wilfred Gregg, op. cit., p. 13

născocit expresia **folie à deux** (“iluzie împărtășită de două persoane legate emoțional”), iar psihologia – termenul **Gestalt** conform căruia “întregul organizat e mai puternic decât suma părților lui”.

Printre cele mai cunoscute cupluri ucigașe se numără englezii Ian Brady și Myra Hindley și australienii David și Catherin Birnie. În cazul englezilor, relația lor era cimentată de o fascinație comună pentru dezgustătoarelor excese ale naziștilor și ale sadicilor sexuali. La fel ca multe alte cupluri care îndrăgesc această perversiune sexuală, Brady și Hindley uzau de materialele pornografice disponibile, însă spre deosebire de ceilalți, au devenit din ce în ce mai dornici de experiențe de maximă intensitate. În cele din urmă, patima lor a dus la torturarea brutală și omorârea copiilor. Câtă vreme au acționat în cuplu, n-a ajuns nimic la urechea altcuiva, securitatea lor sfârâmându-se în clipa în care l-au introdus în acest joc macabru pe unul din membrii familiei lor, care i-a denunțat la poliție.

Cu toate că tendința bărbaților de a domina reflectă un tipar social tradițional, există și cazuri în care partenerul feminin se dovedește cel dominant și joacă rolul de conducător. O astfel de relație a existat între Martha Beck și Raymond Fernandez.

Partenerii homosexuali împărtășesc același stres emoțional și același gen de legături afective ca și cuplurile heterosexuale. În orice caz, cuplurile homosexuale masculine tind să fie cele mai sadice din punct de vedere sexual. La ele se întâlnește cel mai înalt grad de torturare fizică a victimelor.

Într-o relație bazată pe sex, punctul vulnerabil îl constituie infidelitatea. În momentul în care unul dintre parteneri abdică de la această obligație, apare, în mod inevitabil, ura și, pe cale de consecință, posibilitatea denunțului celui alt partener.

PARTENERII

Noțiunea cuprinde cuplurile care nu se bazează pe relații sexuale. În acest caz este vorba despre veri criminali, frați sau cunoștințe întâmplătoare. Edificator în această privință este cazul pe care l-au furnizat frații Ralph și Tommy Searl, care au ucis independent unul de altul, în același timp și în aceeași zonă – Kalamazoo, Michigan, SUA – din motive diferite. Un alt caz este cel al lui William Burke și William Hare, scoțienii care obișnuiau să-și ciopârțească cadavrele. Deși în cazul lor opinia generală este că relația lor se baza pe invidie reciprocă și degenerescență, se crede că statornicia parteneriatului lor se datora în bună parte cooperării și sprijinului activ oferit de concubinele lor, care serveau ca momeală pentru a atrage victimele într-o cabană, unde își întâlneau moartea, după o metodă specială a lui Burke: sufocarea.

GRUPURILE UCIGAȘE

Grupurile ucigașe s-au dovedit instrumente foarte eficiente ale crimelor multiple, persoanele componente fiind unite, în cele mai multe cazuri, de un ideal comun creat de propriile închipuiri. De multe ori, grupurilor li se poate aplica foarte bine același principiu de **folie à deux**. Indivizii în sine pot fi incapabili de a comite o crimă, dar, adunați sub aripa unui grup cu o cauză comună și un lider, pot fi cuprinși de un val de “nebulă” colectivă.

Grupurile ucigașe își ascund faptele sub acoperirea unor acțiuni “politice”, religioase, rasiale. Astfel, “Spintecătorii din Chicago” au operat între 1981 și 1982, folosind crima și mutilarea ca părți ale unor acte rituale de canibalism. Mai recent, în 1991, patru infirmiere au fost judecate la Viena, acuzate de omorârea a patruzeci și doi dintre pacienții lor între 1988 și 1989. Un fapt și mai ieșit din comun s-a petrecut în satul maghiar Naghyrev, între 1914 și 1929, când treizeci și opt de localnice au fost implicate într-un lanț de otrăviri căruia i-au căzut victime sute de persoane.

MODELUL MOTIVAȚIONAL AL OMUCIDERII SEXUALE (FBI)

Pe baza unor interogatorii sistematice ale celor 36 de criminali în serie aflați în închisorile americane între 1979 și 1983, Burgess *et al*⁵ a propus un model motivațional al omuciderii sexuale, adică un proces general, în cinci faze, care explică modul în care un individ devine criminal în serie.

Astfel, cele cinci faze sunt:

➤ **Un mediu social ineficient**, în care copilul nu reușește să înnoade legături cu familia sa, fiind, cel mai adesea, victima abuzurilor, părăsirii ori neglijării din partea părinților sau a celor care îl supraveghează. Când un copil crește, intensitatea iubirii pe care o simte față de părinții sau apropiații lui și a celei pe care o primește reprezintă factorul decisiv pentru o sociabilitate reușită. În cazul criminalilor studiați, părinții nu acordă nicio atenție și se arată indiferenți față de copilul lor. Cel mult, ei stabilesc regulile de comportament, neîngăduindu-i copilului să facă diferența dintre bine și rău.

➤ **Evenimente destabilizatoare**, care survin foarte devreme în copilărie, precum abuzurile fizice și sexuale, și care le dirijează motivațiile și viața socială, gândurile lor fixându-se pe aceste evenimente traumatice și făcându-i să se simtă lipsiți de apărare. De aici rezultă eșecul subiectului de a se dezvolta normal.

➤ **Fantasmеle violente**, de control și de dominație, îi compensează traumatismele, rezultând o personalitate negativă, care îl determină să își caute satisfacția personală fără a mai ține cont de consecințele acestui fapt pentru ceilalți. Repetarea sau obsesia traumatismelor îl aduc mereu în același impas: să-și retrăiască durerea sau să-și construiască pe îndelete scenarii imaginare. Întreținând un monolog interior, rupt de realitate, el judecă faptele după propria sa logică și cade în generalizări, nesecotindu-se responsabil și dezvinovățindu-se.

➤ **Comportamentele auto- și heteroagresive** din primii ani devin mai violente în timpul adolescenței și al vârstei adulte; prima trecere la fapte îi trezește întreaga energie fantasmatică, îl dezvăluie în ochii lui și se exprima cu o conotație sexuală. La început este frecvența cruzimea față de animale și copii. Apoi, îl apropie mai mult în fiecare zi de fantasma criminală, cu aceeași indiferență pe care mediul său social a manifestat-o față de el. Agresiunea se explica în trei timpi: 1. Creșterea în forță a fantasmelor, însoțită de instabilitate, anxietate și nervozitate. 2. Factorii de stres la nivelul sistemului nervos central declanșează trecerea la fapte pentru a evacua tensiunea pe care sistemul nu mai poate să o regleze. 3. Descărcarea este eliberatoare și fantezmele se focalizează asupra unei victime, reduse la starea de obiect, ceea ce îi procură plăcere și ușurare – de unde și absența remușcărilor.

➤ **O retroacțiune a fantasmelor agresive**, care, accelerată de eșecurile și izolarea socială, îl determină să repete și să-și legitimeze purtările violente; de aceea își planifică agresiunile, îndreptându-și greșelile și rafinându-și fantezmele. Nu reține decât scenariile care prezintă un minimum de riscuri și un maximum de avantaje.

După elaborarea modelului de către FBI, profesorul doctor Eric Hickey⁶, elaborează un model denumit modelul de traumă-control, fiind convins de faptul ca factorii care predispun (rănire la cap, anomalie biologică de tipul cromozom Y suplimentar, etc) asociați cu evenimente traumatizante (abuz și părăsire a copilului) îl împing pe subiect să-și dezvolte fantezmele, pentru a lupta împotriva acestei lipse de respect față de sine, conducându-l la disocierea personalității, pentru a-și proteja exilibrul psihic. El își crează o mască în spatele căreia se ascunde spre a-și compensa suferințele dar prăpastia dintre aparență și realitate îi reactivează traumele. Ucigașii în serie ar fi atinși de sindromul Mefisto, o combinație între disociere și psihopatie. Incapabil să își stăpânească această groaznică tensiune, agravată frecvent de stimulenți, el se refugiază în fantezme violente, pe care le va pune în

⁵ A. Burgess, C. Hartman, R. Ressler, J. Douglas și A. McCormack, Sexual homicide, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 1, nr. 3, 1986, pp. 251-272

⁶ Hickey Eric, *Serial Murderers and their Victims*, London, Wadsworth, 2002

scenă cât mai fidel cu putință, pentru a-și controla existența și a-și domina victima. S-a demonstrat că statele care au cel mai mare număr de cititori de publicații pornografice sunt totodată și statele cu rata cea mai ridicată a violurilor. Realitatea nu se ridică niciodată la înălțimea fantasmei, ceea ce reactivează, mai devreme sau mai târziu, traumele.

VICTIMELE CRIMINALILOR ÎN SERIE

Există un risc mai mare să fi ucis în marile orașe decât în micile aglomerări. Multă vreme s-a crezut că Sudul Statelor Unite ar fi avut cea mai ridicată rată a omuciderilor și că negrii ar fi fost responsabili în peste 50% dintre cazuri. Studiile însă demonstrează că, dimpotrivă, numai 20% sunt implicați.

O altă idee preconceptută: criminalului în serie îi place să se plimbe dintr-un stat în altul. În realitate, criminalii acționează local în 52% dintre cazuri și în alte 14% în locuri specifice. Criminalul tradițional nu are motivație pentru modul de operare folosit, dar are una în selecționarea victimei.

În cazul crimei în serie, nu există – sau este foarte redusă – o conexiune între ucigași și victimă, persoanele implicate având foarte rar relații directe de rudenie. Acest atribut al criminalilor în serie este, într-un sens, un fenomen de dată recentă: există victime care au fost alese tocmai pentru că aparțin familiei asasinului, așa cum se întâmplă în cazul crimelor premeditate care urmăresc un câștig financiar. Majoritatea acestor evenimente s-au petrecut într-o vreme când nici criminologia, nici medicina și nici arta investigației nu erau atât de dezvoltate, încât să detecteze de la început ceea ce acum ar fi considerate omucideri evidente. Însă, pe măsură ce tehnica de cercetare criminalistică și comunicațiile între polițiști, ca și înțelegerea gândirii criminale, au avansat, astfel de tipare clare victimă/motiv au devenit tot mai dificil de mascat. Femeile singure sunt cel mai des alese drept victime. Urmează după aceea prietenii și vecinii. Puțini criminali aleg numai copii, numai adolescenți sau numai persoane în vârstă.

Una dintre cele mai alarmante caracteristici ale tendințelor recente în omucideri o constituie creșterea dramatică a crimelor cu autori necunoscuți. În plus, deși multe dintre ele sunt datorate unei alte infracțiuni (jaf, viol etc.), un număr important intră în categoria celor “lipsite de mobil”. În aceste cazuri, criminalii demonstrează, în general, o lipsă sociopatologică de îngrijorare sau regret în ceea ce privește violența cu care își trataseră victimele, iar în unele situații ei chiar au o mare satisfacție de pe urma suferințelor pricinuite. De exemplu, Gerald Stano a mărturisit că uciderea celor treizeci și două de tinere femei, victime ale sale, a fost pentru el la fel de neînsemnată ca strivirea unor gândaci.

Așadar, criminalul în serie își alege, în general, victimele la întâmplare, lucru care i-a determinat pe americani să-l denumească și “random killer” adică persoană care ucide tot ce îi cade în față, însă victimele adeseori se înscriu într-un anumit tipar.

Alegerea victimei este o problemă majoră pentru criminalul în serie. În fond, alege persoana care va fi ușor de dominat și care corespunde cel mai bine fantasmelor sale. Indivizii care sunt prezenți la „momentul potrivit”, „în locul potrivit”, sau care își mențin un anumit stil de viață se expun singuri la un mai mare risc de a cădea victime. Unii criminali urmăresc victimele care le oglindesc stilul lor de viață – anterior sau fantasmatic.⁷ Ei le caută mai ales pe acelea care reprezintă mai ales ce își doresc ei. Poate fi, de asemenea, o omucidere prin procura: subiectul ucide pe cineva care îi amintește sau simbolizează ceea ce el cu disperare vrea dar nu a avut niciodată. Aceste atribute tangibile, îl obsedează și îl fac să se întoarcă neîncetat la frustrările sale – de aceea femeile frumoase, tinere, bogate, hotărâte, pe deplin sănătoase, devin cel mai des victime.⁸ Alții ucid pe cei care le inspiră teamă sau pe care îi detestă: homosexualii, vagabonzi, persoane vârstnice și infirme.

⁷ K. Egger, *Preliminary database on serial killers from 1900-1999*, in S. Egger, *The Killers among us: An examination of Serial Murder and its Investigation*, Upper Saddle River, Prentice Hall, 2001

⁸ FBI, *Crime in the US* adapted from the uniform Crime Reports, Washington, US Department of Justice, US Government Printing Office, 1993

PROFIL GENERAL

Lucrările lui Norris⁹ au permis stabilirea profilului general al bărbatului criminal în serie, mulțumită interievării a 12 făptași, expertizei altor 300 și consultării cu diverși profesioniști (neurologi, chirurghi, psihiatri, medici legiști, farmaciști cercetători) asupra a 500 de studii de caz. Unele aspecte sunt caracteristici tipice criminalului în serie, altele explică etiologia comportamentală. Profilul general cuprinde 21 de elemente.

a. *Comportamentul ritualic.* Acesta servește la structurarea fantasmelor și a violenței faptice ale criminalului, ceea ce permite anchetatorilor să recunoască numitorul comun dintre diferite crime. Este cazul lui Henry Lucas, care și-a revendicat sute de victime de prin toate statele din SUA și care, violând în general autostopiste înainte și după moarte, voia de fapt să o ucidă, prin intermediul lor, pe mama lui, prostituată și alcoolică.

b. *Masca de sănătate mentală.* Subiectul nu pare anormal în viața de toate zilele. Are o față acceptabilă din punct de vedere social și se conformează, cel mai adesea, normelor societății în care trăiește. De exemplu, Ted Bundy, care ucidea tinere studente din Seattle în vreme ce își pregătea o licență în drept, lucrând pentru oameni politici locali și pentru o structura de prevenire a sinuciderii prin telefon. Norris arată că 88% dintre criminalii pe care i-a studiat prezintă unul sau mai multe simptome psihiatrice, chiar dacă nu sunt severe.

c. *Compulsiunea.* Subiectul este tipic în trecerea la fapte, dar și în alte aspecte ale vieții sale precum înfățișarea fizică, curățenia din jurul casei sale, obsesia igienei personale, colecționarea articolelor de presă.

d. *Căutarea unui ajutor.* Mai mulți criminali examinați au simțit nevoia de a vorbi despre lipsa de control, despre impulsurile lor violente, sau despre familia lor cu probleme.

e. *Mincinoșii patologici.* Indivizii care comit violențe episodice, sunt adeseori, mincinoșipatologici.

f. *Tendențele suicidare.* Numeroși criminali în serie sunt sinucigași – unii s-au sinucis, alții au încercat să se sinucidă sau aveau un ideal suicidar. Când această dorință ajunge una dintre obișnuințele lor, se întâmplă să-și lase victimele în viață, ceea ce duce adeseori la arestarea lor.

g. *Antecedentele de agresiune sexuală.* Mulți cumulează comportamentele sexuale violente, uneori încă din copilărie, arătând cruzime față de alți copii.

h. *Un comportament sexual deviant* ca de pilda exhibiționismul, incestul sau zoofilia.

i. *Un traumatism cerebral și alte răni.* acestea rezultă uneori dintr-o lipsă de oxigen la naștere, alteori din răni suferite în copilărie sau din accidente la vârsta adultă.

j. *Antecedente de abuz cronic de droguri și alcool.* Criminalii sunt adeseori intoxicați în momentul faptelor.

k. *Abuzul de droguri și alcool din pricina părinților.*

l. *Abuzurile fizice și psihologice.* Aproape toți criminalii în serie au fost copii care au suferit abuzuri. Au trăit cel puțin despărțirea de unul sau de ambii părinți și grave maltratări fizice, în general.

m. *O sarcină nedorită.*

n. *O sarcină dificilă.*

o. *O copilărie nefericită.* Aproape niciunul dintre criminalii în serie nu a trăit o copilărie fericită și puțini sunt capabili de a resimți simpatie pentru adulți.

p. *Cruzime asupra animalelor.* Henry Lucas a torturat animale și a întreținut raporturi sexuale cu leșurile lor. Robert Long a violat câinele preferat al mamei sale, din gelozie.

q. *Tendențele piromanice.*

⁹ J. Norris, *Serial Killers: The Growing Menace*, New York, Doubleday, 1988, pp19,39.

- r. *O afecțiune neurologică.*
- s. *Tulburări genetice.*
- t. *Simptome biochimice*
- u. *Sentimente de putere și de mediocritate.*

TIPOLOGII

Există mai multe clasificări ale criminalilor în serie.

Potrivit lui Rappaport¹⁰ distingem următoarele tipuri:

a. *Criminalii orgiastici* (spree killers), care comit serii de asasinat „intr-o petrecere continuă”, adică fără perioadă de acalmie durabilă.

b. *Actorii din operațiunile de crimă organizată*, precum oamenii de arme ai Mafiei, teroriștii, mercenarii, asasinii plătiți, membrii de bandă, motivați de bani sau de un mobil special.

c. *Otrăvitorii sau asfixiatorii*, care sunt adesea medici sau infirmieri, dar și doici sau părinți adoptivi.

d. *Criminalii psihotici și presupuși psihotici*, care par să acționeze sub imperiul halucinațiilor sau al delirelor.

e. *Sadici sexuali psihopați*, cu personalitate antisocială și cu tendințe sexuale sadice.

Potrivit lui Gee¹¹, care operează o clasificare mai pronunțat medico-legală, distingem:

a. *Criminalul care ascunde într-un loc secret cadavrele victimelor și încearcă să șteargă urmele crimelor* – cadavrele sunt adeseori descoperite din întâmplare, disparițiile nu sunt semnalate.

b. *Criminalul care maschează faptele, voluntar sau nu, astfel încât riscă să nu fie calificate drept asasinat* de către anchetatorii și medicii legiști.

c. *Criminalul care nu-și ascunde victimele, nici faptul că au fost ucise* (exemplu: Jack Spintecătorul)

Lucrările lui Holmes și De Burger¹² sunt cele mai exacte în acest sens. Conform acestora putem identifica următoarele tipuri de criminali în serie:

a. *Criminalul în serie vizionar (visionary type)*, care acționează ca teleghidat și însărcinat să ucidă necunoscuți de către voci sau viziuni. Unii criminali se consideră ei înșiși posedați de diferiți demoni ori spirite care le ordonă să ucidă, alții susțin că ar intra în contact chiar cu următoarele victime care le-ar împărtăși dorința de a fi ucise. De pildă, Herbert Mullin avea convingerea că, prin vărsarea de sânge, el și numai el putea evita un seism catastrofal care ar fi distrus California. Mullin era asigurat de alte mesaje telepatice, care se presupunea că veneau de la victime, că acestea înțelegeau de ce fusese nevoie ca el să ucidă. Harvey Carignan (SUA) era convins că Dumnezeu îi porunca să omoare femei tinere, uneltele ale diavolului.

b. *Criminalul în serie misionar (mission serial killer)*, care este mai curând un psihopat organizat, făcându-și o datorie din a suprima, perfect conștient, o anumită categorie de persoane. Victimele misionarilor pot avea aproape orice ocupație, orice religie și orice credință politică, deși, în cele mai multe cazuri, grupurile-țintă sunt alese pentru că ele constituie obiectul condamnării societății – practicantele prostituției, homosexualii și minoritățile rasiale. Cu toate că criminalul poate fi conștient că a ucide este o faptă rea, el își devalorizează și dezumanizează în minte ținta într-o așa măsură, încât, în final, crima i se pare justificată. Cel mai bun exemplu în acest caz este explicația pe care Peter Sutcliffe i-a dat-o fratelui său mai tânăr asupra motivelor uciderii prostituatelor: “curățăm străzile, puștiule, doar curățăm străzile”.

¹⁰ Rappaport, *The serial and the mass murder*, *American Journal of Forensic Psychiatry*, 9(1), 1988, pp.39-48

¹¹ D.Gee, *A pathologist's view of multiple murder*, *Forsenic Science International*, 38, 1988, pp. 53-65

¹² R.Holmes și De Burger, *Serial Murder*, Beverly Hills, Sage, 1988, ediție apărută în 1998.

c. *Criminalul în serie hedonist (hedonistic serial killer)*, care este inteligent, mobil, și care a făcut o conexiune vitală între violența personală și răsplata sexuală, aceasta din urmă fiind la nivelul său maxim, înfăptuind crimele în deplină cunoștință de cauză. Aici există 3 subcategorii :

- Criminalul libidinal (lust killer), care-și dorește sexual victimele și care este arhetipul criminalului hedonist în plină activitate.

- Criminalul în căutare de excitații (thrill killer), este un ucigas libidinal, însă nici hiperviolent, nici necrofil.

- Criminalul pentru profit (comfort-oriented killer), care trece la fapte urmărind un beneficiu personal. De exemplu, Mudgett și-a ucis soțiile, logodnicele, angajatele, pentru a-și însuși averile lor.

d. *Criminalul în serie pentru putere/control (power/control serial killer)*, care este un psihopat și/sau un sociopat, căutând absolut conștient să aibă dominație totală, palpabilă și durabilă asupra victimelor sale fără apărare.

ANEXA cu cazuri selectate din istoria crimei în serie

Jack Spintecătorul

Timp de trei luni, între sfârșitul lunii august și până la începutul lunii noiembrie 1888, zona Whitechapel din cartierul de est al Londrei a fost martora unei serii de crime nerezolvate. Asasinatele se caracterizau printr-o sălbăticie nemaîntâlnită; fiecare dintre cele cinci victime - toate prostituate - au fost atacate pe la spate și tuturor li s-a tăiat gâtul; în patru cazuri, corpurile au fost supuse mutilării și disecției.

Prima victimă, Mary Ann Nichols (zisă Polly), a fost ucisă pe 31 august 1888, într-o vineri, pe Buck's Row. Raportul poliției din ziua următoare preciza: "Nu se cunoaște o crimă mai brutală și mai feroce ca aceasta". Pe 8 septembrie, a urmat Annie Chapman, de 47 de ani, care a fost asasinată cu cruzime pe Hanbury Street. O crimă dublă s-a înregistrat duminică, 30 septembrie. Primul cadavru a fost găsit în jurul orei unu noaptea, de un căruțaș, în Berners Street: "Cadavrul aparținea unei femei și avea o tăietură foarte adâncă în jurul gâtului, de la o ureche la cealaltă". A fost identificată ulterior ca fiind Liz Stride. În colțul de sud-vest al lui Middle Square s-a găsit al doilea cadavru, cel al Catherinei Eddowes: "În acest caz, victima era atât de desfigurată, încât identificarea a fost foarte dificilă; abdomenul îi fusese practic smuls și o parte din intestine scoase și înfășurate în jurul gâtului..."

Ultima crimă a avut loc la 9 noiembrie: "Mary Jane Kelly a fost ucisă în propria ei cameră din Miller's Court. Gâtul îi fusese secționat de jur-împrejur cu un cuțit, despărțind aproape capul de trup. Abdomenul îi fusese spintecat și deschis parțial, brațul drept și sânii tăiați, ca și capul ce atârna de trup ținându-se numai de piele, nasul retezat, pielea de pe frunte jupuită, gambele detașate de picioare și răzuite de carne. Abdomenul fusese tăiat cu un cuțit "adânc, în cruce", măruntaiele din partea inferioară și ficatul smulse. Interiorul corpului și părți din coaste lipseau, dar ficatul, se spune, fusese plasat între picioarele bieteii victime. Criminalul așezase pe o masă carnea de pe coapse și de pe gambe, împreună cu sânii și nasul, iar una din mâini o înfipsea în stomac."¹³

Cu aceasta, crimele au încetat și au început controversele care aveau să dureze mai bine de un secol. În ciuda uriașului efort făcut de poliția metropolitană, nu a fost găsită nici o dovadă concludentă pe care să se poată sprijini acuzația de crimă, iar teoriile referitoare la identitatea lui Jack oscilau între improbabil și imposibil - numărul teoriilor era identic cu cel al emițătorilor. Câteva din cele mai importante teorii cu privire la posibilul asasin ar fi următoarele:

Montague John Druin: un avocat ratat, care s-a aruncat în Tamisa în decembrie 1888. Faptul ca moartea lui a coincis cu încetarea crimelor din zona Whitechapel a constituit o dovadă incontestabilă pentru unii că el era ucigașul.

¹³ Descriere preluată de autorii *Enciclopediei* din *Illustrated Police News*

Severin Klosowski (alias George Chapman): si-a ucis trei neveste prin otrăvire, dar era puțin probabil ca un criminal să-și schimbe propriul *modus operandi*. Oricum, s-a înregistrat faptul că inspectorul-șef, detectivul Frederick Abberline, însărcinat cu căutarea Spintecătorului, a observat că, la arestarea lui Chapman, acesta ar fi spus: ”In sfârșit, ați pus mana pe Jack Spintecătorul”. Mai târziu n-a recunoscut spusele, dar a intrat în mitologia Spintecătorului.

Dr. Roslyn D’Onston Stephenson, autor de lucrări consacrate esotericului și magician care, s-a sugerat, ar fi înfăptuit crimele din East End ca ritualuri de magie neagra. “Misterul” s-a adâncit o data cu dispariția lui, în 1904.

Marie Marguerite de Brinvilliers

Marie Marguerite s-a născut în 1630, fiind cel mai în vârstă copil dintre cei cinci ai familiei nobiliare franceze d’Aubray. Fată atractivă și precoce, Marie a fost inițiată în bucuriile oferite de sex la o vârstă fragedă. S-a măritat la vârsta de douăzeci și unu de ani cu marchizul Antoine de Brinvilliers. Soțul ei n-a făcut niciodată secret faptul că preferă masa de joc alcovului, așa că, Marie, mulțumită că avea bunăstare materială și libertate, și-a găsit un amant. Acesta era Gaudin de Sainte-Croix, un prieten al marchizului. Chiar dacă Brinvilliers știa de dragostea dintre cei doi, nu lasă să se vadă nimic. N-a fost aceeași situație însă în cazul tatălui Mariei, un fanatic al legii, având funcția de locotenent civil și de consilier de stat al Franței, care a fost atât de furios pe relația adulteră în cauză, încât l-a aruncat pe Sainte-Croix în Bastilia. Supărat în mod firesc, Gaudin a folosit timpul cât a stat închis pentru a învăța metode de otrăvire de la un maestru recunoscut în domeniu, un alt deținut, pe nume Exili. După eliberare, Sainte-Croix a găsit-o pe Marie fără bani - averea soțului ei se terminase - și, ca atare, cei doi au început să pună la cale otrăvirea tatălui ei, pentru ca Marie să-i poată moșteni averea.

Marie Marguerite era o fiică grijulie în multe privințe. Decât să-i provoace tatălui ei dureri inutile cu o otrăvă necorespunzătoare - nemaivorbind de eventualitatea ca aceasta să fie depistată de doctori - ea și Sainte-Croix au preferat să experimenteze întâi diferite substanțe. Marie le-a testat pe pacienții de la Hotel Dieu, spitalul public din Paris, unde își oferise voluntar serviciile. În consecință, mai mult de cincizeci de nefericiți au sucombat pe altarul “științei” înainte ca Dreux d’Aubray să fie otrăvit, în 1666.

Ceea ce va urma este o transcriere contemporană a raportului întocmit după moartea lui d’Aubray: “In ultimele trei zile de viața ale Monseniorului locotenent, el a slăbit văzând cu ochii, s-a scofălcit, și-a pierdut pofta de mâncare, a început să vomite des și s-a plâns de o arsură la stomac. Când l-au deschis ...i-au găsit tot stomacul înnegrit, ficatul cangrenat și ars, ceea ce atestă fie o otrăvire, fie o tumoare care uneori este atât de toxică, încât are aceleași efecte ca și otrava”.

Punând mâna pe moștenire, marchiza si-a întors privirea spre averile celor doi frați ai ei. Ca atare, Sainte-Croix a fost pus din nou la treabă.

Trebuie menționat și faptul că Marie era fericită să otrăvească persoane care o supărau sau care, pur și simplu, nu erau de acord cu ea. Date fiind aroganța și impulsivitatea ei înnăscută, este ușor de imaginat ce plăcere avea în căutarea de noi victime. Se spune că, de fapt, una dintre ele a fost chiar Gaudin, care petrecând atât de mult timp cu amestecarea substanțelor, în final a sucombat și el, căzând pradă mirosurilor degajate. Când autoritățile au investigat moartea lui subită, au descoperit în camera sa un dulăpior, de vreo treizeci de centimetri pătrați, în care se aflau atât documente incriminatoare, cât și întreaga linie tehnologică a “uzinei de otrăvă” a lui și a lui Marie.

Marie Marguerite de Brinvilliers a fost deferită justiției în 1676. A fost găsită vinovată și condamnată la a fi “decapitată pe un eșafod ridicat special pentru acest scop, după care corpul ei va fi ars și cenușa aruncată în cele patru vânturi. Înainte de execuție, însă, ea va fi supusă torturilor ordinare și extraordinare, pentru a mărturisi care-i sunt complicitii”.

“Zebra”

Un exemplu de rasism din partea negrilor, “crimele Zebrei”, numite așa pentru că toți agresorii erau negri și toate victimele erau albi, au avut loc timp de 179 de zile, în ultimele două luni ale anului 1973 și la începutul lui 1974. În total, cei cinci ucigași au lăsat în urma lor cincisprezece bărbați, femei și copii morți - aleși complet la întâmplare și necunoscuți asasinilor lor; singura lor “vină” a fost că erau albi. Alte opt victime au fost grav rănite, iar câteva au rămas paralizate pentru tot restul vieții.

La baza măcelului se afla dorința pe care o nutreau cinci foști pușcăriași negri, Jesse Cooke, Larry Green, Anthony Harris, Manuel Moore și J.C. Simon, de a demonstra că-și meritau intrarea în elita crimei, constituită în gruparea “Îngerii morții”. Îngerii erau susținuți de musulmanii negri din California și făcuseră legământ să instaureze supremația negrilor pentru a-i anihila pe toți “diavolii albi”. Cerințele pentru intrarea în rândurile “Îngerilor” erau aceleași pentru toți - uciderea a cel puțin nouă bărbați albi, cinci femei albe, sau patru copii albi. În California, forțele de poliție cercetau creșterea alarmantă a numărului de crime nerezolvate - 135 de bărbați, 75 de femei și 60 de copii, majoritatea bănuți a fi un rezultat al activității Îngerilor Morții.

Reprezentanții noii ideologii, care fuseseră îndoctrinați în spiritul urii de rasă la întrunirile musulmanilor negri, patrulau prin San Francisco în grupuri de câte doi sau trei, alegând la întâmplare oameni din stațiile de autobuz, din cabine telefonice, spălătoresele din schimbul de noapte etc. În plus, una din femei a fost violată, iar un bărbat neidentificat a fost răpit, torturat și măcelărit de viu.

Ca răspuns la panica locuitorilor orașului, poliția a declanșat o operațiune masivă de filtrare a cartierelor de negri, care a tensionat și mai mult relația și așa dificilă între minoritățile etnice și forțele legii. Mii de negri au fost luați de pe stradă și interogați, dar până la urmă chiar un membru al “Zebrei”, Anthony Harris, a fost cel care a făcut o mărturisire completă.

Pe 1 mai 1974, un detașament de o sută de ofițeri de poliție au pătruns în forță în blocurile de locuințe din oraș și au făcut șapte arestări.

Procesul care a urmat, intentat celor patru bărbați responsabili de crimele “Zebrei” - Anthony Harris nefiind judecat în această fază, deoarece adusese mărturie în sprijinul statului - s-a deschis, sub conducerea judecătorului Curții Supreme, Joseph Karesh, pe 3 martie 1975. A fost cel mai lung proces din istoria juridică a statului California, întrucât a durat un an și șase zile. Au fost chemați în instanță o sută optzeci și unu de martori, iar Anthony Harris și-a petrecut în total douăsprezece zile la bară, pentru a depune mărturie. În cele din urmă, jurații au dat, în unanimitate, verdictul de vinovăție pentru toți cei patru acuzați, fiecare dintre ei primind o condamnare pe viață, pe care o ispășesc actualmente, doi dintre ei în închisoare Folsom, iar ceilalți doi la San Quentin.

Sutcliffe Peter

În noiembrie 1980, la puțin timp după brutala crimă a cărei victimă fusese o studentă din Leeds, Jaqueline Hill, un ziar național publica un articol sub titlul: ‘Oare un singur om a făcut toate astea?’ La acea vreme părea incredibil ca un singur om - Peter Sutcliffe - a fost în stare, într-o perioadă de cinci ani, să tortureze prin bătaie, prin înjunghiere sau mutilare, un număr confirmat de douăzeci de femei, dintre care treisprezece au decedat ca urmare acestui tratament. Aceste victime, în vârstă de la șaisprezece până la patruzeci și șapte de ani, de profesii diferite, de la studente la prostituate, aveau în comun un singur lucru - se aflaseră singure pe stradă, după lăsarea întinericului.

Cercetările în cazul “Spintecătorul din Yorkshire” au însemnat în același timp hotărâre și frustrare pentru forțele de poliție, care doreau cu disperare să-l oprească pe unul dintre cei mai cumpliți criminali în masă din istoria Marii Britanii și care erau, totuși, incapabile să pună capăt acestui carnagiu. Mai înainte de orice, însă, este vorba de povestea unei întregi regiuni cuprinse de teroare, ale cărei femei se temeau să mai iasă din casă după lăsarea serii. Treisprezece dintre acele femei aveau să plătească cu viața acea libertate. Cu toate că a fost pusă la punct cea mai amplă vânătoare umană din întreaga istorie a poliției britanice, în cursul căreia au fost interogate 250.000 de persoane și s-au luat 32.000 de declarații, tocmai dificultățile acestei birocrății au fost cele care au ascuns calea, adeseori evidentă, spre Sutcliffe. El fusese chestionat în câteva ocazii, în cursul cercetărilor și, ca rezultat al uneia dintre

acestea, un ofițer de poliție ajunsese acolo încât să-și exprime bănuiala potrivit căreia Peter Sutcliffe ar fi fost “Spintecătorul”, dar raportul sau a fost ignorat.

O altă complicație a cazului l-a constituit timpul imens pierdut cu scrisori false și cu o înregistrare pe bandă trimisă poliției în iunie 1979. Aceasta a fost transmisă la radio pentru a fi auzită de întreaga națiune, în speranța că vocea ar putea fi identificată. Sutcliffe a fost ajutat din nou de noroc și, după încă un interogatoriu, a fost deoparte, pentru că nu avea accentul vocii de pe bandă. Căutarea “Spintecătorului din Yorkshire”, care a durat cinci ani, s-a încheiat la 2 ianuarie 1981, când o patrulă de poliție a privit cu suspiciune o mașina parcată pe un drum slab luminat, iar proprietarul, care a afirmat că se numește Peter Williams, a fost reținut pentru verificare; era Peter Sutcliffe.

Criminal multiplu de tipul “evangelic”, Sutcliffe a declarat ca misiunea sa era să facă să dispară prostituatele străzii - așa cum i-a explicat fratelui său mai mic, Carl: “nu făceam decât să curăț străzile, băiete. Doar curățam străzile”. După spusele sale, si-a înțeles misiunea pe când lucra ca propar municipal în cimitirul Bingley și a auzit vocea Domnului dinspre una dintre gropi. Au existat totuși, mari dubii dacă Peter Sutcliffe era într-adevăr victima unei psihoze, sau dacă “vocile” erau doar o încercare menită să susțină afirmația că este iresponsabil. În cele din urmă, Peter Sutcliffe a fost trimis în instanță și, pe 22 mai, a fost declarat vinovat de 13 omoruri și condamnat la 30 de ani închisoare.

3. Concluzii

Dacă înainte criminalii în serie reprezentau doar personaje ale unor filme ce îngrozeau publicul, acum aceștia au devenit o realitate pentru întreaga umanitate, ce ridică probleme atât oamenilor obișnuiți dar mai ales organelor de specialitate în lupta de a preveni acest fenomen și de a oferi tratament celor care prezintă un grad ridicat de pericol pentru societate.

Concluzionând, nimeni nu se naște criminal în serie, însă poate deveni prin forța pe care o au anumiți factori asupra psihicului uman, factori negativi ce îl împing pe individ să comita acte de o duritate și o violență aproape incapabile de a fi înțelese. În prezent, autoritățile încearcă să găsească soluții prin care, beneficiind de sprijinul educatorilor, sociologilor și criminologilor să intervină în viața acelor familii și indivizi în cazul cărora există un risc evident că vor comite sau vor suferi un abuz. Acest demers se bazează pe faptul constatat că este foarte probabil ca adulții agresori să provină din copii asupra cărora s-au exercitat abuzuri. Însă până când toți acești factori vor putea fi preveniți, mințile diabolice și criminale se înmulțesc prin mijlocirea industriei violenței, în timp ce umanitatea își asumă nefericitul rol de consumator și de victimă.

Referințe bibliografice:

- Brian Lane și Wilfred Gregg, *Enciclopedia criminalilor în serie*, București, Ed. RAO, 1996.
- Burgess, C.Hartman, R. Ressler, J. Douglas și A. McCormack, Sexual homicide, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 1, nr. 3, 1986
- D.Gee, *A pathologist's view of multiple murder*, *Forsenic Science International*, 38, 1988
- **DEX '09** *Dicționarul explicativ al limbii române*, ediția a III-a, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan - Alexandru Rosetti”, Editura Univers Enciclopedic, 2009
- FBI, *Crime in the US adapted from the uniform Crime Reports*, Washington, US Department of Justice, US Government Printing Office, 1993
- Hickey Eric, *Serial Murderers and their Victims*, London, Wadsworth, 2002
- J. Norris, *Serial Killers: The Growing Menace*, New York, Doubleday, 1988
- K. Egger, *Preliminary database on serial killers from 1900-1999*, in S. Egger, *The Killers among us: An examination of Serial Murder and its Investigation*, Upper Saddle River, Prentice Hall, 2001
- Laurent Montet, *Criminali în serie*, Corint, București 2003
- RECCIONES DE CRIMINOLIGIA, editorial Temis, Bogotá, 1988
- L.Holmes și De Burger, *Serial Murder*, Beverly Hills, Sage, 1988, ediție apărută în 1998
- Rappaport, *The serial and the mass murders*, *American Journal of Forensic Psychiatry*, 9(1), 1988

PROSTITUȚIA

Denisa Cristina ANDREI*

Abstract

This paper desires to approach a matter that transcended through time and space and has closely followed the human kind in every step of its evolution, namely prostitution. Prostitution is a trade that appeared at the same time as the human society and has evolved with it, passing through different stages of evolution exactly as the human society: from ancient Rome and Greece when there were official licensed brothels and young girls from noble families were courtesans at Venus and Afrodita's temples to our days when on one hand we disapprove of such practices if they weren't desired and on the other hand we make out of voluntary prostitutes TV stars because they married rich old men, had famous clients or sugar daddy's, they don't have the slightest bit of shame for whom they are and what they did, they don't mind sharing intimate details for the right sum of money and we just eat out of the palm of their hand because they happened to know a personal information about a public figure and we can't wait to hear it. The evolution of this trade helps us understand better our own evolution but we must not forget about the causes which made women take up this trade, if it was voluntary or as a result of using violence of any kind to determine them to become more cooperative, for financial reasons or just pleasure and also we shouldn't forget the impact of this practice on the practitioners themselves. This is a contemporary issue we must not pretend not to see, because it exists and it is making new victims as the minutes go by, we must educate ourselves to stop seeing prostitution as a solution to any kind of problem we might face.

Cuvinte cheie: plăcere, cauze, bani, societate, efecte.

Omul, de-a lungul timpului, a cunoscut diferite etape ale existenței sale în diferite decoruri politico-socio-culturale, conturate cu fidelitate de către reprezentanții vremii (oameni politici, artiști, filosofi, oameni de știință). Cu toate acestea, există un fenomen socio-cultural și politic care, deși a suferit modificări sau nuanțări de-a lungul timpului, își păstrează caracteristicile esențiale și în perioada contemporană; acest fenomen adânc impregnat în evoluția noastră este prostituția.

Prostituția, în cea mai largă accepțiune a sa, reprezintă acea îndeletnicire practică, de regulă, de femei care întrețin relații sexuale contra unei plăți sau a unor avantaje materiale.

Încă din Antichitate prostituția era o practică uzuală, în unele perioade nu doar tolerată ci chiar respectată. Astfel, în Grecia, Solon cumpăra din bani publici sclave frumoase („pornes”) de la târgul de sclavi și case în Atena pentru ca toți cetățenii de sex masculin să se bucure de plăcerile trupești în mod gratuit, nu doar străinii care se bucurau de ospitalitatea prostituatelor religioase („hierodule”) din templele Afroditei (în schimbul hrăni și a donațiilor consistente) sau bărbații înstăriți care își permiteau tarifele curtezanelor de lux („heraitai”). De asemenea și în Roma existau nenumărate prostituate atrăgătoare („lupae”) și bordeluri legale precum cele instaurate de către Solon în Grecia. Deoarece meseria de a oferi plăcere era considerată nobilă și stimată, prostituatele din temple proveneau adesea din familiile bune, chiar nobile ale orașului și primeau o instruire specială față de celelalte femei de la o vârstă fragedă.

Evul Mediu a reprezentat o perioadă tumultuoasă pentru practicantele acestei meserii deoarece pe de o parte Biserica încerca să extirpe această practică, iar pe de altă parte la curtea regală franceză, de exemplu, această practică era o bună dispoziție socială rafinată, lipsită de prejudecăți. Totuși, curtezanele și prostituatele au resimțit din plin represiunea Bisericii; mai exact acestea erau aruncate în închisori, trimise peste ocean pentru a popula coloniile sau erau rase în cap, dezbrăcate, plimbate

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: denisa217@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Costică Păun.

prin oraș și maltratate de către oamenii din popor. Spre sfârșitul Evului Mediu se constată triumful dogmelor religioase catolice, iar prostituția este oprimită.

În România interbelică prostituția cunoaște o nouă dimensiune: prostituția de tip instituționalizat în care femeile erau înregistrate legal la poliție, trebuia să țină o condică (evidență a clienților datorită răspândirii largi a bolilor, în special sifilis) și erau examinate medical periodic. Regimul comunist pune însă capăt prostituției legalizate prin noile rigori impuse, dar nu a împiedicat practicarea ei. La sfârșitul anilor '50 prostituatele erau internate în centre unde erau instruite pentru practicarea unei meserii și unde se redresau moral, urmând apoi să lucreze în fabrici și ajungând femei respectabile conform noilor standarde.

În perioada contemporană prostituția cunoaște o multitudine de forme și nuanțe care reflectă cu fidelitate mentalitatea societății în care aceasta se manifestă, fie că este legalizată evocând astfel o mentalitate mai tolerantă sau libertină, fie că este încriminată de către legea penală evidențind o mentalitate mai conservatoare sau cu valori morale tradiționale.

În baza concepțiilor indivizilor care o practică, prostituția îmbracă două forme principale: prostituția voluntară și prostituția practică prin constrângere (forțată).

Prostituția voluntară este omniprezentă în evoluția societății umane, fiind menționată ca atare în documente istorice încă din anul 649 î.e.n. Aceasta, fiind practică din inițiativă proprie, îi are ca actori principali atât pe bărbați cât și pe femei, bărbații reprezentând însă un procent considerabil mai mic.

Factorii de ordin endogen ce pot determina individul să se inițieze într-o asemenea activitate sunt: instabilitate psihică și emoțională, lipsa afectivității părintești, abandonul școlar și traume.

Instabilitatea psihică este factor determinant pentru practicarea acestei meserii fiindcă lipsa unei țării de caracter, a puterii de autocontrol, de a spune „nu” fac ca această practică să intre în categoria „de ce nu?”, iar cel care nu este stăpân pe sine însuși nu poate să ia decizii favorabile evoluției sale ca individ și acceptă o soluție „la îndemână”, care nu necesită prea mult efort sau instruire.

Un copil tânjește întotdeauna atenția și iubirea părinților, iar atunci când nu le primește va încerca să le capteze inițial prin mijloace pozitive, dar atunci când acestea nu vor da rezultatele scontate și nu realizează că nu este vina sa va utiliza mijloace distructive de a le atrage atenția părinților, începând cu fapte mai puțin grave (chiul, note proaste) și terminând cu fapte care marchează definitiv și ireparabil individul (alcool, droguri, prostituție).

Lipsa unei educații adecvate îl împiedică pe individ să aibă acces la un loc de muncă bun, la un nivel de trai decent și poate chiar să-l determine să se angajeze într-un raport juridic de conflict cu legea penală, astfel că practicarea prostituției este văzută ca o soluție care nu necesită școală, ușor de practicat, din care unele persoane câștigă chiar foarte bine grație „portofoliului de clienți” și neavând astfel niciun motiv să se instruiască pentru a practica o meserie care să se încadreze în sfera legalității și moralei.

Traumele au un impact diferit în funcție de natura lor și de momentul în care se produc. Vârstele cele mai fragile sunt copilăria și adolescența deoarece în aceste faze personalitatea individului nu este clar conturată, ci în continuă formare, astfel încât o experiență traumatizantă îl va marca profund, existând posibilitatea să îl împingă către izolare și comportamente deviante (rebeliune, delincvență, automutilare).

Din studiul „Prostituția, în 5 țări: violența și boala stresului posttraumatic” de Melissa Farlez, Isin Baral, Merab Kiremire și Ufuk Sezgin, rezultă că 62 % din femeile care au răspuns la chestionar au afirmat că au fost violate în copilărie, 54 % din femei au fost bătute în copilărie până la cauzarea unor răni, iar 58 % au raportat un abuz sexual în copilărie, realizat în medie de 4 autori. Conform cercetărilor unui psiholog american, mai mult de 90% din cele care practică prostituția au fost victimele unui incest sau abuz sexual.

Totuși, nici un individ matur, confruntat cu un eveniment traumatizant, nu depășește întotdeauna ușor momentul, confruntându-se uneori cu depresia, anxietatea, insomnia și neexcluzând

posibilitatea întreprinderii unor activități considerate anterior imorale cărora în lumina nouă, a stresului posttraumatic, le pot fi desconsiderate puterea vătămătoare (prostituție, droguri).

Natura traumei produse este la fel de importantă, îndeosebi coroborată cu vârsta victimei precum și celelalte coordonate ale tipologiei sale, ajutându-ne să apreciem corect situația de fapt. Putem astfel deosebi diferite tipuri de traume, putând fi provocate prin abuz fizic sau psihic, viol, asistarea la evenimente șocante (mama abuzată în orice mod de către tată sau concubinul acesteia). Astfel de împrejurări lasă victimei, de regulă, cicatrici adânci și nu întotdeauna vizibile, iar aceasta, încercând să anihileze acea amintire nefastă poate încerca să își creeze un alter ego sau o viață alternativă pentru simplul motiv al nevoii de uitare sau evadare din acel colț întunecat al minții sale.

Acești vectori nu sunt mereu suficienți pentru explicarea motivației persoanei de a se angaja într-o asemenea practică, fiind uneori necesar să ne uităm dincolo de acea cutiută mică prin care trec milioane de impulsuri electrice și care este depozitarul tuturor cunoștințelor, emoțiilor și experiențelor noastre, pentru a vedea cadrul de desfășurare a acțiunii. Factorii exogeni cei mai importanți sunt: mediul în care a crescut persoana, situația economică, lipsa unui cămin.

Este bine cunoscut faptul că mediul are un rol decisiv în dezvoltarea individului, în special mediul de socializare primară (familia), deoarece aceasta insuflă individului cele mai importante valori morale și principii de viață după care el se va ghida în evoluția sa ulterioară. De exemplu, dacă mama practică această meserie, copilului i se transmit nonvalori, acestea putându-se chiar accentua mai târziu și creând o stare de confuzie în care individul nu poate diferenția corect influențele pozitive de cele negative, iar această situație familială îi facilitează inițierea în practicarea acestei meserii.

Nu este de neglijat nici mediul școlar, calitatea acestuia reflectându-se în viitorii adulți instruiți în acel mediu mai mult sau mai puțin favorizant dezvoltării lor armonioase. Dacă, ipotetic vorbind, într-o clasă de 30 de copii sunt 15 fete, iar 5 dintre acestea au un comportament vulgar sau chiar lubric și totuși primesc atenția băieților sau sunt considerate în general mai draguțe și plăcute de către ceilalți, celelalte fete, tânjind la atenție sau apreciere vor adopta un astfel de comportament pentru a obține ceea ce își doresc, făcând primul pas către comercializarea propriei persoane, iar această situație își poate regăsi aplicarea inclusiv în grupul de prieteni sau anturaj.

Unele femei practică această meserie deoarece situația economică a țării nu le oferă oportunitatea unui loc de muncă decent, locurile de muncă sunt prost plătite comparativ cu volumul de muncă la care sunt supuse persoanele, o muncă cinstită poate nu le acoperă cheltuielile mai ales dacă au o persoană în îngrijire, iar tratamentul este cu mult peste posibilitățile lor. Acestea pot simți că lumea se prăbușește asupra lor, iar una dintre soluțiile pentru a face bani mulți și rapid este considerată prostituția.

Pe de altă parte sunt și femei care practică aceasta meserie dar nu din voință proprie, ci datorită constrângerilor fiind victimele traficantilor de persoane. Inițierea femeilor, de regulă, în practică acestei meserii poate fi datorată unei întâmplări nefaste (femeia poate fi atacată noaptea pe o străduță lăturalnică sau drogată la o petrecere) sau poate fi atrasă cu promisiunea unui loc de muncă în străinătate, a unui trai mai bun și introdusă astfel într-o rețea de traficanți de persoane.

Datorită modului în care femeile intră în astfel de rețele, inițial ele nu colaborează cu cei care le-au sechestrat, iar proxeneții se văd obligați să le stimuleze prin diferite metode să fie mai cooperante. Metodele cele mai des folosite de proxeneți sunt: violența, amenințarea (cu vătămarea familiei), înfometarea, violul, alcoolul și drogurile. Aceste tratamente inumane sunt însă foarte eficiente, iar femeile conformându-se mai devreme sau mai târziu de teama altor maltratări. Femeile ies cu greu din astfel de rețele, cel mai des prin intermediul poliției sau rareori cu ajutorul unui client cu un minim de conștiință sau bunătațe.

Odată ieșite din aceste rețele femeile întâmpină probleme de readaptare dat fiind mediul ostil în care și-au pierdut respectul de sine și identitatea, procesul de resocializare fiind unul lung și anevoios, ele trecând cu greu peste acest episod de coșmar din viața lor, altele nu depășesc niciodată momentul trăind în umbra lui restul vieții. Principalele probleme cu care se confruntă aceste victime

sunt: propria identitate, încrederea în oameni (în special bărbați), socializarea și reintegrarea în societate ca un membru activ al acesteia.

La polul opus avem prostituatele voluntare care nu au aceleași valori morale cu cele impuse de către societate și nu prezintă dificultăți de socializare sau reintegrare fiind, de regulă, exhibiționiste, dezinvolve, chiar ușor arogante. Din păcate, aceste femei sunt și mame, iar acest lucru ar trebui să fie îngrijorător pentru comunitate deoarece copilul nu are șanse mari de reușită în ceea ce privește integrarea socială în măsura în care de mic este învățat valori negative, în ciuda poate a celor mai bune eforturi de a educa corect un copil, însă stilul de viață al mamei și implicit al copilului este unul nociv pentru dezvoltarea armonioasă și sănătoasă a copilului. Datorită meseriei practice o astfel de mamă va avea dificultăți să explice copilului de ce nu are un tată (în ipoteza în care este o familie monoparentală) sau ce „loc de muncă” le asigură traiul. Nu trebuie totuși să neglijăm ipoteza în care acestea au intrat în aceasta meserie dintr-o greșeală (a tinereții, neștiinței) și acum o practică fiindcă au o vârstă la care nu își găsesc un loc de muncă, nu au o pregătire care să le ajute și astfel au renunțat la ideea unei vieți normale.

Nu există o opinie unitară la nivel global asupra acestui fenomen, deoarece unele țări o cuprind în sfera legalității, reglementând limitele practicării prostituției, iar alte țări o incriminează și sancționează în conformitate cu valorile morale general acceptate de către societate.

Printre țările care au legalizat prostituția se numără: Germania, Olanda, Belgia, Danemarca, Austria, Turcia. În reglementările acestora observăm că locul tipic practicării acestei meserii este același ca și în Antichitate: bordelul sau casa de toleranță. Ținându-se cont de specificul acestei meserii, bordelurile trebuie amplasate în zone periferice tocmai pentru a nu stânjeni activitatea societății sau pentru a încuraja acest comportament. Astăzi se mai pot adauga camerele hotelurilor, propria locuință a prostituatei, apartamente sau case închiriate în acest scop.

În aceste țări se implementează spraveghere medicală periodică și controlul efectuat de poliție pentru verificarea parametrilor legali de desfășurare a activității. Pentru ca această meserie este considerată normală, ea intră sub incidența reglementărilor fiscale ale țării în care se desfășoară (se plătește impozit pe venit). Potrivit unor estimări realizate de Money.ro în Germania există 400.000 de prostituate declarate, inclusiv bărbați, veniturile aduse de acestea însumează circa 2,3 miliarde de euro, în Ungaria se găsesc peste 10.000 de prostituate de la care se încasează circa 57 milioane de euro, în Elveția doar 14.000 de prostituate aduc statului în jur de 336 milioane de euro anual etc.

Deși este legalizată în aceste țări, nu trebuie să considerăm că nu există programe de educare a populației sau de ajutorare a persoanelor care au practicat-o independent de voința lor (fiind victimele proxeneților); se oferă o imagine obiectivă, prezentând atât părțile mai plăcute cât și cele negative, urmările pe termen lung a acestora.

Țările care incriminează prostituția se confruntă cu un număr mare de practicanți și traficanți de persoane precum și cu un număr insuficient de organe de control sau o insuficientă organizare a acestora. De asemenea, prostituatele nu sunt supuse unui control medical periodic, iar ele, uneori din lipsa unei educații sexuale, altele din simplă ignoranță nu se preocupă de acest aspect decât atunci când boala este deja într-un stadiu avansat care le împiedică să-și practice meseria și după ce au infectat zeci sau sute de clienți. Dat fiind faptul că bordelurile sunt ilegale, serviciile oferite de către prostituată se desfășoară în locuri precum: mașina clientului, băi publice, natura (exemplu: padure, boschet) etc.

Prevenirea prostituției în aceste țări este de multe ori insuficient organizată în special în țările slab dezvoltate economic fiindcă fetelor, de multe ori, nu li se acordă niciun sprijin din partea autorităților statului sau din partea comunității care doar le marginalizează. Ar trebui să se pună accent pe educație sexuală de la o vârstă fragedă (dat fiind faptul ca vârstă medie de intrare în această meserie este de 13-14 ani), să se ofere sprijin moral, psihologic, și economic nu doar din partea statului ci și din partea comunității din care fac parte, pentru a le da acestor fete un motiv să lupte pentru o viață normală, morală și legală.

Pentru persoanele care au căzut victime acestei practici denigrante ar trebui să li se asigure un ajutor profesionist care să le ajute să treacă peste traumele fizice și psihice pe care le-au suferit, să își regăsească identitatea și demnitatea umană, să se reintegreze în societate și, poate, să aibă chiar o familie. Un astfel de ajutor ar putea îmbrăca forma unor centre specializate, care pe lângă ajutorul unor profesioniști ar trebui să le asigure și cazare până reușesc să își revină atât din punct de vedere emoțional cât și financiar fiindcă multe poate nu mai au o familie sau o locuință; iar simpla consiliere și educare privind reintegrarea socială ar fi insuficiente dacă victimele nu au condiții minime de existență (un pat, o toaletă și o masă caldă).

Pe lângă acțiunile întreprinse de către poliția de proximitate pentru combaterea acestei practici, un aport important vine din partea mass-mediei.

Concluzii

Din păcate, în zilele noastre sexul se vinde, scandalurile sexuale sunt la loc de cinste, iar persoanele cu un comportament indecent au devenit figuri publice arhicunoscute și fac tiraj ziarelor și revistelor, asigurând de asemenea și rating-ul posturilor de televiziune. Într-o epocă în care pornografia este la un click distanță, accesibil inclusiv minorilor, nu trebuie să ne surprindă faptul că fetel de la gimnaziu și liceu sunt vulgare atât în comportament cât și în vestimentație. Domnișoarele de 18 – 20 de ani care sunt la brațul unui bărbat suficient de mare încât să le fie tată au devenit un trend; iar noi nu schimbăm canalul când sunt invitați într-o emisiune de prost gust și își dezvăluie intimitățile. De asemenea vizităm site-urile ziarelor și revistelor de scandal sau cumpărăm acele ziare sau reviste că să ne satisfacem curiozitatea arzândă cu privire la cluburile de „fitze”, banii cheltuiți pe haine și pantofi de firmă sau cu cine și-au înșelat milionarul.

Apoi, după ce ne-am desfătat cu intimitățile lor trebuie să ne educăm copiii să nu facă la fel. Dar cum ne va crede acel copil din moment ce ne vede sorbind fiecare vorbă spusă de o domnișoară care și-a vândut compania și nu nu numai unui domn în etate pentru lux sau când vede cu ce atenție citim articolele în care interviată este îmbracată într-o ținută sumară și vorbește despre relațiile sale intime cu figuri publice și milionari trecuți de prima tinerețe?!

Totuși ne complacem în aceasta stare de fapt și doar atunci când este vorba de propriul copil vedem cu alți ochi astfel de relații. Însă nu putem generaliza, fiindcă există și părinți care își încurajează copiii la astfel de comportamente pentru bunăstarea lor.

Așadar aceste evenimente sunt normale, date fiind valorile pe care le promovăm prin faptele noastre: indecența, lipsa unei educații sau a necesității acesteia, vinderea propriului corp pentru bani și compensarea moralității cu bunăstare financiară.

În concluzie, prostituția este un fenomen omniprezent în istoria, prezentul și evoluția noastră viitoare datorită naturii vicioase a ființei umane.

Motivul pentru care am plătit, plătim și vom plăti acest serviciu (sexul) este plăcerea pe care o produce la nivel organic omului și lipsa unei metode de a o înlocui în mod eficient pe termen lung.

Totuși, trebuie să recunoaștem că ne-am obișnuit cu acest stigmat al moralei, iar puterea obișnuitei este un aspect psihologic greu de combătut și depășit, situație confirmată și de o povată din bătrâni: „Lupul își schimbă blana, dar năravul ba!”. Asemeni zicalei populare prostituția și-a modificat aspectul în funcție de contextul socio-cultural și politic, însă aceasta și-a păstrat caracteristicile esențiale: oferirea de plăceri sexuale în schimbul unor foloase materiale.

În prezent există diferite nuanțe ale acestei practici în funcție de mentalitățile societăților în care se desfășoară, iar acest lucru va determina longevitatea prostituției în sânul societății umane atât timp cât vor exista solicitanți, fiindcă fără cerere nu există ofertă.

Referințe bibliografice:

- Fața ascunsă a prostituției legalizate – Grupul de inițiativă pentru apărarea familiei
- Ce spun 24 de femei traficate – Eduard Mihailov, Sergiu Crudu și Corbelia Doni
- www.citynews.ro
- www.money.ro
- www.viata.4t.ro
- www.sribd.com

PEDEPSELE APLICATE MINORILOR ANALIZA DIN PERSPECTIVA CODULUI PENAL ÎN VIGOARE ȘI A NOULUI COD PENAL

Adela Gabriela VOICA*

Abstract

Since ancient times until the present, can be traced to the process of developing regulations on the status of rehabilitation of minors, which is trying many ways to prevent crimes committed by them referral. Because there have long been concerns about these issues, we analyze the evolution of rules regarding minors and can therefore justify both the basic principles which guide the legislation on this subject as well as modifications and additions that occur in this area.

Cuvinte cheie: *limintele răspunderii, sancțiuni, pedepse, măsuri educative neprivative de libertate, măsuri educative privative de libertate.*

1. Introducere

Încă din cele mai vechi timpuri, sistemul de reeducare a minorilor infractori a cunoscut o evoluție continuă.

În unele legiuri vechi, cum ar fi spre exemplu chineza, există posibilitatea ca minorii cu vârsta sub 7 ani să fie iertați de pedeapsă de către împărat însă numai cu condiția ca aceștia să nu fie vinovați de trădare.

În ceea ce privește condiția juridică a minorului delincvent, dreptul roman din epoca celor XII Table (sec. V I.e.n.) constituie un adevărat progres. Legea romană făcea distincție între impuber (impuberus - persoană care nu a ajuns la vârsta pubertății) și puber (puberus- persoană care a ajuns la vârsta pubertății). Impuberii erau copiii cu vârsta mai mică de 14 ani în cazul băieților, și 12 ani în cazul fetelor. S-a stabilit că aceștia au o răspundere diminuată, fiind considerați scuzabili. Spre exemplu, impuberul vinovat de furt era bătut și avea obligația de a plăti despăgubiri prin cei care exercitau asupra lui autoritatea părintească. Puberul vinovat de aceeași faptă, după ce era bătut cu nuielile putea fi omorât de către victimă.

În Legiuirea lui Iustinian, minorul era considerat incapabil până la vârsta de 7 ani și ca atare nu răspundea penal. Acesta răspundea penal numai dacă săvârșea fapta cu pricepere și avea între 7-14 ani. La vârsta de 25 de ani era asimilat cu adultul și răspundea penal.

„Cartea Românească de Învățăturăa lui Vasile Lupu de la 1646 în Moldova (editată la Mănăstirea Trisfetitele din Iași) și „Îndreptarea Legiia lui Matei Basarab de la 1652 în Muntenia (editată la Targoviște) sunt primele legiuri românești care se referă la minori.

Astfel, în Cartea Românească de învățătură sunt prevăzute circumstanțe care apără de pedeapsă și care micșorează pedeapsa, printre aceste circumstanțe numărându-se și vârsta.

La 21 noiembrie 1883, Ministerul Ungar al Justiției a cumpărat de la administrația județului Cluj un teren, pentru suma de 5000 forinți, unde a construit un Institut de reeducare a minorilor. Vârsta de primire era de la 10 ani, urmând apoi o altă categorie cu vârsta cuprinsă între 10 și 18 ani, aceștia din urmă având un regim aparte. Mediul de proveniență era atât cel urban cât și cel rural.

Dintr-un studiu făcut la penitenciarul Cluj, în anul 1890, asupra minorilor aflați la penitenciarul din Cluj rezulta că, din total, 52 minori proveneau din familii sărace, 11 din familii cu avere, iar restul puteau să-și plătească taxele de instruire¹.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: voicaadela@yahoo.com). Studiul a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ. dr. Ioan Chiș

¹ Ioan Chiș, Drept Execuțional Penal, ed. Wolters Kluwer, București, 2009. op. Cit. p. 30-31

Cu trecerea timpului a avut loc împărțirea penitenciarelor în diferite categorii, aceasta împărțire având ca finalitate o mai mare individualizare a pedepselor.

În perioada aplicării legii 23/1969, în subordinea Direcției Generale funcționau cinci centre de reeducare minori, dintre care unul pentru fete (Centrul Roșu - București) și patru de băieți la Alexandria, Paltiniș, Târgu-Ocna, Găesti, unde erau internați, pe baza hotărârilor judecătorești, minorii care au comis fapte penale grave².

În centrele de reeducare existau o școală generală și treapta I de liceu mai târziu, iar paralel existau școli profesionale.

Din cele mai vechi timpuri și până în prezent poate fi urmărit procesul de apariție a unor reglementări privind regimul de reeducare a minorilor prin care se încearcă numeroase modalități fie de prevenire a săvârșirii de infracțiuni de către aceștia fie de îndreptare.

2. Analiza din perspectiva Codului penal în vigoare

1.1 Limitele răspunderii penale

Una din condițiile care trebuie îndeplinită pentru a putea fi subiect activ al infracțiunii, este capacitatea persoanei de a realiza semnificația socială a actelor sale de conduită.

În prezent, vârsta minimă care trebuie împlinită pentru a putea fi angajată răspunderea penală a persoanei fizice este de 14 ani. În art. 99 alin. 1 C. pen. Se prevede faptul că minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu raspunde penal. Pentru minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani, se prezumă în mod absolut că acesta nu are dezvoltarea psiho-fizică necesară pentru a-și putea da seama de consecințele faptelor sale. Totodată acesta nu poate dirija în mod conștient și nu poate fi stăpân pe actele sale de conduită.

Legea a instituit pentru minorul cu vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani, o prezumție a lipsei de discernământ, această prezumție având însă doar caracter relativ putând fi răsturnată prin dovada contrarie. Astfel, dacă prezumția lipsei de discernământ este răsturnată prin dovada că în momentul săvârșirii faptei, minorul a avut capacitatea de a-și da seama de consecințele faptei sale, acesta răspunde penal.

Responsabilitatea este prezumată de legiuitor, ca fiind o stare normală pentru orice persoană care a împlinit vârsta de 16 ani, prezumție care are însă caracter relativ, putând fi răsturnată prin dovada contrarie, că persoana nu și-a dat seama de acțiunile sau inacțiunile sale, ori nu și le-a putut stăpâni³.

1.2 Sancțiunile de drept penal

Împotriva minorilor infractori, se pot aplica măsuri educative cu caracter sancționator sau se poate aplica o pedeapsă.

Potrivit art. 100 Cod penal, la alegerea sancțiunii se ține seama de gradul de pericol social al faptei săvârșite, de starea fizică, de dezvoltarea intelectuală și morală, de comportamentul lui, de condițiile în care a fost crescut și în care a trăit și de alte elemente de natură să caracterizeze persoana minorului. În art. 101 Cod penal sunt enumerate măsurile educative care se pot lua față de minori:

- a. mustrarea;
- b. libertatea supravegheată;
- c. internarea într-un centru de reeducare;
- d. internarea într-un institut medical educativ.

² Ioan Chiș, *Drept Execuțional Penal*, ed. Wolters Kluwer, București, 2009. op. Cit. p. 125

³ Mihaela Alexandru, *Participația penală*, p. 4, editura Hamangiu, 2008.

1.3 Pedepsele aplicabile infractorilor minori

În cazul în care se apreciază că niciuna din măsurile educative nu poate să ducă la reeducarea minorului, se va aplica una din următoarele pedepse:

- a. pedeapsa închisorii;
- b. pedeapsa amenzii.
- a. Pedeapsa închisorii

Este singura pedeapsă privativă de libertate care se poate aplica minorului infractor. Pedeapsa închisorii sau amenzii aplicabilă minorului, este pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită, limitele pedepselor reducându-se la jumătate, însă în urma reducerii minimul pedepsei nu va putea depăși 5 ani.

În cazul în care minorul a săvârșit o tentativă pedepsibilă, limitele pedepsei aplicabile se vor stabili ținând cont de dispozițiile art. 21 alin. 2 C. pen. Și cele ale art. 109 alin. 1 C. pen. Astfel se vor aplica mai întâi dispozițiile privitoare la minoritate, care prevăd că limita minimă și limita maximă a pedepsei prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită se reduc la jumătate, după care minimul și maximum rezultat ca urmare a reducerii, se vor reduce din nou la jumătate ca urmare a efectelor art. 21 alin. 2 C. pen. Rezultând un nou minim și un nou maxim între care instanța va stabili pedeapsa ce se va aplica minorului pentru tentativă⁴.

Când pentru infracțiunea săvârșită legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață, minorului i se aplică pedeapsa închisorii de la 5 ani la 20 de ani. Față de minorul infractor nu se pot aplica pedepsele complementare. Condamnările care se pronunță în timpul minorității pentru faptele săvârșite, nu atrag incapacități sau decăderi.

În conformitate cu art. 38 litera a, C. pen. La stabilirea stării de recidivă nu se ține seama de hotărârile de condamnare privitoare la infracțiunile săvârșite în timpul minorității.

Minorul trebuie să fie prezent la judecarea cazului, cu excepția cazului când acesta se sustrage de la judecată. Judecarea infractorului minor, se desfășoară separat de celelalte sedințe. În practică, se impune asigurarea unor condiții speciale de ascultare a inculpaților minori. În cazul în care interesul aflării adevărului cere, instanța poate dispune ascultarea minorului fără ca ceilalți să fie de față (în caz contrar existând pericolul de a se ajunge la reacții nedorite din partea minorului, fie de sfidare fie de inhibare), urmând ca ulterior să se aplice procedura de ascultare a coinculpaților. În alin. 3 din art. 324 C. proc. pen. se precizează că declarațiile luate separat sunt citite în mod obligatoriu celorlalți inculpați, după ascultarea lor. La judecarea cauzelor cu infractori minori, este obligatorie citarea părților, a părinților și a serviciilor de probațiune. Neprezentarea persoanelor legal citate nu împiedică judecarea cauzei.

Infracțiunile săvârșite de minori, ori infracțiunile săvârșite asupra minorilor, sunt judecate în cadrul secțiilor sau al completelor specializate care se organizează la nivelul curților de apel, tribunalelor și judecătoriilor, ori în cadrul tribunalelor specializate pentru minori și familie⁵.

Pentru cei care la momentul săvârșirii faptei erau minori, termenele de prescripție aplicabile în cazul executării pedepselor și în cazul sancțiunilor penale se reduc la jumătate. La stabilirea stării de recidivă, la individualizarea aplicării sau la individualizarea executării pedepsei, nu se iau în considerare condamnările pentru fapte săvârșite în timpul minorității.

- b. Pedeapsa amenzii.

Această pedeapsă se impune atunci când luarea unei măsuri educative nu mai este posibilă, iar aplicarea pedepsei cu închisoarea nu apare ca necesară.

Ca și în cazul pedepsei închisorii, legea prevede că în cazul infractorilor minori limitele se reduc la jumătate.

⁴ Traian Dima, Drept penal partea generală, p. 657-658 Editura hamangiu 2007.

⁵ Ion Neagu, Tratat de procedură penală Partea specială, p. 602, Editura Universul juridic, București 2010.

1.4 Suspendarea condiționată a executării pedepsei

Atunci când există garanții suficiente că îndreptarea condamnatului se poate realiza și fără a fi supus la executare efectivă, se dispune suspendarea condiționată prin hotărâre judecătorească de condamnare.

Durata maximă a termenului care se poate adăuga la pedeapsa pronunțată este aceeași, (2 ani) atât pentru condamnării majori cât și pentru condamnării minori. Diferența constă, în faptul că pentru condamnatul minor termenul care se adaugă la durata pedepsei închisorii este variabil, fiind cuprins între 6 luni și 2 ani, acesta fiind fixat de instanță, în timp ce în cazul condamnatului major termenul care se adaugă la durata pedepsei este întotdeauna fix (2 ani.). Termenul de încercare este de 6 luni, în cazul în care minorului i se aplică pedeapsa amenzii, în timp ce pentru infractorul major termenul de încercare este de 1 an. Suspendarea executării pedepsei nu atrage suspendarea măsurilor de siguranță și a obligațiilor civile care sunt prevăzute în hotărârea de condamnare deoarece măsurile de siguranță se iau pentru a se preveni săvârșirea de noi infracțiuni.

În condițiile art.81 și 110 C. pen. cel condamnat are obligația de a nu săvârși în termenul de încercare o nouă infracțiune, sub amenințarea revocării suspendării și executării în întregime a pedepsei care nu se contopește cu pedeapsa aplicată pentru noua infracțiune.

În cazul în care înăuntrul termenului de încercare nu s-a pronunțat revocarea suspendării iar cel față de care s-a dispus suspendarea condiționată nu a săvârșit o nouă infracțiune, va opera reabilitarea de drept.

1.5 Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere sau sub control

Potrivit art. 110¹ C. pen., odată cu suspendarea condiționată a executării pedepsei închisorii aplicate minorului în condițiile art. 110, instanța poate dispune, pe durata termenului de încercare, dar până la împlinirea vârstei de 18 ani, încredințarea supravegherii minorului unei persoane sau instituții din cele arătate în art. 103 (părinților minorului, celui care l-a adoptat sau tutorelui, unei persoane de încredere-de preferință unei rude mai apropiate la cererea acesteia-, ori unei instituții legal însărcinate cu supravegherea minorilor), putând stabili, totodată, pentru minori una sau mai multe obligații dintre cele arătate în art. 103 alin (3) (să nu frecventeze anumite locuri stabilite; să nu intre în legătură cu anumite persoane; să presteze o activitate neremunerată într-o instituție de interes public fixată de instanță, cu o durată între 50 și 200 de ore, de maximum 3 ore pe zi, după programul de școală, în zilele nelucrătoare și în vacanță), iar după împlinirea vârstei de 18 ani, respectarea de către acesta a măsurilor de supraveghere ori a obligațiilor prevăzute în art. 86².

Revocarea obligatorie a măsurii suspendării executării pedepsei sub supraveghere are loc în următoarele situații:

a) Dacă în cursul termenului de încercare cel condamnat a săvârșit din nou o infracțiune pentru care s-a pronunțat o condamnare definitivă, are loc revocarea obligatorie a măsurii suspendării executării pedepsei sub supraveghere. În cazul în care după expirarea termenului de încercare a fost descoperită infracțiunea săvârșită ulterior, revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere nu mai are loc;

b) Instanța revocă suspendarea executării pedepsei, în cazul în care cel condamnat nu a îndeplinit până la expirarea termenului de încercare, obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare;

c) Instanța revocă suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, dispunând executarea în întregime a pedepsei în situația în care cel condamnat nu îndeplinește cu rea credință măsurile de supraveghere prevăzute de lege sau obligațiile stabilite de instanță;

d) În situația în care măsurile de supraveghere ori obligațiile stabilite de instanță conform art. 86 spațiu 3 C. pen. nu sunt îndeplinite de minor.

Revocarea facultativă a măsurii suspendării executării pedepsei sub supraveghere poate avea loc în următoarele cazuri:

a) În situația în care în termenul de încercare a fost comisă o infracțiune săvârșită din culpă;

b) Are loc sustragerea minorului de la îndeplinirea obligațiilor prevăzute în art. 103 alin. (3) C. pen. stabilite prin hotărârea de condamnare.

Condamnatul față de care s-a luat măsura suspendării executării pedepsei sub supraveghere este reabilitat de drept, în cazul în care în perioada termenului de încercare nu a săvârșit din nou o infracțiune și nici nu s-a pronunțat revocarea măsurii.

1.6 Executarea pedepsei cu închisoarea de catre minori

Minorii condamnați se supun regimului penitenciar general în ceea ce privește deținerea, ordinea și disciplina, munca și altele, dar totodată se pun un accent deosebit și pe un regim diferențiat de executare, care să țină seama de particularitățile și de necesitățile fizice și psihice proprii vârstei acestora⁶

După încarcerarea minorului, familia sau după caz avocatul, sunt anunțați de administrația penitenciarului de situația minorului.

Minorii trebuie să fie separați de majori, pentru a fi feriți de influența acestora, separația putând fi realizată în locuri de detenție speciale sau în secții speciale din cadrul locului de detenție. Astfel în articolul 57 alin. (3) se prevede că minorii condamnați la pedeapsa închisorii execută pedeapsa separat de condamnații majori sau în locuri de deținere speciale, asigurându-li-se posibilitatea de a continua învățământul general obligatoriu și de a dobândi o pregătire profesională potrivit cu aptitudinile lor.

În cadrul penitenciarului, sunt organizate cursuri și cicluri de calificare și recalificare. Astfel cursurile sunt obligatorii pentru condamnații minori care nu au absolvit ciclurile de învățământ obligatoriu iar ciclurile de calificare și recalificare sunt urmate de cei care au absolvit. Minorii care urmează o formă de învățământ sau calificare profesională nu sunt obligați să muncească, excepție de la această regulă făcând cei care urmează ciclurile de învățământ superior.

Programele de educație și intervenție psihosocială sunt orientate spre favorizarea contactului cu societatea și în special cu familia, astfel încât, la punerea în libertate, minorii și tinerii să nu fie dezavantajați sub aspect școlar, profesional sau social⁷

Minorii beneficiază de un tratament preferențial față de majori – aceștia pot avea mai multe contacte cu familia și pot primi vizite și pachete la intervale de timp mai scurte și în cantități mai mari decât majorii.

Condamnații minorii au obligația de a fi respectuoși cu personalul penitenciarului, să răspundă cererilor de chemare, să adopte o ținută îngrijită, să pastreze un ton adecvat de comunicare și alte reguli de conduită specifice regimului de detenție pentru minori.

1.7 Drepturile condamnaților minori

Pe parcursul executării pedepsei, condamnatul minor beneficiază de o serie de drepturi, printre acestea numărându-se:

a) Dreptul la vizită - în timpul vizitării condamnaților, convorbirea se desfășoară în limba română. Dacă condamnatul sau vizitatorul nu cunosc limba română, convorbirea se desfășoară în limba pe care o cunosc cei din conducerea penitenciarului asigurând în acest caz ca discuția să fie înțeleasă de personalul care execută supravegherea vizitei⁸;

b) Dreptul la corespondență – condamnatul are posibilitatea de a-și informa familia printr-o carte poștală în legătură cu pedeapsa primită sau orice informație legată de durata și locul executării pedepsei;

c) Dreptul la asistență socio-educatională – condamnații pot lua parte la diverse activități sportive și educative în scopul pregătirii pentru integrarea socio-profesională după executarea pedepsei;

⁶ Ioan Chiș, Drept execuțional penal, p. 473, editura Wolters Kluwer, București 2009.

⁷ Ioan Marcel Rusu, Drept execuțional penal, p. 98, editura Hamangiu, București 2007.

⁸ Ioan Chiș, Drept execuțional penal, p. 482, editura Walters Kluwer, București 2009.

d) Dreptul de participare la activitățile de divertisment organizate de conducere pentru deținuți – deținuții minori și tineri vor avea cel puțin o zi de odihnă pe săptămână și timp suficient pentru educație și celelalte activități care fac parte din pregătirea lor în vederea reintegrării sociale⁹. În timpul liber condamnații minori pot opta pentru diverse activități sportive, artistice, muzicale și altele;

e) Dreptul la asistență medicală – în cadrul centrelor de detenție, condamnaților le este asigurată asistență medicală gratuită de către personalul de specialitate.

II. Analiza din perspectiva noului Cod Penal

II.1 Limitele răspunderii penale

În noul Cod penal vârsta minimă care trebuie împlinită pentru a putea fi posibilă angajarea răspunderii penale a persoanei fizice, este redusă de la 14 ani la 13 ani.

Această modificare este propusă datorită numărului mare de infracțiuni care au fost săvârșite în ultimii ani de minori cu vârsta sub 14 ani și datorită unor expertize efectuate cu privire la discernământul minorilor care au vârsta între 14 -16 ani, informațiile statistice arătând în urma acestor expertize că în peste 90% din cazuri acest discernământ exista, ceea ce ne conduce la concluzia existenței discernământului anterior vârstei de 14 ani.

II.2 Sancțiunile de drept penal

Noul cod penal aduce modificări și cu privire la sancțiunile de drept penal aplicabile infractorului minor. Astfel în comparație cu codul penal în vigoare unde minorilor care au săvârșit o faptă prevăzută de legea penală li se aplică o măsură educativă cu caracter sancționator sau o pedeapsă în funcție de gravitatea faptei săvârșite, în proiectul noului cod penal se renunță la pedepse și se aplică minorilor numai măsurile educative.

Măsurile educative se împart în:

- măsuri educative neprivative de libertate;
- măsuri educative privative de libertate.

II.3 Măsuri educative neprivative de libertate

Potrivit art. 2.36 din noul cod penal, măsurile educative neprivative de libertate sunt:

- stagiul de formare civică;
- supravegherea → scopul supravegherii este acela de a monitoriza respectarea de către minor a programului obișnuit
- consemnarea la sfârșit de săptămână;
- asistarea zilnică → se întocmește programul zilnic al minorului care include activități obișnuite în legătură cu vârsta minorului, cu situația școlară sau profesională a acestuia precum și activități care sunt indispensabile pentru îndeplinirea scopului măsurii educative.

II.4 Măsuri educative privative de libertate

Potrivit art. 2.37 din noul cod penal, măsurile educative privative de libertate sunt:

- internarea într-un centru educativ pe o durată de la 1 la 3 ani;
- 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 pe o perioadă de la 5 ani la 15 ani se dispune numai în cazul săvârșirii unor infracțiuni foarte grave pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de cel mult 20 de ani sau pedeapsa detențiunii pe viață.

În cazul în care minorul dovedește că după executarea a cel puțin jumătate din durata măsurii, a făcut progrese semnificative în direcția reintegrării sociale instanța poate dispune:

- în cazul în care nu a împlinit vârsta de 18 ani se poate dispune înlocuirea măsurii de detenție cu măsura asistării zilnice;
- în cazul în care minorul a împlinit vârsta de 18 ani se poate dispune liberarea.

⁹ Ioan Chiș, Drept execuțional penal, p 481, editura Walters Kluwer, București 2009.

Instanța va impune în ambele cazuri respectare uneia sau mai multor obligații dintre cele prevăzute la art. 122.

Dacă înainte de împlinirea duratei măsurii, comportamentul minorului nu permite repunerea sa în libertate, acesta va rămâne până la executarea completă a măsurii în centrul specializat. Instanța poate dispune continuarea executării măsurii educative într-un penitenciar în situația în care cel internat a împlinit vârsta de 18 ani iar comportamentul său influențează negativ ceilalți minori internați și împiedică procesul acestora de recuperare și reintegrare.

3. Concluzii

În comparație cu codul penal în vigoare unde vârsta minimă care trebuie împlinită pentru a putea fi angajată răspunderea penală a persoanei fizice este de 14 ani, în noul Cod penal vârsta minima care trebuie împlinită este redusă de la 14 ani la 13 ani.

O altă modificare pe care noul cod penal o aduce cu privire la infractorii minori se referă la sancțiunile de drept penal. Astfel, în codul penal în vigoare, minorilor care au săvârșit o faptă prevăzută de legea penală li se aplică o măsură educativă cu caracter sancționator sau o pedeapsă în funcție de gravitatea faptei săvârșite. În proiectul noului cod penal se renunță la pedepse și se aplică minorilor numai măsuri educative acestea fiind împărțite în măsuri educative privative de libertate și măsuri educative neprivative de libertate.

Aceste modificări și probabil și altele ce vor interveni în timp, se datorează studiilor și cercetărilor continue care atestă preocuparea permanentă pentru acest domeniu și care permit identificarea schimbărilor ce au loc în societate și permit deasemenea adaptarea permanenta a legislației cu privire la infractorii minori la condițiile sociale.

Referințe bibliografice:

- Alexandru Boroi, Drept penal Partea generală, editura București 2006
- Codul penal, Ed. Hamangiu, București, 2008
- Ilie Măgureanu, Drept penal Partea generală, editura Lumina Lex, București 2006
- Ioan Chiș, Drept executiv penal, editura Wolters Kluwer, București 2009
- Ioan Marcel Rusu, Drept execuțional penal, editura Hamangiu, București 2007
- Mihaela Alexandru, Participația penală, editura Hamangiu, București 2008
- Noul cod penal
- Ortansa Brezeanu, Minoritatea și legea penală, editura All Beck, București 1998
- Traian Dima, Drept penal Partea generală, București 2007
- Vasile Păvăleanu, Drept penal general, București 2005

JUVENILES AND THE MEDIATION PROCESS

Helga FARKAS *

Abstract

As fourth year law student I was a trainee at the Juvenile Division of the Municipal Prosecutors' Office of Budapest, where I got introduced to the juvenile justice legislation. During my traineeship period I realized how important is to turn the attention in time to young people. According to Section 107 (1) of Act IV of 1978 on the Hungarian Criminal Code, "juvenile" is a person, who was more than fourteen years old but less than eighteen years old when he has committed the crime. An "adult" is a person, who was more than eighteenth years old when he has committed the crime. The Hungarian Criminal Code, considering that juveniles are in a special stadium of their life that requires special treatment, incorporates a separate chapter on juvenile justice. The primary objective of a punishment or measure in case of juveniles is to help the juvenile person to develop in the right direction and to become a useful member of society. The thesis presents the concept of juvenile justice, the causes of juvenile crime, international trends of the field, the situation of victims, the role of probation officers, and also the mediation in juvenile justice: the history of mediation, the principles, the problems, the possible conflicts, and the views of the prosecutors on the mediation procedure. In order to complete my thesis I carried out research and also collected statistical data.

Keywords: conflict, victims, juveniles, mediation, mediator

Introduction

IV. éves joghallgatóként a nyári gyakorlatomat a Fővárosi Főügyészség Fiatalkorúak Osztályán töltöttem, ahol betekintést nyerhettem a fiatalkorúakkal kapcsolatos szabályozásba. Az ott töltött idő alatt rájöttem, mennyire fontos, hogy figyelmünket időben a fiatalkorúakra fordítsuk. A Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény (Btk.) 107. § (1) bekezdése értelmében fiatalkorú az, aki a bűncselekmény elkövetésekor tizennegyedik életévét betöltötte, de a tizennyolcadikat még nem, míg az elkövetéskor a 18. életévét betöltött személy felnőtt korú. A magyar Btk. szem előtt tartva azt, hogy a fiatalkorúak olyan sajátos életszakaszban vannak, amely sajátos büntetőjogi megítélést igényel, önálló – a VII. – fejezetben tartalmaz speciális szabályokat rájuk nézve. A fiatalkorúval szemben alkalmazott büntetés vagy intézkedés célja elsősorban az, hogy a fiatalkorú helyes irányba fejlődjék, és a társadalom hasznos tagjává váljék.

A Btk. szabályai szerint a bűncselekmény elkövetésekor a 14. életévüket be nem töltött gyermekek nem büntethetőek. Kriminológiai szempontból azonban létezik gyermekbűnözés. A gyermekbűnözés az adott helyen és időben a 14. életévüket be nem töltött elkövetőket és cselekményeiket, a fiatalkori bűnözés pedig a 14. életévüket már betöltött, de a 18. életévüket még be nem töltött bűnelkövetőket és bűncselekményeiket magában foglaló társadalmi tömegjelenség. Európa számos országában a büntethetőség alsó korhatárát a 14. életévben határozzák meg, azonban ettől eltérő megoldásokkal is találkozhatunk. A fiatalkor felső határa a 18. életév, de itt is vannak kivételek. Például az Amerikai Egyesült Államokban, North Carolina államban a 6. életév, másik 3 államban a 7., egyben a 8., míg a másik 11 államban a 10. életév az irányadó. A Gyermekek jogairól szóló New York-i Egyezmény a gyermek fogalmát a 18. életévét be nem töltött személyek körében határozza meg. Az Európa Tanács 2003. évi 20. sz. ajánlása szerint a „fiatalkorú olyan személy, aki elérte a büntetőjogi felelősség alsó korhatárát, de még nem érte el a nagykorúságot.”

A fiatalkorúak népességen belüli aránya 2,2-2,5%. 1985-ben 10000 fiatalkorú közül 135 bűnelkövető vált ismertté, 2005-ben viszont 192 személy, többségük a fővárosból, Borsod-Abaúj-

* law-student; Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary (farkashelga@citromail.hu). This study has been elaborated under the coordination of Prof. dr. Erika Varadi-Csema

Zemplén megyéből, Szabolcs-Szatmár-Bereg megyéből és Pest megyéből került ki. A lányok aránya nem haladja meg a 13,4%-ot. Az elkövetők több mint 2/3-a iskolába jár. A fiatalok 1/3-a egyedül, 2/3-a pedig társaival követ el bűncselekményt.

A fiatalok többsége vagyoni elleni bűncselekményt valósít meg, leggyakoribb a lopás, betöréses lopás, gépjárműlopás. Az erőszakos bűncselekmények között a garázdaságok, testi sértések, rablások száma magas.

Az elkövetéseket az egyes bűncselekményekhez kötötten speciális tényezők jellemzik: a zsarolásokat az iskolában követik el, döntően pénzt vesznek el, de előfordul egy-egy divatos használati tárgyért történő elkövetés is.

A bűncselekmény elkövetésének szubjektív okai az anyagi haszonszerzés, kalandvágy, agresszivitás, objektív okai a rossz baráti környezet, a pénzzavar, alacsony jövedelem. Az okok azonban az életkor és az adott bűncselekménytípus függvényében is változnak, például testi sértésnél a rossz környezet, az iskolai konfliktus a meghatározó, míg rablásnál az anyagi haszonszerzés.

A gyermek és fiatalok esetében a legtöbb a vagyoni elleni bűnözés és kisebb az erőszakos, garázda jellegű cselekmények aránya, ugyanakkor a bűnözési aktivitás nőtt. Ha azonban figyelembe vesszük azt, hogy a szülők nézeteltéréseiket erőszakkal próbálják megoldani nyilvánvalóvá válik az erőszak nemzedékek közötti körforgásának felerősödése. A gyermekbűnözést a bűnözés előcsarnokaként határozhatjuk meg, hisz a felnőtt bűnelkövetők jelentős része már gyermekkorában is deviáns magatartást tanúsít. A társadalom számára fontos feladat, hogy a fiatalok felnőtté válását úgy alakítsa, hogy önértékelésüket és szociális kompetenciájukat fejlessze, ezáltal társadalmunkba tartóznak érezhessék magukat és felelősségük, közösségi érzésük kibontakozhasson. A problémák korai felismerése minden gyermekkel és fiatalokkal foglalkozó intézmény feladata, de legnagyobb felelőssége, szerepe és súlya kétségtelenül a családnak van. Egy kiegyensúlyozott család képes a negatív társadalmi feladatok hatásainak kompenzálásával átsegíteni a fiatalokat a felnőtté válás folyamatán.

A szakirodalom a konfliktus-feloldási módok 3 nagy csoportját különbözteti meg: a jogi, a „jog előtti”, de nem erőszakos és a jogon kívüli erőszakos megoldásokat. A magyar bírósági eljárás során sem a cselekmény sértette, sem a fiatalok nem folytat egymással tényleges értelemben vett kommunikációt. A fiatalok elkövetőnek nincs lehetősége a bíróság döntését értelemben befolyásolni, s viszonya sértettel az eljárás során tovább romolhat, azonban valódi konfliktusfeloldásra ritkán kerül sor. Az ellentét az elkövető és a sértett között fennmarad, s egyik szereplő sem érzi úgy, hogy nyertesként hagyja el a tárgyalótermet.

Büntetőügyekben különösen a facilitációnak, azaz az irányított tárgyalásnak és a mediációnak, a közvetített tárgyalásnak lehet fontos szerepe. A közösségi alapú mediáció, az áldozat-elkövető békítés vagy az áldozat-elkövető mediáció bizonyos elemeiben eltér egymástól, s számos körülménytől függ, hogy az egyes országokban melyik kerül alkalmazásra. Az eredeti konfliktus demokratia-technika alkalmazásával oldják fel és e konszenzusos megoldás egy nyertes-nyertes típusú végkifejletet tesz lehetővé. A demokratia-technika lényegi eleme az, hogy az adott konfliktusban érintettek maguk hozzák meg a probléma feloldását lehetővé tevő döntést.

A fiatalok körében kiemelt jelentősége van az alkalmazható konfliktus-feloldási módoknak. Az érvek négy csoportba sorolhatók:

✚ Az első a fiatalokból, mint sajátos életkori szakaszból adódik. Fiatalkor esetén a személyiség-fejlődés még nem zárul le, a szocializáció folyamata még tart. Ebben az életkorban a büntetőeljárásról kapcsolódó esetleges negatív élmények illetve a tényleges megbánást elérni képes megoldások is fokozottan fejtenek ki hatásukat.

✚ A büntetőeljárás elhúzódásával együtt járó időmúlás jelentősen csökkenti, sőt esetenként ki is zárja annak a nevelő hatásnak az érvényesülését, amelyet mind a büntetés kiszabásához, mind a fiatalokkal szembeni büntetőeljárás lefolytatásához, illetve ezek céljához kötnek a vonatkozó törvények. A személye sokszor nem ismert az elkövető számára és büntetőeljárás során a „sértett” személytelen fogalom maradhat. A sértett szavahihetőségének megkérdőjelezése kedvezőbb

helyzetet teremt az elkövető számára. Az elkövetők által alkalmazott semlegesítési-technikák lehetőségét biztosítanak arra, hogy az adott személy elfogadtassa magával a normasértés tényét.

✚ A mediáció során a fiatal számára a sértett „fogalomból” élő emberé, névvel, érzésekkel, fájdalommal, szenvedéssel teli szereplővé válik. Az elkövető átlátja a sértettnek okozott negatív hatásokat, személyesen is végigéli a cselekménye által kiváltott érzelmi kitöréseket. A mediáció révén egy szűkebb közösség és maga a sértett is bizalmat ad a fiatal számára, olyan személlyé válik akinek viselnie kell döntésének következményeit. Felnőttként kezelik, bíznak benne és a fiatal ilyen értelemben vett felnőtté avatása megsokszorozza az egész eljáráshoz kapcsolódó nevelő hatást.

✚ A mediációs eljárás hatására sor kerülhet a fiatal mikrokörnyezetének mozgósítására is, akár a család, akár a közösség képviselőiről van szó lehetőséget kapnak a cselekménnyel okozott negatív hatások kifejezésére és a megoldás megtalálására. A mediáció feloldja a konfliktust az elkövető és a sértett között. A mediáció annak a bizalomnak a visszaszerzését teszi lehetővé a fiatal számára, amelyet a társadalmon belül a bűncselekmény elkövetésével részben vagy egészben elvesztett.

A fiatalkorúak büntetőügyeiben történő mediációs eljárás előnyeit nemzetközi szinten elismerik. A „Mediáció a büntetőügyekben” címet viselő dokumentum rögzíti, hogy a mediáció a gyermekek érdekeinek legjobban megfelelő intézmény. A Leuveni Deklaráció pedig a fiatalkorúakkal szembeni büntetőeljárásban alkalmazható mediációs lehetőségek körével foglalkozik.

Az államok többségében a mediáció a fiatalkorú elkövetők ügyeiben került először bevezetésre (Németország, Ausztria, Franciaország), de arra is van példa, hogy az adott ország büntető-eljárási törvényében bekövetkezett jogszabályváltozásokkal léptek életbe. Különbőség van abban a tekintetben is, hogy a mediációs tevékenységet milyen szerv gyakorolja. Ausztriában a Neustart (Korábbi nevén a „Pártfogó Felügyelet és a Fiatalkorúak Szociális Munka Egyesülete”) látja el az ország területén e tevékenységet, a bíróságon kívüli (ki)egyezés mellett a pártfogó felügyelet és az utógondozás lebonyolítása is feladatkörébe tartozik. Görögországban a hivatásos pártfogó felügyelők végzik a mediációt, míg Franciaországban a bíróságok mellett működő nevelési szolgálat. Tipikusan az eljárás első szakaszában kerül sor a mediáció lefolytatására, az egyezséget az ügyész hagyja jóvá és dönt a vádemelés elhalasztásáról. Hollandiában és az USA-ban már a nyomozati szakban is lehetőség van rá. Az államok szükségesnek tartják, hogy a büntető bíróság is állásfoglalhasson, így a mediáció lehetősége a bírói szakban is megmarad.

Angliában a Youth Offender Panel terjedt el, amelyben 2 intézményrendszer: a büntető-igazságszolgáltatási szervek és a civil közösség tevékenységét kellett összehangolni, a fiatalkorú az ügyben érintettek részvételével beszélje meg bűnelkövetéshez vezető okokat és önként tegyen vállalkozásokat részben a sértett, részben a közösség irányába. Fontos feltétel a közösség képviselete, tagnak csak az jelentkezhet, aki betöltötte a 18. életévet és vállalja, hogy részt vesz a „Youth Offending Team” által szervezett szakmai képzéseken és egy évig dolgozik a „Youth Offender Panel”-ben.

A mediáció igen eredményes jogintézmény képét mutatja a statisztikai adatok alapján. Ausztrában az érintettek 75%-a elégedett volt az eljárással és csupán 25%-uk volt elégedetlen. A könnyű testi sértést elkövetők körében az elsőbűntényesek 10%-a, a büntetett előéletűek 30%-a követett el újabb bűncselekményt.

A mediáció a megelőlegezett bizalomra alapulva könnyebben képes visszavezetni az elkövetőt a társadalomba, alkalmassá teszi a büntető-igazságszolgáltatást a társadalom védelmére.

A mediáció hazánkban ezer éves múltra visszatekintő jogintézmény. Már Szent István király törvényeiben is megjelent a mediátor, akit akkor „közbenjárónak” neveztek. A „közbenjáró” olyan főúr volt, aki az elkövető és az áldozata közötti jóvátétel tárgyában megkötendő egyezség részleteinek a megtárgyalásában működött közre.

A felvilágosodás, majd a polgári forradalmak alapvető követelménye és vívmánya volt a törvény előtti egyenlőség. E korszakban szilárdultak meg az elkövetők jogai és kibontakozott a

jogvédelem. Az áldozat érdekei háttérbe szorultak, személye szinte feleslegessé vált a büntetőeljárásban.

A feljegyzések szerint a mediációt a 19. században alkalmazták először a nemzetközi konfliktusok megoldásában, amikor például Nagy-Britannia közvetített Portugália és Brazília között 1825-ben vagy a Vatikán (XII. Leo Pápa) Németország és Spanyolország között a Karolina-szigetek ügyében. A mai nemzetközi diplomáciai tevékenység zöme is mediációként fogható fel és elterjedt a Közel-Kelet, a Balkán, Kelet-Timor térségében és számos más konfliktusban Afrika területén. A mediáció egy szabályozottabb alkalmazása az Egyesült Államokban kezdett teret nyerni a 20. század elején, ám igazából az 1960-as évektől honosodott meg.

A XX. század '60-as éveiben jelentkeztek ismét erőteljesen azok a törekvések, amelyek a sértettek jogállásának a rendezésére irányultak. Napjainkban senki sem kérdőjelezheti meg, hogy a büntetőjognak az emberek egyenlő méltóságának és szabadságának garantálása mellett gondoskodnia kell az emberek közötti békéről, biztonságról, illetve a megbomlott béke és biztonság helyreállításáról.

A mediáció latin eredetű szó, jelentése: „közvetítés”. A közvetítés egy olyan sajátos konfliktuskezelő, vitarendező folyamat, amelynek célja, hogy a vitában érdekelt felek kölcsönös megegyezése alapján a vitában nem érintett, pártatlan harmadik személy, a közvetítő bevonása mellett a felek közötti vita rendezésének megoldását tartalmazó, írásbeli megoldás létrejöjjön.

A közvetítő legfontosabb feladata, hogy a szemben álló felek közötti indulatokat fékezze, a vita kiéleződését megakadályozza és oly módon próbálja irányítani a felek megbeszéléseit, hogy tisztázzák azokat a tényeket, körülményeket, amelyek a vita kialakulásához, kiéleződéséhez vezettek, a felek végighallgassák egymást és képessé váljanak a vitás ügy megoldásával összefüggő elvárásaik ismertetésére és értékelésére. A megállapodás eltérő jogokat és kötelezettségeket állapíthat meg attól, amelyek a feleket a vitás ügy bírósági eljárásba történő tárgyalása során megilletnék, a szükségletekre és értékekre összpontosítva.

A közvetítő *tanácsot nem adhat, nem dönthet a vitás ügyben*, hanem csak segíti a feleket a megoldás megtalálásában, tájékoztatja a feleket a vitás üggyhöz kapcsolódó joganyagáról, szakmai tényekről, ismeretekről, felvázolhatja egyik vagy másik fél álláspontját. A vita *kulturált megoldásának lehetőségét nyújtja*. A megindítás a felek önkéntes elhatározásán alapul, a feleken múlik milyen gyorsan jutnak el a megállapodás létrehozásáig.

Amikor valaki bíróság előtt pert indít, hatósági eljárást kezdeményez vagy közjegyzőt, ügyvédet keres fel, egy kívülálló személy az, aki a vitás ügyet megoldja. Lényeges változást hoz tehát, ha a vitás felek egy pártatlan harmadik személy, a közvetítő bevonásával, de saját felelősségükre, lényegében együtt, közösen alakítják ki a vitás ügyük megoldását célzó megegyezést.

A közvetítői eljárás a büntetőeljárással keretében zajló eljárás, amelynek a büntetőeljárással való kapcsolódási pontjait, azaz elrendelésének feltételeit és az eredményes eljárás jogkövetkezményeit a Büntetőeljárás törvény, anyagi jogi alapjait a Büntető Törvénykönyv teremti meg, részletes szabályairól pedig külön törvény, a 2006. évi CXXIII. Törvény *a büntető ügyekben alkalmazható közvetítői tevékenységről* rendelkezik

Hazánkban a fiatalkorúak büntetőjogának alapvető szabálya, hogy a fiatalkorúval szemben alkalmazott büntetés vagy intézkedés célja elsősorban az, hogy a fiatalkorú helyes irányba fejlődjék és a társadalom hasznos tagjává válják. Büntetést akkor kell kiszabni, ha az intézkedés alkalmazása nem célravezető. Szabadságelvonással járó intézkedést alkalmazni vagy büntetést kiszabni csak akkor lehet, ha az intézkedés vagy a büntetés célja más módon nem érhető el. (Btk. 108. §)

Nem büntethető a fiatalkorú, ha a személy elleni, közlekedési vagy vagyon elleni vétség vagy ötévi szabadságvesztésnél nem súlyosabban büntetendő büntett elkövetését a vádemelésig beismerte, és közvetítői eljárás keretében a sértett által elfogadott módon és mértékben a bűncselekménnyel okozott sérelmet jóvátette. (Btk 107/A)

Az ügyész a vádemelés feltételeinek fennállása esetén ötévi szabadságvesztésnél nem súlyosabb büntetéssel büntetendő bűncselekmény miatt - a fiatalkorú helyes irányú fejlődése

érdekében - a vádemelést elhalaszthatja. Az ügyész a vádemelés elhalasztása előtt pártfogó felügyelői vélemény beszerzését rendeli el. Az ügyész a vádemelés elhalasztásáról szóló határozatában a fiatakorút magatartási szabályok megtartására vagy más kötelezettségek teljesítésére kötelezheti. A közvetítői eljárásban a fiatakorú törvényes képviselőjének részvétele kötelező.

Ha a közvetítői eljárás eredményes, a fiatakorú a vállalt kötelezettségeinek eleget tett, és a Btk. 107/A. §-a alkalmazásának van helye, az ügyész az eljárást megszünteti. Ha a fiatakorú a közvetítői eljárás eredményeként létrejött megállapodás teljesítését megkezdte, az ügyész az öt évet meg nem haladó szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmény miatt egy évtől két évig terjedő időre a vádemelést elhalaszthatja. (Be. 459.S)

Tehát a közvetítésre utalás feltételei megegyeznek az általános szabályokkal, ám a fiatakorú érdekeinek védelmére tekintettel a törvényes képviselő jelenlétét kötelezővé teszik és ha az ügyész a vádemelés elhalasztását tartja célszerűnek kötelező a pártfogói vélemény beszerzése is. A fiatakorú terhelt esetén a Be 459. §-ának (4) bekezdése lerontja a Btk. 36. §-ánk (2) bekezdésében foglalt szabályt és a közvetítői eljárás eredményes lezárása esetén a büntetés korlátlan enyhítése helyett minden esetben az eljárás ügyész általi megszüntetését írja elő. Ha a fiatakorú terhelt a közvetítői eljárás során létrejött megállapodás teljesítését megkezdte, de annak teljesítése a közvetítői eljárás tartalma alatt még nem fejeződött be, akkor a vádemelés elhalasztásának van helye.

Conclusions

Tapasztalatok

a közvetítői eljárással kapcsolatos tapasztalatok

(Borsod-Abaúj-Zemplén Megyei Igazságügyi Hivatal, 2007-2009)

	2007	2008	2009
Összes ügy	136	190	194

Az alábbi táblázat a közvetítői eljárást elrendelők szerinti ügymegoszlást mutatja be:

	2007	2008	2009
Ügyészség	104	175	161
Bíróság	32	15	33

	2007	2008	2009
Fiatakorú ügyek	44	34	19
Felnőtt korú Ügyek	92	156	175

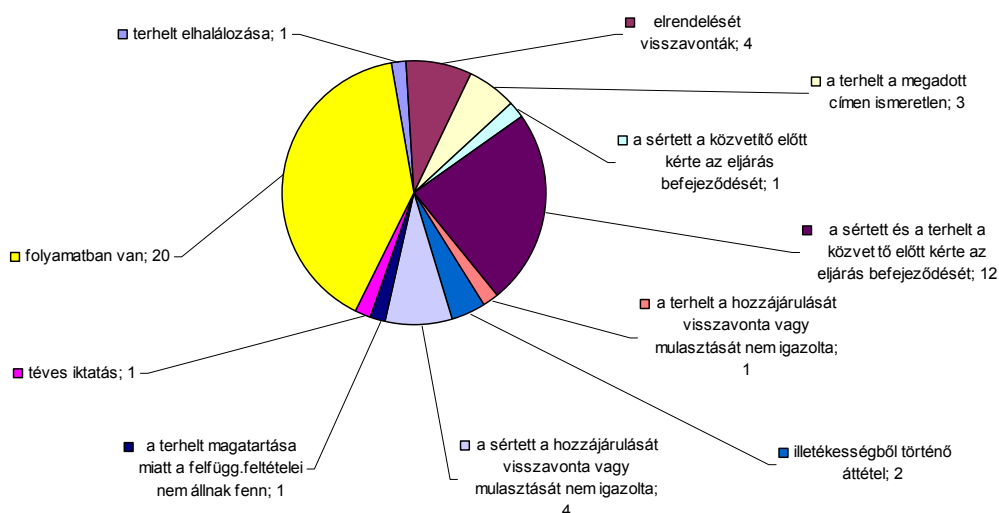
2009-ben az alábbi bűncselekmények elkövetése miatt került sor közvetítői eljárásra:

Bűncselekmények	Ügyek száma
Vagyon elleni bűncselekmények:	100
Csalás büntette	7
Lopás vétsége	56
Sikkasztás vétsége	18
Csalás vétsége	7

Rongálás vétsége	11
Szerzői jogok megsértésének vétsége	1
Közlekedési bűncselekmények:	63
Közúti baleset gondatlan okozásának vétsége	58
Közlekedés biztonsága elleni büntetés	2
Cserbenhagyás	1
Közúti veszélyeztetés	2
Személy elleni bűncselekmények:	31
Súlyos testi sértés	21
Zaklatás	7
Személyi szabadság megsértése	1
Zsarolás	2

A közvetítői eljárás egyik fontos eredménye a tevékeny megbánást rögzítő **megállapodás**. Az adott időszak alatt érkezett ügyek közül **144** esetben jött létre megállapodás.

Érdeemes megvizsgálni, hogy azokban az ügyekben, ahol a közvetítői eljárás **nem jutott el a megállapodásig (50 esetben)**, milyen okból fejeződött be az eljárás. Ezt mutatja a következő ábra:



A fiatalok sajátos életrésztartományban vannak. Ennek – véleményem szerint – kellő hangsúllyal kell megjelennie a velük kapcsolatos eljárásban, hiszen belőlük kerül ki a jövő generációja. Olyan példát kell nekik mutatni, hogy képesek legyenek a társadalom hasznos tagjává válni. A fiatalok elkövetők számára szerintem nem az elzárás az elsődleges cél, mivel sok esetben az elzárás hatására rossz irányba fejlődik a fiatalok. Sokkal inkább a megelőzésre és a nevelésre helyezném a hangsúlyt. Speciális életrésztartományban vannak, mivel még nem alakult ki teljesen a személyiségük, ezért olyan intézkedéseket kell velük szemben alkalmazni, melyek megmutatják számukra a helyes irányt. Véleményem szerint erre a mediáció a legalkalmasabb. A fiatalok szembeáll magatartásának következményeivel és lehetőséget kap arra, hogy megbánja, amit tett, s jövője a sértettnek okozott kárt.

Milyen pozitív hatásai lehetnek a mediációnak?

- A mediációba bevont esetek meghatározó többsége megegyezéssel zárulhat;
- Az áldozatok kevésbé félnek attól, hogy az eljárásban újra áldozattá válnának;

- Az áldozatok elégedettebbnek lehetnek az eljárás eredményével, mint a hasonló ügyekben a bírói eljáráson keresztül ment áldozatok;
- Az elkövetők nagyobb valószínűséggel teljesítik a jóvátételi egyezségüket, mint a hasonló, de az áldozataikkal nem találkozó elkövetők;
- Kevesebb és kevésbé súlyos bűncselekményeket követnek el azok, akik részt vettek mediációban.

A mediáció egyik célja, hogy a kisebb súlyú bűncselekményeket elkövetőket, különösen a fiatalokat elterelje a hagyományos büntetőeljárás menetétől, másrészt lehetőséget biztosítson a resztoratív attitűd megerősödésére. A jóvátétel nem korlátozódhat kizárólag pénzbeli kompenzációra, a kár egyösszegű megtérítésére vagy járadék fizetésére. Különösen irányadó ez, ha a tett szellemi sérülést vagy érzelmi szenvedést okoz.

References

- Badó-A.-Bencze M. (2007): Tétéles kimutatás. Megyéenként változó ítélkezési gyakorlat. HVG, 12, 22-24 o.
 - Csemáné Váradi E. (2001): A gyermek és fiatalkori bűnözés- tendenciák, elméletek, okok. In: Kriminológiai Közlemények 59. sz. Magyar Kriminológiai Társaság, Budapest 55-91.o.
 - Csemáné Váradi Erika (2004): A fiatalkorúak büntető igazságszolgáltatásának nemzetközi tendenciái az Európai Unióban, különös tekintettel az egyes országok szabályozására. In: Lévay Miklós(szerk.): Az Európai Unióhoz való csatlakozás kihívásai a bűnözés és más devianciák elleni fellépés területén. Bűnügyi tudományi közlemények 7., Miskolc, Bíbor Kiadó 302-327.o.
 - Csemáné Váradi E. (2005): A gyermek és fiatalkorú áldozatok speciális megközelítése a büntető-igazságszolgáltatásban. In: Wiener A. Imre Emlékkötet, Budapest 553-571.o.
 - Csemáné Váradi E. (2006): A hivatásos pártfogók helye és szerepe a büntető igazságszolgáltatás rendszerében. In: „Facultas nascitur, 20 éves a jogászképzés Miskolcon”, Bíbor Kiadó, Miskolc 527-558.o.
 - Csemáné Váradi E. (2006): Konfliktus-feloldás a fiatalkorúakkal szembeni büntető-igazságszolgáltatásban. In: Bizalom-Társadalom-Bűnözés, Bíbor Kiadó, Miskolc 271-277.o.
 - Csemáné Váradi E. (2006): A gyermek és fiatalkori bűnözés. In: Gönczöl-Kerezsi-Korinek-Lévay: Kriminológia-Szakkriminológia. Complex, Budapest 525-542.o.
 - Csemáné Váradi E. (2007): Új tendenciák a fiatalok bűnözésében - nemzetközi kitekintés. In: Kriminológiai Közlemények 64. Budapest 200-231.o.
 - Csemáné Váradi E. (2009): A hazai bűnmegelőzési stratégia megvalósulásának főbb megyei tapasztalatai - különös tekintettel a gyermek és fiatalkori bűnözésre. In: Csemáné Dr. Váradi Erika (szerk.): Konceptciók és megvalósulásuk a rendszerváltozás utáni kriminálpolitikában. Kriminológiai Közlemények Különkiadása. Bíbor Kiadó, Miskolc
 - Csemáné Váradi E.–Lévay M. (2002): A fiatalkorúak büntetőjogának kodifikációs kérdéseiről – történeti és jogösszehasonlító szempontból. In: Büntetőjogi Kodifikáció 1.sz
 - Eörsi M.-Ábrahám Z. (2003): Pereskedni Rossz! Mediáció: a szelíd konfliktuskezelés, Minerva Kiadó
 - Görgényi I. (2006): Kárjóvátétel a büntetőjogban, mediáció a büntetőügyekben, hvgorac Lap és Könyvkiadó, Budapest
 - Kertész Tibor (2010): Mediáció a gyakorlatban, Bíbor Kiadó, Miskolc
 - Lévai Miklós (1994): A fiatalkorú bűnelkövetőkkel szemben kiszabható büntető szankciók reformja. In: Magyar Jog 6. sz.
 - Sáriné Dr. Simkó Ágnes (szerk.) (2006): A mediáció. A közvetítői tevékenység, hvgorac Lap és Könyvkiadó Kft., Budapest
 - Strasser F.-Randolph P. (2008): Mediáció, a konfliktusmegoldás lélektani aspektusai, Nyitott Könyvműhely, Budapest
- A büntetések és intézkedések végrehajtásáról szóló 1979. évi 11. tvr.
 - Az ENSZ 1985. évi Deklarációja (Magna Charta)
 - Az Európa Tanács 2003. évi 20. sz. ajánlása

- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának R (99) 19. számú ajánlása
- Az Európai Unió Tanácsának 2001/220/IB. Számú kerethatározata
- Gyermek jogairól szóló New York-i Egyezmény (1989. november 20.)
- Leuveni Deklaráció
- Európai Emberi Jogi Egyezmény
- 1978. évi IV. törvény a Büntető Törvénykönyvről
- 1998. évi XIX. Törvény a Büntetőeljárásról
- 2006. évi CXXIII. törvény a büntető ügyekben alkalmazható közvetítői tevékenységről
- 7/1998 (III.11.) NM sz. rendelet a fiatalkorúak végrehajtási szabályairól
- 30/1992. (V.26.) AB határozata

ARESTAREA PREVENTIVĂ

Andra Larisa FLOREA*
Alexandru Cristian URSARU**

„Libertatea nu este un drept, ci o obligație”
- Nikolai Alexandrovich Berdyaev¹

Abstract

Preventive detention is an imprisonment that is not imposed as the punishment for a crime, but in order to prevent a person from committing a crime, if that person is deemed likely to commit a crime. Note that arrest by itself does not imply guilt. Only after the prosecution and trial, in relation to the outcome, it will be determined whether the person is guilty or not. We chose this theme because we didn't find a great revolution in the matters of preventive custody in the stage of criminal action, based on opinions and concrete cases in the last 20 years or proportional to the degree of understanding of the decisions of the ECHR. We believe that at least in the recently promoted cases and not only, prosecutors have exaggerated in the measure of preventive arrest, focusing more on media effects of this preventive measures and not on proving the guilt of those concerned. The prosecutor is supposed to defend the rule of law, rights and freedoms of citizens, collecting evidence both in favor and against the perpetrator. So we hope for that revolution because we know from public statements that now is not so, the prosecutor is just gathering incriminating evidence.

Cuvinte cheie: arestare preventivă, învinuit, inculpat, minor, urmărire penală.

1. Introducere

Pentru ca un stat să existe, ca o societate să se nască, este imperativ nevoie de instituirea unor principii, norme și reguli, a unui cadru instituționalizat care să asigure funcționarea tuturor mecanismelor pe baza cărora orice individ vinovat de încălcarea legii să poată fi tras la răspundere. Astfel vorbim de fenomenul dreptului reprezentând un ansamblu de reguli obligatorii de conduită, reguli care consacră drepturi, libertăți și obligații determinate ce decurg din relațiile interumane și a căror respectare este garantată, la nevoie, de către puterea publică. Dreptul se referă la valorile sociale, aspirațiile comunității, iar promovarea și apărarea acestora sunt vitale pentru ființarea societății civile și a statului de drept.

Așadar, statului român i se înscrie, printre altele, și atributul de a fi un „stat de drept”², atribut ce are semnificația subordonării statului față de normele juridice. Însă puterea statală și libertatea par imposibil de conciliat în măsura în care nimeni nu poate fi liber și constrâns în același timp, și atunci se pune întrebarea dacă și în ce măsură, subordonarea statului față de drept afectează libertatea umană.

Nimic nu poate fi egalat cu sentimentul de libertate, acesta născându-se și înălțându-se odată cu omul. De aceea pentru ființa umană libertatea a fost și va rămâne tot atât de firească și de legitimă

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: andra_florea@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr. Damaschin Mircea.

** Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: ursaru.alexandru@yahoo.com).

¹ Filosof politic și religios rus

² Ion Deleanu, *Drept constituțional și instituții juridice*, Ed. Chemarea, Iași, 1992

cum este însăși existența. Însă, oricât de intens va fi trăită și simțită libertatea umană, ea nu va putea trece niciodată dincolo de limitele pe care condiția socială le fixează sub semnul necesității. Trăind în societate omul trebuie să accepte, în scopul realizării interesului general, a „binelui social comun”, limitarea formelor lui de manifestare la dimensiunile rezonabilului. Lucrul acesta se poate înfăptui prin autocontrol, dar acesta este o cale nesigură, variabilă. Mai sigură este intervenția unui factor exterior, constituit în societate prin forța coercitivă cu care este înzestrată puterea publică.

Începând de la maxima cunoscută în Franța secolelor al XVII-lea și al XVIII-lea: ”cine nu va începe prin capturare îl va pierde pe răufăcător” – însemnând că judecarea acuzatului în stare de libertate era o excepție și arestarea o regulă, continuând cu prezumția de nevinovăție recunoscută de Revoluția Franceză la 1789 și apoi cu sistemele de garanții stabilite în secolul al XX-lea de tratatele și convențiile internaționale, a fost o continuă luptă între libertate și constrângere, ce a îmbrăcat adesea forme politice. S-a ajuns la un sistem de restrângere a unor drepturi și libertăți în care se încearcă împletirea și prezentarea intereselor societății cu ale individului.

„Relația dintre libertate și constrângere trebuie să fie rațională, pentru că din acest raport rezultă veritabilul simbol al unei civilizații care poartă denumirea de stat de drept”³; orice exagerare într-un sens sau altul este păgubitoare atât pentru individ cât și pentru colectivitate. În ansamblu, „libertatea fără autoritate se alterează, autoritatea fără libertate degenerază”⁴. Așadar, atenuarea unui posibil conflict între libertate și constrângere se poate realiza prin limitarea adecvată a libertății individului, dar și a formelor și intensității constrângerii.

Această idee se regăsește și în documentele internaționale pentru protecția drepturilor omului. Ilustrativ, în acest sens, este art. 29 din „Declarația universală a drepturilor omului”, care prevede că: „fiecare persoană este supusă, în exercitarea drepturilor sale unor îngrădiri prevăzute de lege, în scopul asigurării și respectului drepturilor și libertăților altora și în scopul satisfacerii exigențelor cerute de morală, de ordinea publică și de bunăstarea generală, într-o societate democrată”⁵.

Prin Legea României nr. 281/2003 publicată în “Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 468 din 1 iulie 2003, dispozițiile Codului de procedură penală al României au fost modificate și completate substanțial, pentru a fi armonizate cu reglementările internaționale privind ocrotirea libertății persoanei, în primul rând, cu dispozițiile Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care constituie documentul internațional de referință în domeniu.

Organele de drept au obligația nu numai de a cerceta infracțiunile săvârșite, dar și de a face tot posibilul pentru a asigura ocrotirea drepturilor și intereselor legitime, onoarea și demnitatea cetățenilor țării, mai ales în condițiile actuale, când în centrul atenției trebuie să se afle însuși cetățeanul – drepturile și libertățile lui, cinstea, onoarea și demnitatea lui.

Astfel, una dintre garanțiile constituționale, pentru asigurarea protecției valorilor numite, sunt prevederile legate de aplicarea de către instanțele judecătorești a arestării preventive a învinutului sau inculpatului, în baza unor hotărâri legale, întemeiate și motivate.

2. Noțiunea și categoriile de măsuri preventive

Potrivit art. 136 alin. (1), măsurile preventive sunt mijloacele de constrângere prevăzute de lege pe care le pot lua organele de urmărire penală, judecătorii și instanțele de judecată, pentru a se asigura buna desfășurare a procesului penal ori pentru a împiedica sustragerea învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei. Învinutul sau inculpatul poate încerca, inițial, să ascundă comiterea infracțiunii, să împiedice dovedirea vinovăției sale etc.; el poate încerca să se sustragă de la urmărire și de la judecată pentru a întârzia aplicarea sancțiunii penale; în fine, inculpatul condamnat definitiv poate încerca să se sustragă de la executarea

³ Ion Deleanu, *Drept constituțional și instituții juridice*, Ed. Chemarea, Iași, 1992

⁴ Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1993

⁵ Ioan Demeter, *Declarația drepturilor omului*, București, 1968, pag. 39

pedepsei, prin ascundere, plecarea în străinătate. Împotriva încercărilor învinutului sau inculpatului de a obstrucționa realizarea scopului procesului penal, toate legislațiile moderne pun la îndemâna autorităților judiciare mijloacele de constrângere necesare prin care să le poată preveni, și anume: reținerea, obligarea de a nu părăsi localitatea, obligarea de a nu părăsi țara și arestarea preventivă.

Întrucât, așa cum am dezbătut mai sus, măsurile preventive aduc atingere libertății individuale, consfințită ca un drept fundamental al cetățeanului, trebuie instituite garanțiile juridice necesare care să împiedice orice abuz în luarea și menținerea măsurilor preventive. Importante garanții au fost prevăzute în art. 23 al Constituției României din 1991, completate prin revizuirea ei în anul 2003, ceea ce le dă caracter constituțional, neputând fi înlăturate sau restrânse printr-o lege organică sau ordinară. Alte garanții sunt înscrise în art. 5 C.proc.pen., în modificările și completările aduse acestuia prin Legea nr. 32/1990 și apoi prin Legile nr. 281/2003 și nr. 356/2006, precum și prin alte dispoziții ale Codului, ridicându-se astfel, prin ultima reglementare a măsurilor preventive⁶, la cerințele Convenției Europene de apărare a drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

3. Arestarea preventivă (art. 146-160^h)

3.1. Istoric. O trecere simplă în revistă a politicii penale în cadrul sistemelor de drept de până în secolul al XVIII-lea ne relevă faptul că protecția societății era realizată și asigurată printr-un proces penal în care pentru stabilirea vinovăției se recurgea cel mai frecvent la mijloace de intimidare și tortură, la probe iraționale care puneau grav în primejdie viața, sănătatea și integritatea corporală a persoanei acuzate și se încălca în cel mai grosolan mod libertatea și demnitatea acesteia. Simpla bănuială, denunțul anonim sau surprinderea în apropierea locului faptei, constituiau temeiuri pentru arestarea unei persoane.

Într-o etapă istorică primară, în care funcțiile statului nu erau definite și în care evident că nu există nici o separație a puterilor - șeful tribului, clanului, familiei, care cumula toate funcțiile și atribuțiile reprezentate în același timp și autoritatea judiciară. Între indivizi existau legături de sânge, ei formând practic o familie. Vorbim, în acest context, de o justiție familială⁷ - așa cum o descriu istoricii că a existat în statele antice, Egipt, Mesopotamia, Grecia, Roma antică.

Caracterul absolut al puterii șefului nu presupunea arbitrariul, uneori interesul grupului putea să-l oblige să pedepsească sever în ciuda sentimentelor sale personale. Cea mai severă pedeapsă pentru reprimarea crimelor comise de o rudă împotriva alteia era alungarea din cadrul familiei. Avem de-a face cu o răzbunare penală colectivă și o vinovăție prezumată colectivă.

Practic, în acest sistem nu putem vorbi de garanții procesuale sau de drepturi ale persoanei acuzate. Deținerea preventivă era o regulă de bază. Posibilitatea acuzatului de a cere eliberarea pe cauciune - apărută spre sfârșitul imperiului roman reprezintă un progres și un mare câștig. Evoluția societății a condus la apariția unor reguli și norme precise - o jurisdicție care să cuprindă în concret modalitățile de tragere la răspundere penală.

3.2. Noțiune, reglementare și justificare. Arestarea preventivă este cea mai gravă dintre măsurile preventive prevăzute de Codul de procedură penală, a cărei aplicare asigură normala desfășurare a procesului penal în vederea realizării scopului acestuia.

Ea constă în „lipsirea de libertate a unei persoane, cu caracter provizoriu și în condițiile determinate de lege, înainte de soluționarea definitivă a cauzei penale pentru a se asigura buna desfășurare a procesului penal ori a se împiedica sustragerea învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei”⁸.

⁶ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 60/2006

⁷ Instituția *pater familias* este relevantă în acest sens; când autoritatea se exercită mergând până la drept de viață și de moarte asupra soției, fiilor și sclavilor.

⁸ Vasile Păvăleanu, *Drept procesual penal. Partea generală*, București, 2007

Având în vedere gravitatea acestei măsuri în dreptul procesual român arestarea preventivă este însoțită de unele garanții. În art. 5 C.proc.pen. se prevede expres că: „În tot cuprinsul procesului penal este garantată libertatea persoanei. Nici o persoană nu poate fi reținută sau arestată și nici nu poate fi supusă vreunei forme de restrângere a libertății decât în cazurile și condițiile prevăzute de lege”. Aceste dispoziții reflectă, de altfel, principiul constituțional potrivit căruia „Libertatea individuală și siguranța persoanei sunt inviolabile”⁹, arestarea putându-se face numai în temeiul unui mandat emis de magistrat pe o durată de cel mult 30 de zile.

Cu privire la gravitatea arestării preventive s-au formulat numeroase obiecții dintre care cele mai multe întemeiate pe prezumția de nevinovăție; se susține în aceste critici, că persoana învinuită se consideră nevinovată până la pronunțarea unei hotărâri definitive de condamnare, or, arestarea preventivă se dispune în temeiul unei convingeri de vinovăție pe care și-o formează judecătorul care o dispune, care este contrară prezumției de nevinovăție. Se susține, de asemenea, că instanța de judecată, când judecă un inculpat arestat preventiv, este dispus să-l considere vinovat, ceea ce poate duce la erori grave de judecată.

Prezumția de nevinovăție¹⁰, ca garanție împotriva abuzurilor și erorilor ce pot surveni în administrarea justiției, se impune și mai mult dacă ne referim la situațiile absolut ireparabile, ce le pot atrage condamnarea la o pedeapsă capitală și executată a unei persoane nevinovate pentru că oricât de odioasă ar fi condamnarea pe viață pentru un om nevinovat, nimic nu poate depăși în eroare luarea unei vieți din greșeală, nu după un acces de furie, nu sub influența vaporilor de alcool, nu în urma unei provocări, din ură, sau din răzbunare, ci luată la rece, deliberat de către societatea însăși. Din cauza acestei posibilități, dubiul trebuie să-l favorizeze pe acuzat.

Eroarea judiciară nu are consecințe nefaste doar pentru victimă, familie, persoanele dintr-o anumită colectivitate ci și pentru societate. Eroarea judiciară riscă de fapt să discrediteze sistemul respectiv, statul, în ochii opiniei publice.

Prin procedura stabilită în actualul Cod de procedură penală român, se asigură repararea poziției și în același timp li se recunoaște vechimea în muncă persoanelor condamnate sau față de care s-a luat măsura arestării preventive pe nedrept¹¹. De menționat și faptul că, în cazul în care condamnarea sau măsura preventivă luată pe nedrept se datorează relei credințe sau gravei neglijențe a unei persoane, statul are acțiune de regres împotriva acestuia¹².

Nu s-a constatat însă o mare revoluție în materia arestării preventive, pe cât am fi putut-o avea în cei 20 de ani, ori proporțională cu gradul de înțelegere al hotărârilor CEDO. Din contră, se înmulțesc încheierile bazate pe art. 148, alin. 1, lit. f) C.pr.pen.¹³, care se bazează pe “sentimente de insecuritate”, “neîncredere în justiție” și alte sintagme de același fel:

• „Pe de altă parte, în contextul recrudescenței infracțiunilor de corupție și a celor conexe acestora, lăsarea în libertate a unor funcționari care s-au folosit în interes propriu, în scopul realizării de venituri ilegale, de atribuțiile ce le-au fost încuviințate pentru buna funcționare a societății prezintă, într-adevar, pericol social pentru ordinea publică, fiind incidente dispozițiile art.148 alin(1), lit f) C.p.p. Lipsa de reacție la aceste gen de fapte ar putea constitui o încurajare pentru încălcarea drepturilor cetățeanului, fiind totodată de natură a da naștere unui puternic sentiment de revoltă în rândul persoanelor care, ca destinatari ai legii penale, înțeleg să se conformeze raporturilor de putere reglementate de aceasta.”¹⁴ (Încheierea nr. 6264/299/2007, Judecătoria Sectorului 1)

⁹ Art. 23 din Constituție, Titlul II

¹⁰ Art. 5² C.pr.pen. Regula *in dubio pro reo*.

¹¹ Art. 504 C.pr.pen.

¹² Art. 507 C.pr.pen.

¹³ Fostul art. 148, lit. h) – „inculpatul a săvârșit o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de 4 ani și există probe că lăsarea în libertate prezintă un pericol concret pentru ordinea publică”. Articol modificat prin art. I pct. 75 din Legea nr. 356/2006.

¹⁴ Încheierea nr. 6264/299/2007, Judecătoria Sectorului 1 - Nicoleta Cristus, *Arestarea preventivă. Practică judiciară 2008-2010*, Ed. Hamangiu, București, 2010

• “Sintagma <pericol pentru ordinea publica> desemnează o stare – și nu un fapt – ce ar putea periclita pe viitor, după punerea în libertate a inculpatului, normala desfășurare a unui segment din relațiile sociale protejate în cadrul ordinii publice, respectiv cele privind libertatea morală a persoanei, iar această stare de pericol se deduce din datele existente în cauză, astfel cum au fost prezentate, privitoare la împrejurările și modul de desfășurare a activității infracționale. La stabilirea pericolului public nu se pot avea în vedere doar date legate de persoana inculpaților, ci și date referitoare la fapta, date care în speță sunt de natură a crea un sentiment de insecuritate, credința că justiția nu acționează îndeajuns împotriva infracționalității, în lipsa luării măsurii preventive.”¹⁵ (Încheierea nr. 28947/299/2010, Judecătoria Sectorului 1)

• “În condițiile speței, interesul public impune luarea măsurilor necesare pentru a asigura protecția cetățenilor împotriva comiterii unor fapte care afectează încrederea publicului în instrumentele de plată.”¹⁶ (Decizia nr. 201/2009, Curtea de Apel Timișoara).

Orice infracțiune comisă sau presupusă a fi comisă, încalcă o valoare socială și, pe cale de consecință, poate conduce la un sentiment de revoltă și/sau insecuritate în rândul opiniei publice.

În raport cu cele două calități procesuale pe care le poate avea o persoană față de care se desfășoară activitatea procesuală penală, legea a reglementat această măsură în două modalități:

- Arestarea preventivă a învinutului
- Arestarea preventivă a inculpatului.

3.3. Arestarea preventivă a învinutului. Potrivit art. 229 C.pr.pen., învinutul este persoana față de care se efectuează urmărirea penală, cât nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală împotriva sa.

Condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a se lua această măsură sunt:

- să existe probe temeinice că învinutul a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală
- pentru fapta săvârșită legea să prevadă pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii
- să existe vreunul din cazurile prevăzute în art. 148 C.pr.pen.
- învinutul să fi fost ascultat în prealabil numai în prezența apărătorului ales sau a celui din oficiu.

Măsura arestului preventiv se dispune în prezent în urma modificărilor din 2003 numai de către judecător. Propunerea de arestare preventivă se face de către procuror, din oficiu sau la sesizarea organului de cercetare penală, în condițiile art. 148 C.pr.pen. Dosarul cauzei se prezintă președintelui sau judecătorului delegat. Propunerea arestului preventiv se soluționează în camera de consiliu de un singur judecător indiferent de natura infracțiunii. După ascultarea învinutului judecătorul admite sau respinge propunerea de arest preventiv. Dacă se dispune măsura arestului preventiv față de învinuit, aceasta nu poate depăși 10 zile. Împotriva hotărârii instanței de admitere sau a respingerii propunerii de arest preventiv se poate face recurs în 24 de ore de la pronunțare pentru cei prezenți și de la comunicare pentru cei absenți.

3.4. Arestarea preventivă a inculpatului. Cea mai gravă măsură preventivă este arestarea inculpatului. Reglementarea acestei măsuri procesuale este cuprinsă în art. 148-160 C.pr.pen. Pentru a se dispune această măsură procesuală se cer a fi îndeplinite condițiile de la arestarea învinutului, la care se adaugă și o condiție specifică și anume existența unui inculpat în cauză, ceea ce implică și punerea în mișcare a acțiunii penale. În cursul urmăririi penale, procurorul sau la sesizarea organelor de cercetare penală, dacă sunt întrunite condițiile art. 143 C.pr.pen. și există vreunul dintre cazurile prevăzute în art. 148 C.pr.pen., când consideră că în interesul urmăririi penale este necesară arestarea

¹⁵ Încheierea nr. 28947/299/2010, Judecătoria Sectorului 1 - Nicoleta Cristus, *Arestarea preventivă. Practică judiciară 2008-2010*, Ed. Hamangiu, București, 2010

¹⁶ Decizia nr. 201/2009, Curtea de Apel Timișoara - Nicoleta Cristus, *Arestarea preventivă. Practică judiciară 2008-2010*, Ed. Hamangiu, București, 2010

inculpatului, numai după ascultarea acestuia în prezența apărătorului, întocmește cererea motivată de luare a măsurii arestului preventiv. La fel ca la arestarea învinuitului această măsură poate fi luată doar de către judecător.

Potrivit art. 149 C.pr.pen., durata arestului preventiv nu poate depăși 30 de zile, afară de cazul când ea este prelungită în condițiile legii. Măsura arestului preventiv poate fi contestată. Termenul de recurs este de 24 de ore.

3.4.1. Arestarea preventivă a inculpatului în cursul fazei de urmărire penală. Potrivit art. 149, alin. 1 C.pr.pen., procurorul, din oficiu sau la sesizarea organului de cercetare penală, constatând îndeplinirea condițiilor legale, va propune judecătorului luarea măsurii arestării preventive inculpatului.

Dosarul, împreună cu propunerea de luare a măsurii arestării preventive, întocmită de procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, se prezintă președintelui ori judecătorului delegat de acesta de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află locul de deținere, locul unde s-a constatat săvârșirea faptei prevăzute de legea penală ori sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală.

Arestarea preventivă a inculpatului în timpul urmăririi penale se poate dispune pentru cel mult 30 de zile. Acest termen curge:

- De la data emiterii mandatului, când arestarea preventivă a fost dispusă după ascultarea inculpatului
- De la data punerii în executare a mandatului de arestare, când măsura a fost dispusă în lipsa inculpatului.

În ipoteza în care inculpatul a fost privat de libertate în urma luării măsurilor reținerii ori arestării ca învinuit, arestarea preventivă nu poate fi dispusă decât pentru zilele care au rămas din termenul maxim de 30 zile.

Dacă temeiurile care au determinat arestarea inițială impun în continuare privarea de libertate sau exista temeiuri noi care să justifice privarea de libertate instanța este în drept să prelungească, motivat, arestarea preventivă.

Prin aceste prelungiri, durata arestării preventive nu poate depăși un termen rezonabil, și nu mai mult, de 180 de zile.¹⁷

3.4.2. Arestarea inculpatului în cursul judecății. În ipoteza în care s-a dispus, prin rechizitoriu, trimiterea în judecată a inculpatului arestat, dosarul va fi înaintat instanței cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea mandatului de arestare sau, după caz, a duratei pentru care a fost dispusă prelungirea arestării.

În această situație, instanța de judecată va verifica din oficiu, în camera de consiliu, legalitatea și temeinicia arestării preventive înainte de expirarea măsurii, conform art. 300 C.pr.pen.¹⁸

Această verificare din oficiu a măsurii preventive poate avea următoarele două consecințe:

- Menținerea arestării preventive, prin încheiere, dacă se constată că temeiurile care au determinat arestarea impun în continuare privarea de libertate sau că există temeiuri noi care justifică privarea de libertate

¹⁷ Art. 159, alin. 13 C.pr.pen. a fost modificat prin OUG nr. 109/2003. S-a realizat, în acest mod alinierea legii procesual penale cu dispozițiile art. 23, alin. 5 din Constituția României potrivit căreia durata totală a arestării preventive în cursul urmăririi penale, nu poate depăși 180 de zile. *În soluționarea recursului în interesul legii instanța supremă a statuat că în situația restituirii cauzei la procuror pentru refacerea urmăririi penale, durata maximă a arestării preventive nu poate depăși 180 de zile, calculată prin adăugarea tuturor perioadelor anterioare din cursul urmăririi penale și ulterioare restituirii cauzei la procuror (ÎCCJ, Secțiunile Unite, Decizia nr. 65/2007 publicată în M.Of. nr. 537 din 16.07.2008).*

¹⁸ Art. 160 C.pr.pen. a fost introdus prin OUG nr. 109/2003.

- Revocarea arestării preventive, prin încheiere, dacă se constată că temeiurile care să justifice privarea de libertate; în acest caz, inculpatul va fi pus de îndată în libertate.

De asemenea, similar fazei de urmărire penală, se va întocmi un mandat de arestare, conform art. 151 C.pr.pen.

Se observă că, din punct de vedere terminologic, în cursul fazei de urmărire penală instanța va prelungi arestarea preventivă, în timp ce în faza judecării organul judiciar va proceda la menținerea măsurii. Finalitatea este aceeași – inculpatul va rămâne în stare de privare de libertate – după cum aceleași sunt și circumstanțele care conduc la această dispoziție, și anume menținerea temeiurilor care au determinat arestarea preventivă ori apariția unor temeiuri noi care să justifice privarea de libertate.

Măsura arestării preventive se poate dispune și față de un inculpat care a mai fost arestat anterior în aceeași cauză, cu condiția de a se constata apariția unor elemente noi care să facă necesară privarea de libertate.

3.5. Arestarea preventivă a minorului. Inculpatul minor între 14 și 16 ani poate fi arestat în anumite condiții, aceste condiții sunt:

- minorul să răspundă penal

- pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta de care este învinuit este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani sau mai mare; în practica instanțelor judecătorești s-a constatat că nu există un punct de vedere unitar în ceea ce privește înțelesul noțiunii de pedeapsă prevăzută de lege în cazul arestării preventive a minorului de 14 ani și 16 ani potrivit art. 160 C.pr.pen. Astfel, unele instanțe s-au pronunțat în sensul că în cazul inculpaților minori, prin pedeapsa prevăzută de lege se înțelege pedeapsa rezultată din aplicarea dispozițiilor de reducere la jumătate a limitelor prevăzute pentru infracțiunea săvârșită conform art. 109, alin. 1 C.pen. Alte instanțe, dimpotrivă, au decis că într-un asemenea caz, prin pedeapsa prevăzută de lege se înțelege numai pedeapsa menționată în textul de lege care incriminează fapta, iar nu cea aplicabilă minorului potrivit art. 109, alin. 1 C.pen. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secțiunile Unite, în soluționarea unui recurs în interesul legii, a statuat că în cazul învinuiților sau inculpaților minori între 14 și 16 ani, prin pedeapsa prevăzută de lege în accepțiunea reglementării din articolul menționat, se înțelege pedeapsa prevăzută de textul care incriminează fapta săvârșită în formă consumată, fără luarea în considerare a art. 109, alin. 1 C.pen.

- altă măsură preventivă nu este suficientă

Durata arestării minorului inculpat în cadrul urmăririi penale nu poate depăși 15 zile, iar verificarea legalității și temeiniciei arestării preventive se efectuează în cursul judecării periodice, dar nu mai târziu de 30 de zile. Prelungirea se poate face cu cel mult 15 zile, iar arestarea preventivă a minorului în cursul urmăririi penale nu poate depăși 60 de zile. Minorul care are peste 16 ani poate fi arestat preventiv în cursul urmăririi penale pe o durată de cel mult 20 de zile.

În cursul judecării, măsura arestării preventive a inculpatului minor între 14 și 16 ani nu este condiționată de respectarea unui termen limită. Instanța are însă obligația de a verifica legalitatea și temeinicia arestării în mod periodic, dar nu mai târziu de 30 de zile.

Inculpatul minor între 16 și 18 ani va putea fi arestat în cursul urmăririi penale, pentru cel mult 20 de zile. Măsura poate fi prelungită, de fiecare dată cu 20 de zile, astfel încât durata privării de libertate să se circumscrie unui termen rezonabil, și nu mai mult de 90 de zile. În mod excepțional, dacă pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață sau închisoarea de 10 ani ori mai mare, durata maximă a arestării preventive în cursul urmăririi penale va fi de 180 de zile.

În cursul judecării măsura arestării preventive a inculpatului minor între 16 și 18 ani nu este condiționată de respectarea unui termen limită. Instanța are obligația de a verifica legalitatea și temeinicia arestării în mod periodic, dar nu mai târziu de 40 de zile.

Concluzii. Arestarea preventivă, după cum au stabilit specialiștii în materie care s-au ocupat de anumite aspecte privind teoria arestării preventive, are 2 modalități: arestarea învinutului, atunci când acțiunea penală nu a fost pusă în mișcare, și arestarea inculpatului, când acțiunea penală a fost pusă în mișcare. Este indubitabil că această măsură de privare de libertate a unei persoane poate fi decisă numai de un organ abilitat¹⁹, dacă sunt îndeplinite cumulativ condițiile stipulate *expressis verbis* în legea penală. Precizăm că aceste condiții pot fi generale atunci când legea penală prevede pentru infracțiunea comisă pedeapsa închisorii, deoarece se știe că uneori măsura poate fi luată alternativ cu amenda. Altă condiție este aceea a existenței probelor sau indiciilor temeinice că s-a săvârșit o infracțiune. Nu trebuie să neglijăm o condiție la fel de importantă care se referă la una din situațiile existente cerute de legea penală cu privire la arestarea inculpatului, respectiv identitatea certă a acestuia, domiciliul învinutului, dacă lipsesc datele necesare arestarea nu se poate efectua. Altă condiție este ca acțiunea incriminată de lege să fie flagrantă, și în sfârșit o altă condiție la fel de importantă este aceea că pedeapsa închisorii prevăzută de lege trebuie să fie mai mare de 3 luni.

Condițiile speciale au în vedere cine poate dispune arestarea învinutului și ca urmare a căror sesizări, evident că ne referim la sesizarea organelor de cercetare penală sau din oficiu. Instanța de judecată, tot în urma unor condiții speciale, poate lua măsura în cazul infracțiunii de audiență sau a extinderii procesului penal cu privire și la alte persoane. Tot instanța poate dispune măsura din oficiu sau la solicitarea procurorului ori a părții vătămate.

În ceea ce privește arestarea inculpatului există aceeași simetrie ca în arestarea învinutului când sunt întrunite cumulativ condițiile generale și special, și bineînțeles tot de către procuror și judecător, procurorul pe bază de ordonanță motivată și instanța prin încheiere de ședință.

Aducerea la îndeplinire a acestei măsuri, adică a mandatului de arestare, se realizează prin organele de poliție. Legea prevede obligativitatea pentru organele judiciare de a aduce de îndată la cunoștință persoanei reținute motivele privării acesteia de libertate, cum totodată se înștiințează un membru al familiei ori o altă persoană pe care o desemnează individul când se aplică măsura arestării preventive în instanță. În ceea ce privește revocarea măsurii preventive ea se poate face din oficiu sau la cerere și încetează de drept în condițiile prevăzute de lege. Această măsură a revocării se face în încheierea din prima instanță prin care se mai poate face înlocuirea sau încetarea măsurii arestării preventive.

Dacă se comite un abuz sau o arestare nelegală dublată de cercetarea abuzivă, aceste fapte se înscriu în infracțiunile care împiedică înfăptuirea justiției²⁰. Arestarea nelegală constă în reținerea sau arestarea fără temeii legal ori supunerea unei persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative, în alt mod decât cel prevăzut prin dispozițiile legale.

Cercetarea abuzivă se produce de obicei când organele de cercetare se află în cursul unei anchete și întrebunțează față de învinuit promisiuni, amenințări sau violențe pentru obținerea de declarații necesare cauzei. Aceeași cercetare abuzivă se poate face și față de un martor, expert sau interpret. Chiar și în ancheta penală ori de judecată se întâmplă să fie constatată uneori cercetarea abuzivă. Deși în codul penal este incriminată infracțiunea de arestare nelegală și cercetare abuzivă, în practica judiciară nu prea se întâlnesc cazuri, deși acțiunea se poate pune în mișcare din oficiu.

Aceste infracțiuni sunt prevăzute în mai multe coduri penale cum este cel portughez ori cel american, iar la noi sunt incriminate în articole distincte încă din codul penal de la 1864 al lui Alexandru Ioan Cuza.

Referitor la aplicarea art. 148, alin. 1, lit. f C.pr.pen., pentru a încerca să definim conceptul de *pericol pentru ordinea publică* am putea face o paralelă cu noțiunea de *periculozitate*.

¹⁹ În faza urmăririi penale de către procuror, iar în faza de judecată de către judecător.

²⁰ Art. 266 C.pen. Partea specială.

Romeo Casabona definește pericolozitatea ca fiind „acea calitate a cuiva de a produce un pericol, adică riscul de a interveni un rău într-o perioadă mai apropiată sau mai depărtată în timp”²¹.

Important în aprecierea pericolozității nu sunt atât calitățile persoanei, cât riscul ca aceasta să comită în viitor un delict. Pericolozitatea nu poate fi stabilită însă în mod matematic, ci se bazează pe un *pronostic* ce rareori își găsește suport în lege.

Dată fiind limitarea cunoștințelor privind comportamentul uman, se pleacă de la prezumția că individul care a comis un delict va mai comite și în viitor altul. Sociologii au arătat că, odată învinse inhibițiile și rezistențele psihice este necesar un efort mult mai mic pentru a repeta un act, de fiecare dată când există în individ o certă tendință de a realiza acele comportamente. Nu înseamnă că automat comiterea unui delict trebuie considerată ca un indice determinant al pericolozității. Revenirea pe calea infracționalității răspunde de cele mai multe ori nu unor defecte ale persoanei, ci unor circumstanțe exterioare extraordinare ce au favorizat delictul.²²

Acest diagnostic de pericolozitate se bazează pe *previzibilitatea* unui comportament. M. Cusson²³ apreciază că o conduită nu este nici total previzibilă, nici total imprevizibilă. Problema care apare este tocmai cea legată de imprevizibilitate²⁴. S-a constatat că pentru simplii cetățeni predicția este ușor de făcut, întrucât sunt previzibili din perspectiva comportamentului criminal. Delincvenții periculoși nu sunt condamnați și considerați astfel pentru că există siguranța că vor reveni la violență, ci pentru că nu se poate face nici o previziune pentru ei. Cu cât o infracțiune este mai rară cu atât este mai dificil de făcut o predicție cu privire la autorul ei. De aceea eroarea de predicție apare mai ales la crimele comise cu violență, pentru că sunt mai rare.

Aceste explicații privind pericolozitatea pot fi translatate și în cazul noțiunii de pericol din cadrul art. 148, lit. f C.pr.pen. Pericolul pentru ordinea publică, ca și pericolozitatea, reprezintă o predicție, o apreciere asupra comportamentului viitor al inculpatului. De aceea este bizară „pretenția” legiuitorului ca la dosar să existe probe că lasarea în libertate prezintă pericol pentru ordinea publică. O asemenea exigență ar conduce la concluzia că în nicio situație nu ar putea fi luată măsura arestării preventive în baza acestui temei, întrucât nu există astfel de probe. Este și imposibil să existe probe asupra unor comportamente viitoare.

Ce criterii de evaluare ar trebui folosite pentru a se putea aprecia dacă punerea în libertate a inculpatului prezintă pericol pentru ordinea publică sau nu? În primul rând *gravitatea concretă a faptei comise*, care nu trebuie confundată cu pericolul social al infracțiunii săvârșite (care este relevant în pedeapsa prevăzută de lege), iar în al doilea rând *circumstanțele personale ale inculpatului* (antecedente penale, atitudinea inculpatului față de fapta și urmările sale, etc.). Aceste două elemente conjugate contribuie la formarea opiniei judecătorului care va aprecia dacă inculpatul prezintă pericol pentru ordinea publică.

În lupta împotriva terorismului am ajuns să încalcăm în mod repetat niște valori greu câștigate după 1990, cum ar fi: dreptul la apărare efectivă, dreptul la imagine, dreptul la viață privată, prezumția de nevinovăție, utilizând din ce în ce mai mult instrumente din zona serviciilor secrete decât cele din zona procesual penală.

Astfel, considerăm că sistemul nostru de legi trebuie îmbunătățit constant pentru a garanta fiecărui om drepturile sale, dar și pentru a impune tuturor, fără discriminare, aceleași obligații. Mai mult, legislația noastră trebuie să nu încalce tratatele și convențiile la care țara noastră este parte, iar armonizarea cu legislația europeană să se facă ținând cont de necesitățile tuturor cetățenilor pentru care justiția trebuie să fie echitabilă.

²¹ Carlos Maria Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pg. 15-16

²² Carlos Maria Romeo Casabona

²³ Maurice Cusson, *Pourquoi punir?*, Ed. Dalloz, Paris, 1987, pg. 133-134

²⁴ Maurice Cusson

Referințe bibliografice

- I. Deleanu, *Drept constituțional și instituții juridice*, Ed. Chemarea, Iași, 1992
- M. Damaschin, *Drept procesual penal*, Ed. Wolters Kluwer
- V. Păvăleanu, *Drept procesual penal. Partea generală*, București, 2007
- Gr. Theodoru, *Tratat de Procedura Penală*, Ed. Hamangiu, 2008
- I. Neagu, *Tratat de Procedura Penala*, Ed. Universul Juridic, 2010
- N. Cristus, *Arestarea preventivă. Practică judiciară 2008-2010*, Ed. Hamangiu, București, 2010
- N. Volonciu, *Tratat de Procedura Penală*, Ed. Paideia
- E. Molcuț, *Drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, 2007
- Gh. Șuhan, *Prezumpția de nevinovăție – Principiu de bază a procesului penal care garantează libertatea persoanei*, Buletin Documentar nr. 2/2003 al P.N.A./D.N.A
- *Constituția României*
- *Codul de procedură penală, România*
- *Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, Legea nr. 30/1994*
- I. Demeter, *Declarația drepturilor omului*, București, 1968
- R. Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986
- M. Cusson, *Pourquoi punir?*, Ed. Dalloz, Paris, 1987
- E. Dersidan, P. Abraham, *Dicționar de termeni juridici*, Ed. Național, 1999

CONTRACTUL DE AGENȚIE – O PRIVIRE COMPARATIVĂ DE LEGE LATA ȘI ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

Andreea LIVĂDARIU¹

Abstract

The paper will present in a comparative perspective the agency contract, by reference to the current legislation (with emphasis on Act no. 509/2002 regarding permanent agents) and The New Civil Code. Although the differences between the current regulation of agency contract and the future one are not substantial, our purpose is to highlight the originality of the new settlement which is expected to come into force. Then we will be able to conclude on which regulation is more complete, complex and coherent. The main points of interest are: insertion in The New Civil Code of a new attribute to the agent, namely intermediary acting with professional title; the legal nature of the agency contract; the non-competition clause and obligations of the parties. We will also pay attention to the essential times regarding commercial mandate contract and fee contract.

Cuvinte cheie: contract de agenție, agenți comerciali permanenți, clauză de neconcurență, întreprindere, contract de comision, contract de mandat, intermediere

Introducere

În urma unei scurte treceri în revistă a reglementărilor actuale, remarcăm în mod peremptoriu că nu există în vigoare, în prezent, o normă juridică prin care să fie expres definit contractul de agenție. Legea 509/2002 privind agenții comerciali permanenți este cea care pune bazele instituției agentului comercial, iar noțiunea de contract de agenție ca acord de voință încheiat între doi comercianți independenți, este definită cu precădere în literatura de specialitate. Așadar, prin noțiunea de agent comercial permanent se înțelege comerciantul (persoană fizică sau juridică) care beneficiind de calitatea sa de intermediar independent, este împuternicit în mod statornic la negocierea sau negocierea și încheierea de afaceri în numele și pe seama comitentului.²

Scopul lucrării de față este expunerea comparației dintre reglementarea actuală (Legea 509/2002 privind agenții comerciali permanenți) și o reglementare viitoare (Noul Cod Civil) a contractului de agenție. Pentru început, vom analiza consecințele introducerii în Noul Cod Civil a calității profesionale cu care agentul va trebui să acționeze în îndeplinirea sarcinilor, după care vom analiza natura juridică a contractului de agenție, tot în lumină comparativă. Secțiunile următoare din lucrare vor avea ca subiecte de analiză clauza de neconcurență și efectele contractului de agenție.

În demersul nostru, vom încerca, totodată, să descoperim elementele de sorginte anglo-saxonă preluate de sistemul nostru de drept și ne vom pronunța asupra eficienței acestor influențe ale dreptului englez. Nu în ultimul rând, vom încerca să răspundem la două întrebări controversate (cu privire la care nu există o în doctrină un răspuns unitar): este contractul de agenție o specie a contractului de mandat? Care este legătura dintre cele trei tipuri de intermediere – mandatul, comisionul și agenția?

¹ Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (email: andreea_livadariu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Univ. Dr. Vasile NEMEȘ și a Asist. Univ. Drd. Dan Alexandru SITARU.

² art. 1, Legea nr. 509/2002 privind agenții comerciali permanenți publicată în M.Of., nr. 581/6 aug. 2002.

I. Diferențe preliminare

1. Agentul – intermediar independent care acționează cu titlu profesional

Spre deosebire de Legea 509/2002, Noul Cod Civil instituie o reglementare de sine stătătoare a contractului de agenție în capitolul al X-lea, art. 2072 alin. 1 stabilind că „prin contractul de agenție, comitentul îl împuternicește în mod statornic pe agent fie să negocieze, fie atât să negocieze cât și să încheie contracte, în numele și pe seama comitentului, în schimbul unei remunerații.” Elementul de noutate adus de Noul Cod Civil se referă la dispoziția expresă din art. 2072, alin. 2, potrivit căreia agentul este un intermediar independent care acționează **cu titlu profesional**, el neputând fi în același timp și prepusul comitentului.

Prima observație care se impune este aceea că reprezentarea în contractul de agenție nu presupune un raport de muncă sau de subordonare administrativă față de comitent³, deoarece chiar dacă agentul este investit cu o împuternicire statornică, el nu este prepusul comitentului. Cea de-a doua observație este noutatea față de Legea 509/2002 care constă în impunerea printr-o prevedere legală ca agentul să fie organizat sub formă de întreprindere care să dețină ca principal obiect de activitate intermedierea în afaceri, comitentul (principalul) recurgând la experiența agentului ca urmare a unei bune reputații profesionale. În aceste condiții, agentul comercial este însărcinat cu gestionarea afacerilor comerciale ale unui comitent cu o clientelă determinată (de regulă pe o zonă geografică), raporturile juridice născute în baza contractului de agenție fiind de durată.

Agentul comercial așa cum este el reglementat în Codul Comercial, își poate organiza activitatea ca întreprindere de comisioane, agenție sau oficiu de afaceri.⁴ Noțiunea de întreprindere în concepția Codului Comercial, reprezintă un organism economic și social care presupune antrenarea factorilor de producție în vederea producerii de bunuri, executării de lucrări și prestării de servicii, în scopul obținerii de profit.⁵ Însă întreprinderea ca modalitate de desfășurare a activității de către agent se referă la accepțiunea prevăzută în Ordonanța de Urgență 44/2008 sub numele de „întreprindere economică”, constând în „activitatea economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forță de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege”⁶.

2. Natura juridică a contractului de agenție

În ceea ce privește natura juridică a contractului de agenție, Noul Cod Civil nu schimbă cu nimic reglementarea Legii 509/2002. Legea raportează noțiunea de intermediere la negocierea sau negocierea și încheierea de afaceri, pe când Noul Cod Civil – negocierea și încheierea de contracte.

Din punctul de vedere al obiectului, putem spune în continuare că avem două tipuri de contracte de agenție, după cum agentul este împuternicit doar cu negocierea afacerilor comitentului său, contractul neprevăzând explicit puteri de reprezentare, așadar vorbim despre o situație prezumată (și atunci ne referim la mandat fără reprezentare) sau împuternicirea agentului constă atât în negocierea cât și în încheierea de afaceri în numele și pe seama comitentului (în acest caz fiind vorba de mandat cu reprezentare). Raporturile juridice stabilite între comitent și agent pe baza împuternicirii, potrivit articolului 26 din Legea nr. 509/2002, se vor completa, în măsura compatibilității lor, cu prevederile legale privind contractul de mandat comercial.

Elementul de noutate adus de Noul Cod Civil în acest caz are o dublă dimensiune: pe de o parte art. 2095 alin. 1 prin care legiuitorul stabilește posibilitatea de completare a dispozițiilor privind

³ Ioan SCHIAU, „Contractul de agenție”, în *Revista de drept comercial*, Nr. 11, 2003, p. 28.

⁴ Irina Liana IACOB, „Reglementarea europeană a contractului de agenție P”, *Revista de drept comercial*, Nr. 1, 2010, p. 68.

⁵ Stanciu CĂRPENARU, *Tratat de drept comercial*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 47.

⁶ Art. 2, lit. f. din O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, publicată în M. Of. 328/25 aprilie 2008.

contractul de agenție cu prevederile corespunzătoare contractului de comision, în caz de compatibilitate; pe de altă parte formularea mai clară a circumstanței în care reglementarea contractului de agenție poate fi clarificată și completată prin dispozițiile normative corespunzătoare contractului de mandat comercial, mai exact, numai în ipoteza în care ne aflăm în prezența unui mandat cu reprezentare.

II. Clauza de neconcurență

În ceea ce privește cuprinsul și forma contractului de agenție, la o scurtă analiză a reglementărilor din cele două acte normative privind părțile contractului, imputernicirea, durata contractului, remunerația agentului și clauza de neconcurență, doar reglementarea acesteia din urmă prezintă interes. Prin clauză de neconcurență, atât Legea nr. 509/2002, cât și Noul Cod Civil înțeleg „acea stipulație contractuală al cărei efect constă în restrângerea activității profesionale a agentului pe perioada contractului de agenție sau ulterior încetării sale”⁷. Totodată, clauza se aplică doar pentru regiunea geografică sau grupul de persoane și regiunea geografică la care se referă acordul de voință al părților și doar pentru bunurile și serviciile care constituie obiectul de activitate al agentului. Nu în ultimul rând, forma scrisă a clauzei este imperativă, sub sancțiunea nulității absolute. Întrucât are scopul de a proteja interesele comitentului, clauza de neconcurență nu își va produce efectele dacă motivele rezilierii contractului au luat naștere ca urmare a culpei acestuia.⁸

Există trei diferențe între reglementarea clauzei de neconcurență din Legea nr. 509/2002 și cea din Noul Cod Civil. Astfel, prima se referă la extinderea clauzei de neconcurență, care conform reglementării aflate în vigoare la această dată, este anulabilă doar la cererea agentului, pe când Noul Cod Civil statuează în mod clar că orice extindere a sferei clauzei de neconcurență este considerată nescrisă. Cu alte cuvinte, în concepția reglementării noi, depășirea condițiilor prevăzute pentru instituirea clauzei de neconcurență nu își produce efectele. Însă conform legii aflate în vigoare în prezent, anularea efectelor produse prin extinderea clauzei este condiționată de exprimarea voinței agentului în acest sens.

Cea de-a doua diferență constă în faptul că Noul Cod Civil clarifică situația în care restrângerea activității prin clauza de neconcurență s-a produs pentru o perioadă mai mare de doi ani. Așadar, dacă Legea nr. 509/2002 se rezumă la a interzice restrângerea activității prin clauza de neconcurență pe o perioadă mai mare de doi ani, Noul Cod Civil vine în completare, precizând că în cazul stabilirii unui termen mai mare de doi ani, reducerea sa la termenul maxim prevăzut de lege va opera de drept.

În ceea ce privește a treia diferență, conform Noului Cod Civil, se are în vedere posibilitatea instanței ca la cererea agentului să înlăture sau să limiteze efectele clauzei de neconcurență atunci când consecințele prejudiciabile ale acesteia pentru agent sunt grave și vădit inechitabile⁹, spre deosebire de reglementarea din Legea 509/2002 prin care instanța este investită cu capacitatea de a reduce quantumul clauzei penale sau al indemnizației stipulate pentru încălcarea de către agent a clauzei de neconcurență¹⁰. Cu alte cuvinte, dacă actuala reglementare oferă instanței doar posibilitatea de a reduce quantumul indemnizației pentru nerespectarea clauzei, în Noul Cod Civil instanța poate nu doar să limiteze efectele clauzei, ci și să întrerupă cursul lor. Chiar și așa, potrivit ambelor acte normative, instanța este chemată să judece în echitate.¹¹

⁷ Art. 4, alin. 1, Legea 509/2002.

⁸ Irina Liana IACOB, „Reglementarea europeană a contractului de agenție II” în *Revista de drept comercial*, Nr. 2, 2010, p. 69.

⁹ art. 2093 alin. 2, Noul Cod Civil.

¹⁰ art. 25 alin. 3, Legea 509/2009.

¹¹ Irina Liana IACOB, *Loc. Cit.*, p. 69.

Opiniile din doctrină, s-au plasat față de această dispoziție pe care legiuitorul a considerat oportun să o introducă în textul de lege, afirmând că reprezintă o modalitate neadecvată¹² de transpunere a Directivei¹³, întrucât textul normativ european nu conține vreo prevedere în sensul investirii instanței cu rolul de a reduce obligațiile părților care se nasc dintr-o clauză de interdicție comercială.¹⁴ Observăm faptul că această prevedere din Legea 509/2002, prin care instanța este chemată să judece asupra echității, a fost perpetuată și în Noul Cod Civil, deși prin adoptarea acestei soluții considerate a fi „străine dreptului românesc”¹⁵, se lasă la aprecierea instanței cenzurarea unei situații juridice care deși îndeplinește condițiile de legalitate, poate fi inechitabilă pentru agentul comercial. În doctrină s-a susținut faptul că o asemenea investire a instanței contravine dreptului civil, deoarece are ca rezultat modificarea unei situații juridice anterior create prin voința părților și cu respectarea cerințelor legale, ca urmare a survenirii ulterioare a unor circumstanțe cu potențial prejudiciabil pentru agentul economic.¹⁶

III. Deosebiri privind efectele contractului de agenție

1. *Obligațiile agentului și ale comitentului*

Potrivit Noului Cod Civil, atât agentul cât și comitentul beneficiază de modificări în ceea ce privește obligațiile pe care trebuie să le aducă la îndeplinire, drepturile rămânând neschimbate. Astfel, în ceea ce-l privește pe agent, acesta trebuie să-și îndeplinească toate obligațiile „cu bună credință și cu loialitate”¹⁷ față de reglementarea actuală, potrivit căreia în realizarea intereselor comitentului său, agentul trebuie să-și desfășoare activitatea „cu bună-credință și cu diligența unui profesionist”¹⁸. Totodată, agentul trebuie să îndeplinească o obligație suplimentară în virtutea Noului Cod Civil, mai exact, este constrâns la plata de daune interese în ipoteza în care se află în imposibilitatea de a continua executarea obligațiilor ce îi revin.¹⁹

În ceea ce-l privește pe comitent, Noul Cod Civil renunță la actualul art. 8 din legea specială aflată în vigoare în prezent, care prevede interdicția adresată agentului de a primi plata ori de a acorda amânări pentru creanțele comitentului și care reglementează dreptul agentului de a primi reclamații privind bunurile ori serviciile viciate și de a solicita măsuri de asigurare pentru comitent, cu condiția înștiințării de îndată a acestuia din urmă. Totodată, Noul Cod Civil introduce pentru comitent obligația de a plăti comisionul agentului până cel mai târziu în ultima zi a lunii care urmează trimestrului pentru care se datorează²⁰ și adaugă față de Legea 509/2002 o nouă ipoteză în care agentul nu are dreptul la indemnizație, în caz de încetare a contractului. Ipoteza la care ne referim este cesiunea contractului de agenție prin înlocuirea agentului cu un terț.²¹

2. *Influențele din common-law asupra condițiilor de executare a contractului*

Un alt element de noutate în ceea ce privește efectele contractului de agenție în lumina Noului Cod Civil se referă la comasarea primelor două alineate ale articolului 21 din Legea 509/2002 într-un

¹² *Idem.*

¹³ Legea 509/2002 reprezintă transpunerea în legislația internă a Directivei Consiliului European din 18 decembrie 1986 privind coordonarea legislației statelor membre referitoare la agenții comerciale independenți (86/653/CEE).

¹⁴ Irina Liana IACOB, *Loc. Cit.*, p. 69.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ art. 2079, alin. 1, Noul Cod Civil, adoptat prin Legea nr. 287 din 17 iulie 2009, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 511/24 iulie 2009.

¹⁸ art. 6, alin. 1, Legea 509/2002.

¹⁹ art. 2079, alin. 4, Noul Cod Civil.

²⁰ art. 2085, alin. 2, Noul Cod Civil.

²¹ art. 2092, lit. c, Noul Cod Civil.

singur alineat al articolului 2090 și renunțarea la noțiunea de „culpă gravă”, în baza căreia contractul de agenție poate fi reziliat unilateral, fără preaviz sau înainte de expirarea termenului contractului. În doctrină, neîndeplinirea obligațiilor contractuale pe motiv de culpă gravă a fost catalogată drept o „redactare nefericită a legiuitorului român”²².

În fapt, legiuitorul român a stabilit posibilitatea oricărei părți a contractului de agenție de a-l rezilia, însă numai cu condiția unei culpe grave, de unde putem trage concluzia că efectele convenției vor continua să-și producă efectele în cazul în care culpa nu este gravă; de aici rezultă că răspunderea contractuală nu poate fi eliminată dacă neexecutarea contractului reprezintă urmarea intenției (dolului).²³ Spre deosebire de sistemul de drept anglo-saxon, în care culpa gravă este definită ca o încălcare a unei prevederi esențiale pentru contract iar culpa ușoară presupune încălcarea unei prevederi de importanță minoră, sistemul nostru de drept deosebește între culpa din imprudență (rezultatul este prevăzut, dar nu este acceptat) și culpa din neglijență (rezultatul nu este prevăzut, deși se putea și trebuia să fie prevăzut).²⁴ Așadar, legiuitorul a transpus actul normativ european fără a ține cont de noțiunea de culpă în sensul sistemului român de drept; până la intrarea în vigoare a Noului Cod Civil care renunță la exprimarea „culpă gravă”, dispozițiile care se referă la aceasta se vor interpreta în sensul posibilității de reziliere a contractului, în caz de neîndeplinire a obligațiilor esențiale ale părților.²⁵

Nici Noul Cod Civil nu este ferit de influențele din common-law, dacă ne referim la prevederea potrivit căreia „contractul de agenție poate fi denunțat fără preaviz de oricare dintre părți, cu repararea prejudiciilor astfel cauzate celeilalte părți, atunci când circumstanțe excepționale, altele decât forța majoră ori cazul fortuit, fac imposibilă continuarea colaborării dintre comitent și agent”²⁶.

Expresia „circumstanțe excepționale”, reprezintă o preluare evidentă din dreptul anglo-saxon, deoarece ea constituie un concept străin sistemului nostru de drept, în care putem întâlni drept cauze de absolvire de efectele unei încălcări a contractului doar forța majoră și cazul fortuit.²⁷ În dreptul englez, „circumstanțele excepționale” privesc acele evenimente care îndeplinesc o seamă de condiții, spre exemplu, aceste circumstanțe nu constituie forță majoră sau caz fortuit, intervin ulterior încheierii contractului, părțile sunt absolvite de culpă, iar evenimentele modifică fundamental contractul față de ceea ce reprezenta convenția inițială, toate aceste condiții dând părților permisiunea de a denunța contractul (este, spre exemplu, cazul embargo-ului și al interdicției exporturilor).²⁸

În sistemul common law, partea care nu își poate îndeplini obligațiile nu răspunde, pe când în cazul legii române, dacă suntem în prezența acestor circumstanțe excepționale, iar una din părți dorește să renunțe la contract, aceasta este obligată la plata unor despăgubiri în scopul reparării prejudiciilor cauzate celeilalte părți. Pe bună dreptate, s-a pus în doctrină întrebarea de ce dacă efectul circumstanțelor excepționale este imposibilitatea continuării colaborării, partea care are inițiativa rezilierii contractului nu este exonerată de răspundere.²⁹ Potrivit reglementărilor noastre, sunt considerate circumstanțe excepționale falimentul, lichidarea, precum și alte împrejurări similare care afectează substanțial capacitatea uneia din părți de a-și executa obligațiile³⁰, pe când schimbarea

²² Irina Liana IACOB, *Loc. Cit.*, p. 64.

²³ *Idem*.

²⁴ Constantin STĂTESCU, Corneliu BÂRSAN, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 332.

²⁵ Irina Liana IACOB, *Loc. Cit.*, p. 64.

²⁶ art. 2090, Noul Cod Civil.

²⁷ Irina Liana IACOB, *Loc. Cit.*, p. 64.

²⁸ *Ibidem*, p.66.

²⁹ Irina Liana IACOB, *Loc. Cit.*, p. 66.

³⁰ Dragoș-Alexandru SITARU, Șerban-Alexandru STĂNESCU, „Contractele de intermediere în comerțul internațional”, în *Revista de drept comercial*, Nr. 11, 2005 p. 35.

controlului, a proprietății sau a conducerii agentului persoană juridică dobândesc caracter excepțional, numai prin voință expresă a părților³¹.

Cu alte cuvinte, legiuitorul nu a stabilit cum se manifestă caracterul „excepțional” și care este diferența dintre neexecutarea culpabilă a contractului și circumstanțele excepționale, dat fiind faptul că în ambele cazuri se datorează daune.³²

IV. Completarea contractului de agenție cu contractul de comision și contractul de mandat

După cum am mai spus, prin contractul de agenție, comitentul îl împuternicește pe agent să negocieze sau să încheie afaceri în numele și pe seama sa. Însă relația dintre contractul de mandat și contractul de agenție a generat opinii diferite în doctrină.

Pe de o parte s-a spus despre contractul de agenție că este în esență un contract de mandat care prezintă anumite particularități.³³ Având în vedere că instituția reprezentării în mandatul comercial îmbracă atât forma unei reprezentări directe (în cazul mandatului propriu-zis) cât și pe cea a reprezentării indirecte (în cazul comisionului sau al consignației), s-ar putea spune despre contractul de agenție că îmbină aceste două forme ale reprezentării, agentul fiind investit atât cu funcția de mandat cu reprezentare cât și cu cea de mandat fără reprezentare.³⁴ Cu alte cuvinte, agentul se comporta fie ca un mandatar (în situațiile în care negociază în numele și pe seama comitentului), fie ca un comisionar (în situațiile în care negociază în nume propriu, dar pentru comitent).³⁵

Pe de altă parte, există opinii care susțin ca fiind profund nejustificată³⁶ asimilarea celor trei tipuri de contracte de intermediere – contractul de agenție, contractul de mandat și contractul de comision – deoarece obiectul acestora diferă substanțial: agentul nu are ca obligație încheierea de acte juridice, dar este împuternicit să obțină oferte și să negocieze contracte pentru comitentul său (cu alte cuvinte, ca regulă, agentul efectuează operațiuni comerciale), pe când mandatarul și comisionarul efectuează operațiuni comerciale doar cu titlu accesoriu, regula în cazul lor fiind încheierea de acte juridice.³⁷ Din această perspectivă, contractul de agenție este o formă particulară și de sine stătătoare a contractului de intermediere și nu un caz specific de contract de mandat sau comision.

Trebuie avut în vedere faptul că Legea 509/2002 reprezintă transpunerea în legislația internă a Directivei Consiliului European din 18 decembrie 1986 privind coordonarea legislației statelor membre referitoare la agenții comerciale independente (86/653/CEE). Definiția agentului comercial din actul normativ european prezintă trăsături care nu ar putea fi asimilate activității desfășurate în nume propriu, dar pe seama comitentului, precum nici nu oferă vreun indiciu din care să putem spune că sfera de aplicare a contractului de agenție ar putea interfera cu cea de la comision.³⁸ Cu toate acestea, Noul Cod Civil oferă posibilitatea unei interpretări extensive a reglementării contractului de comision, acolo unde este posibil, cu scopul completării contractului de agenție.

Totuși, opinia dominantă în doctrină în ceea ce privește interferența dintre cele trei tipuri de intermediere este aceea că agentul comercial este un mandatar al comitentului, indiferent dacă are mandat cu reprezentare (când încheie afaceri) sau are mandat fără reprezentare (când doar negociază

³¹ *Ibidem*, p. 36.

³² *Idem*.

³³ Stanciu CĂRPENARU, *Op. Cit.*, p. 542.

³⁴ Ioan SCHIAU, *Loc. Cit.*, p. 69.

³⁵ *Ibidem*., p. 29.

³⁶ Dragoș-Alexandru SITARU, Șerban-Alexandru STĂNESCU, *Loc. Cit.*, p. 28.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Irina Liana IACOB, „Reglementarea europeană a contractului de agenție I”, *Revista de drept comercial*, Nr. 1, 2010, p. 72.

contracte).³⁹ Așadar, în doctrină s-a spus că Legea 509/2002 reglementează în mod expres contractul de agenție comercială ca o varietate a contractului de mandat comercial, dat fiind că în penultimul articol se stabilește ca dispozițiile legale privind contractul de mandat comercial reglementat în Codul Comercial și Codul Civil să vină în completarea legii.⁴⁰

Concluzii

După cum am putut observa, spre deosebire de situația actuală în care contractul de agenție își găsește reglementarea într-o lege specială, în lumina Noului Cod Civil, acest tip de contract este reglementat în capitolul al X-lea din Titlul al IX-lea, dedicat diferitelor tipuri de contracte speciale, alături de contractul de mandat, contractul de comision și cel de intermediere. Analiza dispozițiilor din Legea 509/2002 în lumina comparativă a Noului Cod Civil ne permite să facem câteva precizări.

Așadar, în ansamblu, putem remarca dorința legiuitorului de a simplifica exprimarea în Noul Cod Civil, cu scopul de a da o notă în plus de claritate. Cu toate acestea, există situații în care prevederile reformulate sunt supuse echivocului. În acest sens, avem dispoziția potrivit căreia, agentul se obligă „să respecte instrucțiunile rezonabile primite de la comitent”⁴¹, față de corespondentul din Legea nr. 509/2002, în care se stabilește obligația agentului de a respecta „în mod corespunzător instrucțiunile rezonabile primite de la comitent, ținând seama de caracterul imperativ, indicativ sau facultativ al acestora”⁴². În lipsa unor explicații suplimentare, se pune întrebarea ce înseamnă „rezonabil” și ce înseamnă „în mod corespunzător”, precum și care exprimare este mai clară. Răspunsul ne vine parțial din literatura de specialitate, unde se susține că instrucțiunile pot fi considerate rezonabile, atâta timp cât „corespund practicilor comerciale obișnuite, raportat la tipul de activitate derulat de comitent și nu sunt excesive, în sensul de a impune agentului obligații suplimentare față de cele asumate prin contract; instrucțiunile nu se pot referi însă la activitatea agentului care are caracter independent și nici nu pot modifica prevederile contractului intervenit între părți.”⁴³

Analizând principalele diferențe dintre cele două acte normative avute în discuție, cu atenția îndreptată asupra elementelor de noutate pe care Noul Cod Civil le adaugă contractului de agenție, am aflat că în viitoarea reglementare, agentul este un intermediar independent care acționează cu titlu profesional, implicațiile acestui fapt fiind prezentate în detaliu în prima secțiune a acestui articol. O altă problemă care ne-a atras atenția a fost clauza de neconcurență care suferă câteva modificări în Noul Cod Civil (prezentate pe larg în secțiunea a II-a) opinia noastră, fiind aceea că în Noul Cod Civil, legiuitorul statuează mai clar prevederile referitoare la sfera și condițiile de aplicare ale clauzei de neconcurență.

Un alt element de noutate în ceea ce privește efectele contractului de agenție în lumina Noului Cod Civil se referă la eliminarea conceptului de „culpă gravă”, în baza căruia contractul de agenție poate fi reziliat unilateral, fără preaviz sau înainte de expirarea termenului contractului. Subscriem la opinia dominantă în doctrină – și analizată pe larg în secțiunea dedicată efectelor contractului de agenție – potrivit căreia renunțarea la exprimarea „culpă gravă” reprezintă o îndreptare a unei erori provenite din transpunerea ultrariguroasă în legislația internă a directivei europene privind agenții comerciale. Expresia „culpă gravă” nu este singura preluare care nu își găsește locul în dreptul român, în Noul Cod Civil legiuitorul preluând și alte concepte străine sistemului nostru de drept, deși ar fi avut ocazia să clarifice nelămuririle manifestate nu de puține ori în doctrină, cu privire la elemente de common-law „împrumutate”.

³⁹ Claudiu ROȘU, „Reglementarea agențiilor comerciale potrivit Legii nr. 509/2002”, în *Revista de drept comercial*, Nr. 12, 2002, p. 200.

⁴⁰ Irina Liana IACOB, „Reglementarea europeană a contractului de agenție II”, p. 69.

⁴¹ art. 2079, alin. 2, lit. c, Noul Cod Civil.

⁴² art. 5, alin. 3, lit. c, Legea 509/2002.

⁴³ Irina Liana IACOB, „Reglementarea europeană a contractului de agenție I”, p. 75.

Referințe bibliografice:***Literatură de specialitate:***

- CĂRPENARU, Stanciu, *Tratat de drept comercial*, Editura Universul Juridic, București, 2009;
- IACOB, Irina Liana, „Reglementarea europeană a contractului de agenție I”, *Revista de drept comercial*, Nr. 1, 2010, pp. 68-88;
- IACOB, Irina Liana, „Reglementarea europeană a contractului de agenție II” în *Revista de drept comercial*, Nr. 2, 2010, pp. 63-75;
- ROȘU, Claudiu, „Reglementarea agenților comerciali potrivit Legii nr. 509/2002”, în *Revista de drept comercial*, Nr. 12, 2002;
- SCHIAU, Ioan, „Contractul de agenție”, în *Revista de drept comercial*, Nr. 11, 2003, pp. 26-37;
- SITARU, Dragoș-Alexandru, STĂNESCU, Șerban-Alexandru, „Contractele de intermediere în comerțul internațional”, în *Revista de drept comercial*, Nr. 11, 2005, pp. 19-43;
- STĂTESCU, Constantin, BÂRSAN, Corneliu, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura Hamangiu, București, 2008;

Legislație:

- Legea nr. 509/2002 privind agenții comerciali permanenți, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 581/6 aug. 2002;
- Noul cod civil, adoptat prin Legea nr. 287 din 17 iulie 2009, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 511/24 iulie 2009;
- Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, în vigoare în Marea Britanie începând cu 1 ianuarie 1994;

REGIMUL JURIDIC AL UNOR CATEGORII SPECIALE DE DEȘURI MEDICALE

Amanda Constanze AELENEI*

Abstract

The paper entitled "Juridical regime of some special categories of medical hazardous waste" reveals facts about the hazardous waste, more precisely about the waste produced in medical areas and resulting from medical activities. This essay touches on the international regime of hazardous waste concerning the transboundary movement of hazardous waste, but also the regulations regarding hazardous waste inside the European Community. The quintessential aspects of the paper are connected with the following topic: the Romanian regulations regarding cutting and stinging waste, the way the European directives are implemented in Romania, and more importantly, the issues arisen from putting the regulations in operation in Romania. The paper produces the subsequent conclusion: the Romanian legislation currently in force is lacking and ambiguous, and the European directives have been put into effect in a superficial manner. Still, putting the current laws into operation and the absence of a corresponding supervising and control structure represent Romania's crucial problem. This should not be taken lightly, because medical hazardous waste represents a very serious field, as their wrongful managing implies risking the infestation of the population and the environment.

Keywords: Hazardous waste, medical hazardous waste, medical area, hospital, waste managing, cutting and stinging waste, Romanian regulations, environment, infestation, wrongful managing of hazardous waste.

1. Introducere

Regimul deșeurilor periculoase în dreptul român

România, în calitate de stat membru al Uniunii Europene, are obligația de a lua toate măsurile pe plan intern pentru a aplica în mod concret toate prevederile directivelor *fără a avea posibilitatea să facă aprecieri asupra fundamentării sau oportunității respectivei directive*, rămâne totuși la latitudinea autorităților naționale de a alege forma și mijloacele necesare pentru atingerea scopurilor prevăzute prin directivele în speță. Mai mult decât atât, Comunitatea impune statelor să prezinte lista tuturor măsurilor luate pentru aplicarea directivelor, astfel directivele au rolul de a armoniza legislațiile statelor membre.¹

Din cele antemenționate, reiese că statul român e obligat să implementeze în legislația internă toate prevederile prevăzute în directivele sus menționate, referitoare la regimul comunitar al deșeurilor periculoase, astfel încât procedura de gestionare a deșeurilor periculoase să fie asemănătoare în toate statele membre ale Uniunii Europene.

În România activitatea generală în domeniu se desfășoară prin urmare în conformitate cu prevederile *Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 78/2000 privind regimul deșeurilor*, modificată și aprobată prin Legea nr. 426/2001, cu *Strategia Națională de Gestionare a Deșeurilor* și cu *Planul național aferent acesteia*, ambele aprobate prin *HG 1470/2006* și supuse unei reactualizări periodice conforme cu exigențele comunitare în materie și cu *realitățile naționale*. *Strategia Națională de Gestionare a Deșeurilor* stabilește obiective pe termen scurt până în anul 2005, obiective pe termen mediu până în anul 2010 și obiective pe termen lung până în 2013. În *Planul Național de Gestionare a Deșeurilor* sunt cuprinse pe lângă obiectivele stabilite în strategie și țintele pentru gestionarea tuturor categoriilor de deșuri, precum și măsurile pentru atingerea acestora.

* Student, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” din București (amanda_aelenei@ymail.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Andrada Trușcă.

¹ DIACONU, Nicoleta – *Dreptul Uniunii Europene, Partea Generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2007, pp. 86-87

În vederea aplicării acestor planuri au fost adoptate *Planuri Regionale de Gestionare a Deșeurilor* aprobate la rândul lor prin OM nr. 1364/1499/2006 privind aprobarea planurilor regionale de gestionare a deșeurilor publicat în Monitorul Oficial al României nr. 232 din data de 04.04.2007; OM nr. 951/06.06.2007 privind aprobarea Metodologiei de elaborare a planurilor regionale și județene de gestionare a deșeurilor publicat în Monitorul Oficial al României nr. 497 și 497bis din data de 25.07.2007);

Regimul deșeurilor periculoase este stabilit de *OUG 195/2005 privind protecția mediului*, cu modificările și completările ulterioare, care prevede o serie de norme cu caracter general cu privire la gestionarea deșeurilor periculoase în condiții de protecție a sănătății populației și mediului. Normele cu caracter specific deșeurilor periculoase sunt prevăzute de *OUG nr. 78/2000 privind regimul deșeurilor*, cu modificările și completările ulterioare (OUG 61/2006, Legea nr. 101/2006 privind serviciul de salubritate al localităților), aprobată prin Legea nr. 426/2001².

Astfel, în vederea protecției mediului și a sănătății procesele și metodele folosite în scopul eliminării deșeurilor trebuie să nu prezinte riscuri pentru apă, aer, sol, faună sau vegetație; să nu producă poluare fonică sau miros neplăcut; să nu afecteze peisajele sau zonele protejate, respectiv zonele de interes special.

Transportul deșeurilor periculoase, așa cum sunt prevăzute în anexa 2 la HG 856/2002 privind evidența gestiunii deșeurilor și aprobarea listei cuprinzând deșeurile, pe teritoriul României se supune unei proceduri de reglementare și control prevăzută de HG 1061/2008 privind transportul deșeurilor periculoase și nepericuloase pe teritoriul României și a Hotărârii Guvernului nr. 1175/2007 pentru aprobarea Normelor de efectuare a activității de transport rutier de mărfuri periculoase în România care transpune Regulamentul (CE) nr. 1013/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 iunie 2006 privind transferurile de deșeuri, cu modificările și completările ulterioare. Acest regulament a intrat în vigoare începând cu data de 15 iulie 2007, înlocuind Regulamentul nr. 259/93/CEE pentru supravegherea și controlul transporturilor de deșeuri în, înspre și dinspre Comunitatea Europeană.

În genere, *eliminarea finală* a deșeurilor periculoase se face prin *incinerare* care se efectuează în România conform *Hotărârii de Guvern nr. 128/2002 privind incinerarea deșeurilor* modificată și completată prin HG nr. 268/2005 care transpun în legislația internă Directiva nr. 2000/76/EC privind incinerarea deșeurilor care la rândul ei a abrogat Directivele 89/369/EEC, 89/429/EEC, privind incinerarea deșeurilor municipale și Directiva nr. 94/67/EC privind incinerarea deșeurilor periculoase.

Pentru a stimula investițiile și extinderea instalațiilor și a activităților din domeniul gestiunii deșeurilor, Guvernul poate stabili facilități fiscale, cu precădere pentru cei ce valorifică deșeuri, iar la propunerea autorității centrale pentru protecția mediului se alocă anual prin intermediul legii bugetului de stat, resurse destinate construirii și funcționării instalațiilor specifice domeniului tratării și eliminării deșeurilor.

2. Reglementările OMS 219/2002, OMEC 610/2005, HG 1061/2008, OMMGA 698/2005, HG 128/2002, HG 155/1999 care fac referință la deșeurile întepătore-tăietoare rezultate din activitatea medicală

Gestionarea deșeurilor rezultate din activitățile medicale se realizează în conformitate cu *Normele Tehnice privind gestionarea deșeurilor rezultate din activitățile medicale* și cu *Metodologia de Culegere a Datelor pentru Baza Națională de Date privind deșeurile rezultate din activitățile*

² Este vorba de norme care transpun în legislația națională Directivele nr. 75/442/CEE privind deșeurile, nr. 91/789/CEE privind deșeurile periculoase și nr. 2006/12/CE privind deșeurile.

medicale aprobate prin Ordinul Ministrului Sănătății și Familiei nr. 219/2002, cu modificările și completările ulterioare.

Producătorul de deșeuri este răspunzător pentru îndepărtarea și eliminarea deșeurilor rezultate din activitatea sa. În sensul Normelor Tehnice privind gestionarea deșeurilor rezultate din activitățile medicale, prin *producător de deșeuri* înțelegem producătorii mari, cum ar fi spitalele județene și municipale, clinicile universitare, institutele de cercetare medicală și farmaceutică, institutele de medicină legală; producătorii medii, precum centrele de diagnostic și tratament, centrele de transfuzii, centrele de recoltare și conservare a sângelui, spitalele de pneumologie, spitalele și clinicile particulare, etc; producătorii mici, cum sunt: laboratoarele de tehnică dentară, laboratoarele de sănătate mentală, spitalele de recuperare, sălile de pregătire a cadavrelor din cadrul serviciilor funerare, centrele de plasament, cabinetele medicale din instituții, întreprinderi, școli, licee, grădinite, centre pentru tratamente cosmetice/înfrumusețare, centrele de acupunctură etc.

Astfel, *unitățile sanitare* - orice unitate publică sau privată care desfășoară activități cu profil sanitar - elaborează și aplică cu prioritate programe, strategii de management și proceduri medicale care să prevină producerea de deșeuri periculoase sau să reducă pe cât posibil cantitățile produse, precum și planul propriu de gestionare a deșeurilor rezultate din activitățile medicale, în concordanță cu regulamentele interne și cu codurile de procedură, pe baza reglementărilor în vigoare. Scopul producătorilor de deșeuri este să diminueze cantitățile de deșeuri ce trebuie eliminate, încă din etapa de producere, prin toate mijloacele disponibile; ei au obligația conform OMS 219/2002 cu modificările și completările ulterioare să separe la locul de producere deșeurile periculoase de cele nepericuloase.

OMS 219/2002 cu modificările și completările ulterioare definește *deșeurile periculoase* ca fiind deșeurile rezultate din *activități medicale* care constituie un risc real pentru sănătatea umană și pentru mediu și care sunt generate în unitatea sanitară în cursul desfășurării activităților medicale; *deșeurile infectioase* sunt toate deșeurile lichide și solide care conțin sau sunt contaminate cu sânge ori cu alte fluide biologice, precum și materialele care conțin sau au venit în contact cu virusuri, bacterii, paraziți și/sau toxinele microorganismelor, precum seringi, ace, ace cu fir, catetere și alte materiale de unică folosință, comprese, pansamente și alte materiale contaminate, pungii de material plastic pentru colectarea urinei, materiale de laborator folosite etc.; *deșeurile înțepătoare-tăietoare* la care ma voi referi cu precădere în cele ce urmează sunt *deșeurile care pot produce leziuni mecanice prin înțepare sau tăiere*, ele sunt reprezentate de ace, ace cu fir, catetere, seringi cu ac, branule, lame de bisturiu de unică folosință, pipete, sticlărie de laborator ori altă sticlărie spartă sau nu, care au venit în contact cu material infecțios. Aceste deșeuri se consideră infectioase conform Precauțiilor Universale.

Colectarea la locul de producere, în unitățile sanitare constituie *prima etapă* a gestiunii deșeurilor înțepătoare-tăietoare.

Aceasta se efectuează în ambalaje de culoare galbenă cu capac roșu confecționate din polietilenă – material care să garanteze rezistența la perforare, conform Standardului Român 13481:2003 emis de Asociația de Standardizare din România (ASRO). Acestea vin în contact direct cu deșeurile înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală, ele sunt de unică folosință și se elimină o dată cu conținutul (vezi imagină alăturată).

Prin urmare, deșeurile înțepătoare-tăietoare se colectează în cutii din material rezistent la acțiuni mecanice. Cutiile trebuie prevăzute cu un capac special de culoare roșie care să permită introducerea deșeurilor și să împiedice scoaterea acestora după umplere, fiind prevăzute în acest scop cu un sistem de închidere provizorie și unul de închidere definitivă. Materialul din care se confecționează aceste cutii trebuie să permită incinerarea cu riscuri



minime pentru mediu, în acest sens aceste recipiente trebuie să fie avizate ADR³ conform Ordinului Ministerului Economiei și Comerțului 610/2005. Controlul acestei avizări pentru ambalajele importate, precum și avizarea recipientelor indigene se efectuează de către Agenția Națională pentru Substanțe și Preparate Chimice Periculoase și Societatea Comercială IPROCHIM S.A. - Utilaje București. Trebuie specificat faptul că până în prezent nu există ambalaje indigene care se confecționează și corespund normelor în vigoare.

În continuare, recipientii/ambalajele trebuie prevăzute cu un mâner rezistent pentru a fi ușor transportabile la locul de *depozitare intermediară* unde se păstrează pe o perioadă limitată până la transportul lor la locul de *eliminare finală* care reprezintă la rândul lui totalitatea metodelor și tratamentelor fizice, chimice și biologice aplicate deșeurilor periculoase rezultate din activitățile medicale, care vizează eliminarea pericolelor și riscurilor potențiale asupra mediului și asupra stării de sănătate a populației, precum și reducerea volumului de deșuri. *Recipientii sunt marcați cu pictograma „Pericol biologic”*.

Recipientul destinat colectării deșeurilor înșepătoare-tăietoare trebuie să aibă o serie de caracteristici, precum:

a) să fie impermeabil și să prezinte etanșeitate, pentru a împiedica posibilitatea de contaminare a personalului care manipulează deșeurile înșepătoare-tăietoare și a mediului, precum și posibilitatea de refolosire a acestora de către persoane din exteriorul unității sanitare, totodată, în același scop recipientul trebuie să fie prevăzut cu un sistem de prindere pe masa de lucru pentru a permite utilizarea cu o singură mână a acestuia.

b) să fie inscripționat permanent, lizibil și vizibil, în limba română, cu indicațiile necesare atât producătorilor de deșuri înșepătoare-tăietoare (categorie de ambalaj, instrucțiuni de utilizare etc.), cât și operatorilor care contribuie la efectuarea tuturor etapelor gestiunii acestor deșuri în vederea eliminării finale. În acest sens contribuie transportatorul (ex. instrucțiuni privind modalitatea de depozitare și transport – temperatură constantă de 6°C), instalația de incinerare (ex. instrucțiuni privind modalitatea de incinerare – se distruge o dată cu conținutul), etc.

c) să fie avizat ADR după ce a fost supus procedurilor de testare specifică a rezistenței materialului la acțiuni mecanice conform Standardului Român 13481:2003.

Al doilea ambalaj în care se depun recipientii pentru deșeurile înșepătoare-tăietoare, împreună cu celelalte deșuri periculoase generate de unitatea sanitară respectivă, în vederea depozitării temporare a acestora este reprezentat de *containere mobile cu pereți rigizi rezistente la acțiunile mecanice*, aflate în spațiul de depozitare temporară. Containerele pentru deșuri infecțioase și înșepătoare-tăietoare au marcaj galben, sunt inscripționate “Deșuri medicale” și poartă pictograma “Pericol biologic”. În aceste containere nu se depun deșuri periculoase neambalate (vrac) și nici deșuri asimilabile celor menajere.

Depozitarea temporară reprezintă cea de-a doua etapă a gestionării deșeurilor înșepătoare-tăietoare și trebuie realizată în funcție de categoriile de deșuri colectate la locul de producere. Durata depozitării temporare a deșeurilor înșepătoare-tăietoare nu trebuie să depășească 72 ore, din care 48 ore în incinta unității și 24 ore pentru transport și eliminare finală.

Transportul deșeurilor înșepătoare-tăietoare în incinta unității sanitare se face pe un circuit separat de cel al pacienților și vizitatorilor. Deșeurile sunt transportate cu ajutorul unor *cărucioare speciale sau cu ajutorul containerelor mobile*. Cărucioarele și containerele mobile se spală și se dezinfectează după fiecare utilizare, în locul unde sunt descărcate.

Transportul extern al deșeurilor înșepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală se efectuează în conformitate cu prevederile de la Cap. V din HG 1061/2008 privind transportul deșeurilor periculoase și nepericuloase pe teritoriul României și HG 1175/2007 cap. V art. 24 care

³ ADR reprezintă prescurtarea pentru Acordul European privind Transportul Bunurilor Periculoase pe Drumurile Publice. România este stat membru al acestui acord.

transpune Regulamentul (CE) nr. 1013/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 iunie 2006 privind transferurile de deșeuri, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, vehiculele utilizate trebuie să îndeplinească o serie de condiții strict prevăzute de Hotărârea de Guvern nr. 1061/2008 urmând să fie evaluate de Ministerul Sănătății Publice prin Institutul de Sănătate Publică. În baza acestei evaluări, Ministerul Sănătății eliberează un Referat Tehnic prin care se atestă conformitatea vehiculului. Important este faptul că vehiculul trebuie să fie marcat cu datele de identificare ale transportatorului, activitatea prestată, pictograma „Pericol biologic” și marcaj ADR, iar *compartimentul destinat deșeurilor înțepătoare-tăietoare, trebuie să fie prevăzut cu aer condiționat, echipament frigorific.*

Nu se vor accepta la transport deșeurile ale căror ambalaje nu sunt etichetate cu următoarele informații: datele de identificare ale unității sanitare, secția/laborator, cantitate și data umplerii.

Pentru toate cantitățile de deșeuri periculoase rezultate din activitatea medicală, transportatorul - chiar dacă acesta este și destinat - va respecta prevederile HG 1061/2008 privind transportul deșeurilor periculoase și nepericuloase, art. 1-17⁴. Atât în formularul de expediție/transport deșeuri periculoase, cât și în formularul pentru aprobarea transportului deșeurilor periculoase se precizează cantitatea cumulată exact, *prin cântărire la expeditori*, pe un transport dintr-o anumită zonă. Formularele conțin o anexă cu expeditorii și cantitățile individuale, deoarece în genere operatorii economici care efectuează transportul acestor deșeuri colaborează cu mai multe unități medicale, iar în funcție de solicitări, aceștia cumulează cantitățile de deșeuri periculoase rezultate din activitatea medicală generate de diferite unități medicale.

A treia etapă a gestiunii deșeurilor înțepătoare-tăietoare o reprezintă *etapa de pretratare* a deșeurilor înțepătoare-tăietoare, respectiv *neutralizarea prin sterilizare termică* a acestora. Aceasta este reglementată de Ordinul Ministerului Mediului și Gospodăririi Apelor nr. 698/2005 privind aprobarea Criteriilor de evaluare a echipamentelor de neutralizare prin sterilizare termică a deșeurilor rezultate din activitatea medicală.

Astfel, *procesele termice* sunt procesele care se bazează pe căldură pentru distrugerea agenților patogeni continuiți în deșeurile medicale periculoase. Aceste procese se pot realiza la temperaturi scăzute, medii și ridicate. Procesul de neutralizare pentru deșeurile periculoase rezultate din activitatea medicală este numai *sterilizarea termică*, în conformitate cu Strategia Națională de Gestionare a Deșeurilor și cu Planul de Implementare a Directivei 76/2000 privind incinerarea deșeurilor. Prin urmare, procesele termice la temperaturi scăzute (sterilizarea termică) utilizează energia termică pentru decontaminarea deșeurilor periculoase fără să producă modificări chimice, neavând loc procese de piroliză sau de combustie. Ele se realizează în intervalul de temperatură 93°C – 177°C, prin căldură umedă – abur – și căldură uscată – aer cald.

Deșeurile medicale înțepătoare-tăietoare, anterior procesului de neutralizare prin sterilizare termică, acestea trebuie să fie supuse unor operațiuni de procesare mecanică în scopul minimizării cantității, iar deșeurile trebuie să fie tratate în așa fel încât să fie de nerecunoscut. Operațiunile de procesare mecanică sunt reprezentate de: *mărunțire, tocarea, pisare, amestecare, agitare, separare, compactare.*

Operatorul, pentru a putea pune în funcțiune un astfel de echipament de neutralizare prin sterilizare termică a deșeurilor rezultate din activități medicale va trebui să solicite un Referat Tehnic de Evaluare, din punct de vedere tehnic și microbiologic, care se întocmește de un institut nominalizat de Autoritatea Administrației Publice Centrale pentru Sănătate.

În urma neutralizării prin sterilizare termică deșeurile înțepătoare-tăietoare pot fi *depozitate sanitare*, adică depozitate în locuri special amenajate, denumite depozite de deșeuri periculoase sau nepericuloase. Deșeurile înțepătoare-tăietoare și deșeurile periculoase în general, sunt depozitate în depozitul de deșeuri *numai după ce au fost supuse tratamentelor de neutralizare prin sterilizare termică.*

⁴ Vezi secțiunea *Regimul deșeurilor periculoase în dreptul român*, din prezentul articol.

Această depozitare sanitară este necesară, deoarece până la amenajarea unor gropi de gunoi ecologice, toate deșeurile periculoase, indiferent de tratamentul la care sunt supuse, trebuie să fie eliminate final prin incinerare. Instalația de incinerare, denumită și incinerator are o anumită capacitate, până se acumulează deșeurile înțepătoare-tăietoare pentru ca incineratorul să poată lucra la capacitatea maximă, acestea sunt depozitate sanitar.

Incinerarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare reprezintă ultima etapă a gestiunii deșeurilor din această categorie. Incinerarea reprezintă, conform OMS 219/2001 cu modificările și completările ulterioare *arderea deșeurilor în instalații speciale*, denumite incineratoare, cu asigurarea unei temperaturi înalte de combustie ce determină neutralizarea deșeurilor, utilizându-se echipamente de reținere și purificare a gazelor.

Această incinerare a deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală se realizează conform *Hotărârii de Guvern nr. 128/2002 privind incinerarea deșeurilor* modificată și completată prin HG nr. 268/2005.⁵

Incinerarea deșeurilor periculoase se face în România conform *Hotărârii de Guvern nr. 128/2002 privind incinerarea deșeurilor* modificată și completată prin HG nr. 268/2005 care transpun în legislația internă Directiva nr. 2000/76/EC privind incinerarea deșeurilor care la rândul ei a abrogat Directivele 89/369/EEC, 89/429/EEC, privind incinerarea deșeurilor municipale și Directiva nr. 94/67/EC privind incinerarea deșeurilor periculoase.

Operatorul instalației de incinerare ori a instalației de coincinerare are obligația *de a lua toate măsurile privind predarea și recepția deșeurilor în vederea prevenirii sau limitării efectelor negative pentru mediu, în special poluarea aerului, solului, apei de suprafață și subterane, dar și mirosurile, zgomotele și riscurile directe asupra sănătății populației.*

Amplasamentele pentru instalațiile de incinerare sau coincinerare, inclusiv locurile asociate pentru depozitarea deșeurilor, trebuie proiectate astfel încât să se prevină deversarea neautorizată și accidentală a oricăror substanțe poluante pe sol și în apele de suprafață sau freatice, în conformitate cu prevederile legislației de mediu în vigoare. În plus, trebuie asigurată capacitatea de stocare pentru scurgerile de apă de ploaie dinspre amplasamentul instalației de incinerare sau coincinerare ori pentru apa contaminată, rezultată prin scurgeri sau operațiuni de stingere a incendiilor. Capacitatea de stocare trebuie să fie adecvată pentru a avea siguranța că asemenea ape pot fi testate și tratate înainte de a fi deversate.

Din funcționarea instalației de incinerare sau coincinerare rezultă *reziduuri* care trebuie reduse din punct de vedere cantitativ și al gradului de nocivitate. Reziduurile trebuie *reciclate, pe cât posibil, direct sau în afară instalației*, în conformitate cu prevederile relevante ale legislației de mediu în vigoare. *Transportul și depozitarea intermediară a reziduurilor uscate*, sub forma pulverulentă, ca cenușa și reziduurile uscate de la tratarea gazelor de ardere, se fac astfel încât să se prevină dispersarea în mediu. O posibilitate ar fi transportul și depozitarea intermediară a acestora în *containere închise*.

Conform Hotărârii Guvernului nr. 155/1999 pentru introducerea evidenței gestiunii deșeurilor și a Catalogului European al Deșeurilor, unitățile sanitare au obligația de a păstra o evidență a tuturor deșeurilor produse în baza unui formular care trebuie să conțină date cu privire la circuitul complet al deșeurilor de la producere și până la eliminarea finală a acestora; acest formular este denumit *fișă internă a gestiunii deșeurilor*.

3. Problematika din domeniul aplicării reglementărilor privitoare la deșeurile înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală în domeniul medical român

⁵ Procedura de incinerare a fost detaliată la secțiunea *Regimul deșeurilor periculoase în dreptul român* din prezentul articol.



În ceea ce privește etapa *colectării deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală la locul de producere*, constatăm încălcarea de către unitățile medicale a prevederilor *Normelor Tehnice privind gestionarea deșeurilor rezultate din activitățile medicale* aprobate prin Ordinul Ministrului Sănătății nr. 219/2002, respectiv Cap. V art. 10-24, în acest sens, toate obiectele înțepătoare-tăietoare, adică toate acele cu sau fără fir, acele de seringă cu sau fără seringă, toate cateterele, branulele, lamele de bisturiu, toată sticlăria de laborator care a venit în contact cu material infecțios, adică cu sângele ori corpul uman, sunt colectate ulterior folosirii în recipiente din polipropilenă de culoare galbenă cu capac galben și înscrispionați conform normelor (*vezi imagine*).

Acești recipiente trebuie să fie, în primă linie, conform Standardului Român 13481:2003 (*denumit în continuare SR 13481:2003*), *rezistenți la perforare*, deoarece alfel, o dată ce acul folosit și devenit deșeu infecțios este eliberat în recipient, acesta poate perfora ambalajul. Astfel, nu numai că există riscul de înțepare a personalului unității sanitare și a pacienților care se pot infesta cu boli transmisibile pe cale sanguină, dar există și posibilitatea scurgerii de puroi, sânge sau alte materiale infecțioase prin acel orificiu care s-a creat în urma perforării cu acul introdus.

În plus, conform OMS 219/2002 Anexa I art. 15 coroborat cu Standardul Român 13481:2003, cap. 4 pct. 7 lit. b), recipientii trebuie să fie fixați pe masa de lucru cu un suport de prindere special (*vezi imagine*) care se lipește pe masa de lucru pentru ca utilizatorul să poată deschide capacul recipientului cu o singură mână, altfel ar exista riscul răsturnării acestuia, și implicit riscul infectării personalului și/sau a pacienților prin înțepare cu obiectele infestate. Prin neutilizarea unor asemenea suporturi de fixare, producătorii de deșeuri înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală mari, mijlocii și mici, încălcă prevederile OMS 219/2002 Anexa I art. 15 coroborat cu Standardul Român 13481:2003, cap. 4 pct. 7 lit. b).



Dar de câte ori ați fost într-o unitate medicală chiar numai pentru a vi se lua sângele și acul care a fost folosit pentru această operațiune a fost aruncat lângă celelalte cinci folosite pe masa de lucru? sau vata folosită pentru stoparea sângelui a fost aruncată la un coș de gunoi aflat la ieșirea din cabinetul medical? De câte ori medicul, respectiv asistenta medicală a strâns în urma unei injecții efectuate la patul pacientului mai multe ace în mână pentru a le îndepărta în recipientul aflat undeva *sub o masă de lucru în cel mai ascuns colț al cabinetului*? Răspunsul este: De nenumărate ori.



Conform OMS 219/2002 art. 15 lit. b) coroborat cu SR 13481:2003, cap. 6 lit. f), acești recipiente nu trebuie umpluți peste nivelul de umplere marcat cu o linie orizontală (*vezi imagine*), deoarece prin depășirea nivelului de umplere, ar exista riscul înțepării în materialele infestate din recipient. Desori în unitățile sanitare, cu precădere în cabinetele private, în frizerii, coaforuri etc., materialele nu numai că sunt îndesate în recipient, dar după ce se umple,

capacul care nu a fost închis conform instrucțiunilor de utilizare se scoate și se răstornă conținutul ambalajului de regulă într-o pungă de gunoi menajer, de culoare neagră⁶, care se depozitează într-o încăpere neconformă. Ulterior acestei acțiuni, recipientul este refolosit. Constatăm astfel, încălcarea și acestor prevederi legislative.

Problema cea mai acută însă în domeniul etapei de colectare a deșeurilor înțepătoare-tăietoare este însă faptul că recipientii care se folosesc în unitățile sanitare nu sunt conformi începând de la etichetare și până la materialul din care sunt confecționați. Prin achiziționarea unor recipienti neconformi, unitățile sanitare nu



numai că încalcă prevederile OMS 219/2002, coroborate cu prevederile SR 13481:2003, dar pun în pericol atât sănătatea personalului medical, care suportă riscul infectării prin înțepare, cât și sănătatea întregii populații și a mediului, căci prin scurgerea de material lichid infestat în natură, toată populația poartă riscul infestării. În acest sens ar trebui să fie obligatoriu ca recipientul să dețină atât Certificat de Atestare ADR (*vezi model anexa nr. 1 la prezentul referat*), cât și Raport de Analiză pentru determinarea emisiilor la incinerare ale materialelor utilizate pentru confecționarea recipientilor pentru colectarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală (*vezi model anexa nr. 2 la prezentul referat*). Astfel s-ar bloca posibilitatea societăților comerciale în domeniu de a comercializa recipienti neconformi cu legislația în vigoare.

Prin urmare, în acest domeniu nu există nici un fel de control, dar mai mult decât atât nici personalul, utilizatorii din domeniu nu sunt informați de riscurile pe care le poartă prin colectarea greșită a deșeurilor înțepătoare-tăietoare.

Din Raportul Sintetic din anul 2007 pentru monitorizarea sistemului de gestionare a deșeurilor rezultate din activitatea medicală (*vezi anexa nr. 3 la prezentul referat*) reiese la pag. 4, capitolul concluzii, că cele mai mari deficiențe în domeniu sunt legate de colectarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare prin lipsa recipientului din polipropilnă specific unei asemenea acțiuni de colectare. Mai mult decât atât, transportul intern al deșeurilor se realizează în proporție de 70% manual, chiar dacă se folosesc mijloace adecvate de transport cum ar fi cărucioare, lift, mijloace de transport care, din punctul meu de vedere, sunt inadecvate unui asemenea transport, în special dacă, așa cum reiese din Raport, nu există un circuit separat de cel al pacienților și vizitatorilor.

Ne închipuim aici o simplă situație în care pe un cărucior cu un cadru din metal, prevăzut în genere cu una sau două măsuțe tot din metal, se transportă să spunem un număr de zece recipienti în picioare sau culcați. În primul rând, dacă acești recipienti nu corespund normelor și nu au certificare ADR, atunci există posibilitatea să nu fie prevăzuți cu un sistem de închidere definitivă și să nu fie etanși. Astfel, din aceștia se poate scurge sânge, puroi și/sau alte materiale infestate atât pe cărucior cât și pe circuitul din interiorul unității sanitare care este folosit și de pacienți și vizitatori. În urma căruciorului o mamă cu un copil în vârstă de aproximativ 4 ani se îndreaptă spre stațiunea din cadrul spitalului în care este internată o rudă apropiată. Copilul se împiedică și cade cu palmele pe materialul infestat, chiar dacă mama îl șterge de noroi în concepția ei de noi, la o jumătate de oră copilul bagă mâna în gură, astfel boala infecțioasă a fost transmisă. Mai mult decât atât, în aceeași situație cu același cărucior nedezinfectat, poate șters cu un șervețel sau cârpă după ce au fost descărcați recipientii la depozitul pentru deșeuri periculoase, asistenta trece pe la o altă secție de unde împrumută să zicem niște medicamente, sau se duce la farmacia din incinta spitalului și achiziționează sau primește o serie de produse farmaceutice care corespund necesarului din ziua

⁶ Conform OMS 219/2002 anexa I art. 11 lit b), culoarea neagră este destinată prin codul de culori al ambalajelor în care se colectează deșeurile din unitățile sanitare, deșeurilor NEPERICULOASE.

respectivă în secția de care aparține. Iată o altă sursă de transmitere a unei serii de boli infecțioase transmisibile.

În ceea ce privește *depozitarea temporară* așa cum este definită de OMS 219/2002, în marea parte a unităților sanitare nu există două locații separate funcțional, o locație pentru deșeurile periculoase și una pentru cele nepiculoase, astfel, prin amestecarea celor două categorii de deșeuri, toată cantitatea de deșeuri va fi considerată periculoasă. Cu toate acestea, deșeurile nepericuloase se elimină în continuare conform reglementărilor prevăzute pentru această categorie de deșeuri, fapt ce reprezintă un alt factor de transmitere a unei serii de boli infecțioase, și prin urmare un alt factor ce dăunează atât mediului cât și sănătății populației. Prin urmare se încalcă prevederile OMS 219/2002 anexa I art. 27, 28, 29 coroborat cu art 9 din aceeași anexă.

Pentru a evita asemenea combinare celor două categorii diferite de deșeuri, ar trebui efectuate controale periodice de verificare raportare normelor privind depozitarea temporară/igienizarea din spațiile destinate depozitării de deșeuri în incinta unităților sanitare, în special a spitalelor.

Problema de drept care se impune în cadrul *transportului extern unității sanitare al deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală* este în primul rând inexistența unei legislații omogene, transparente în domeniu care să prezinte în mod clar modalitatea de transport a acestei categorii de deșeuri. OMS 219/2002 prevede în anexa I la cap. VII modalitatea de transport, dar nu face trimitere la HG 1061/2008 cap. V în care sunt specificate condițiile de transport. Astfel, operatorii în domeniu au posibilitatea de a respecta numai o parte din normele în vigoare, făcând abstracție spre exemplu de HG 1061/2008 care prevede în acest sens condiții mai riguroase.

Prin urmare conform HG 1061/2008 autovehiculul cu care se efectuează transportul deșeurilor periculoase rezultate din activitatea medicală, inclusiv a deșeurilor înțepătoare-tăietoare, trebuie să fie avizat de către Autoritatea de Sănătate Publică din circumscripția căreia își are sediul societatea comercială respectivă printr-un Referat Tehnic (*vezi model anexa nr. 5 la prezentul referat*). Din conținutul acestui Referat Tehnic constatăm că într-adevăr societății comerciale în cauză i-au fost aplicate prevederile legislative mai favorabile. Dar Direcția de Sănătate Publică în cauză a omis faptul că în dreptul civil persoanelor fizice sau juridice li se aplică prevederile legislative în mod cumulativ și nicidecum legea mai favorabilă, precum în dreptul penal.

Mai trebuie specificat faptul că pe teritoriul României nu există decât aproximativ șase *instalații de incinerare* funcționale și doar două sterilizatoare autorizate. Instalațiile de incinerare sunt plasate în Suceava, Constanța, Craiova, Timișoara, Cluj-Napoca și București. Fiind atât de puține, incineratoarele pot face cu greu față miilor de tone de deșeuri periculoase provenite din activitatea medicală.

Trebuie să vizualizăm prin urmare traseul pe care îl face un asemenea recipient plin cu deșeuri înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală, prin urmare plin cu material infestat. Recipientul este umplut într-o unitate sanitară, este închis definitiv, moment din care, conform reglementărilor în vigoare, în termen de 72 de ore acesta trebuie eliminat final prin incinerare. Recipientul este astfel, transportat din secție în depozitul sanitar al unității, în cel mai bun caz într-un container mobil conform OMS 219/2002. De acolo transportatorul îl ridică și îl transportă, pe timp de vară la o temperatură destul de ridicată la neutralizare, proces ce nu trebuie confundat cu incinerarea. Dacă spitalul se află, spre exemplu în Iași, recipientii vor fi transportați aproximativ 415 km până în București unde se află instalația de neutralizare. După neutralizare și tocarea deșeurilor în genere se depozitează temporar până când un alt transportator le ridică și le transportă către instalația de incinerare unde vor fi eliminate final. Pentru a avea o privire de ansamblu, trebuie specificat că un transportator din Iași transportă aproximativ 6,5 tone de deșeuri înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală într-o singură lună.

Referitor la dispoziția din art. 24 alin. (2) din HG 1061/2008 cu privire la faptul că deșeurile ale căror ambalaje nu sunt etichetate cu datele de identificare ale unității sanitare, secția/laborator, cantitate și data umplerii nu se acceptă la transport; dacă mergem într-o unitate sanitară și verificăm fiecare recipient în parte majoritatea nu sunt etichetate, sau sunt etichetate

neconform nefiind prevăzute cu rubrică pentru asemenea inscripții, iar cele care sunt etichetate nu sunt inscripționate ca atare.

În ceea ce privește *neutralizarea prin sterilizare termică a deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală*, conform reglementărilor comunitare în vigoare aceasta procedură nu este obligatorie, constituie o procedură de pretratare a deșeurilor de acest gen, iar *eliminarea finală este întotdeauna efectuată prin incinerare*. Din norme în vigoare reiese că incinerarea se face la o temperatură de 850°C - 1100°C, temperatură ce oscilează în funcție de tratamentele premergătoare efectuate.

În legislația internă a României această prevedere este ambiguă. Din OMS 219/2002 art. 41, reiese faptul că pentru eliminarea finală a deșeurilor periculoase pot fi efectuate două proceduri: pe de o parte incinerarea, iar pe de altă parte neutralizarea, pe când, normele comunitare prevăd obligativitatea incinerării acestei categorii de deșeuri, și în general a tuturor deșeurilor periculoase.

Prin urmare, putem concluziona că pe teritoriul României nu se respectă prevederile directivelor Uniunii Europene, deoarece o parte din deșeurile înțepătoare-tăietoare se neutralizează prin stelizare termică, se toacă și se aruncă la gunoiul menajer, gunoi menajer ce în prezent în România se acumulează în genere în gropi de gunoi insalubre situate la marginea orașului. Conform prevederilor comunitare România are obligația de a crea până în anul 2017 aproximativ 65 de gropi de gunoi ecologice. Groapa de gunoi ecologică este o zonă adâncită față de cota zero, captușită cu dale de beton, care sunt acoperite cu un strat de folie, în această zonă se depozitează un strat de deșeuri menajere care se compactează și la final se acoperă cu un strat de pământ. Când se ajunge aproape de cota zero se completează cu un strat vegetal și se plantează salcâmi. Aceștia din urmă asigurând stabilitatea solului. Asemenea gropi de gunoi ecologice nu afectează mediul înconjurător, deoarece sunt izolate de mediu. În prezent, funcționează 16 gropi de gunoi ecologice în: Arad, Brașov, București, Buzău, Constanța-Ovidiu, Ilfov-Vidra, Ilfov-Glina, Mureș, Neamț, Prahova-Boldești, Prahova-Bănești, Prahova-Băicoi, Sibiu, Constanța-Costinești și în Ialomița-Slobozia.

4. Concluzii

Măsurile sanitare pot deveni ineficace acolo unde oamenii nu respectă anumite reguli de igienă, uneori elementare, fie din necunoașterea modului cum se poate face contaminarea, fie dintr-o condamnabilă neglijență.

Bolile infecțioase sanguine se pot realiza doar prin transmitători, cum ar fi în cazul nostru înțeparea în acul de seringă.

Bolile infecțioase respiratorii se pot transmite datorită rezistenței scăzute a organismului și a lipsei factorilor naturali care determină „autosterilizarea aerului” prin intermediul razelor ultravioleteprin eliberarea în aer a emanărilor de pe urma colectării și a transportului neconform a deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală, și a producerii unei temperaturi fie prea ridicată, fie prea scăzută în interiorul mijlocului de transport, atât pe timp de vară, precum și pe timp de iarnă⁷.

În consecință, deșeurile înțepătoare-tăietoare rezultate din activitățile medicale sunt periculoase atât pentru sănătatea umană, cât și pentru mediul înconjurător. Ele expun astfel populația la riscuri infecțioase, iar *dreptul la sănătate* este unul din drepturile fundamentale ale omului. Acesta are două aspecte, în ceea ce privește aspectul colectiv al dreptului la sănătate, el vizează grija față de protecția mediului natural al omului. În continuarea dreptului la sănătate, a fost formulat ca drept fundamental al omului, *dreptul la un mediu natural sănătos* a fost enunțat prima dată în Declarația de la Stockholm adoptată în 1972 în cadrul Conferinței Națiunilor Unite. Cu privire la aspectele

⁷ SPIRU, Constantinescu – Transmiterea și prevenirea bolilor infecțioase, Ed. Medicală, București 1955, pp.14-18

medicale ale acestui drept, la nivel mondial aceste probleme sunt de competența Organizației Mondiale a Sănătății, al cărei principal scop este să ducă toate popoarele la cel mai înalt grad de sănătate. În acest sens, Organizația Mondială a Sănătății a organizat campanii intensive pentru lupta împotriva bolilor transmisibile, a adoptat regulamente sanitare și a întreprins proiecte în peste 30 țări pentru servicii de sănătate, de luptă contra bolilor, a sănătății familiale și a alimentației și de *igienă a mediului*; ea a acordat prioritate educației și formării de personal medical și auxiliar și s-a preocupat de ajutoare în caz de catastrofe.⁸

Cu toate acestea, în domeniul deșeurilor periculoase în general, și, în special, în domeniul deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală educația și formarea personalului medical și auxiliar nu a fost realizat, putem spune chiar deloc sau într-o măsură foarte restrânsă.

Art. 80 din Legea protecției mediului prevede obligația de protecție a mediului, ce revine tuturor persoanelor fizice și juridice, precum obligația de a nu degrada mediul natural sau amenajat prin depozitări necontrolate de deșuri de orice fel, totuși, dacă analizăm atât legislația în vigoare în domeniul deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală, dar mai ales modul de aplicare a acestei legislații, putem spune lacunare, atunci vom constata fără putere de tăgadă că persoanele care se ocupă de acest domeniu nu numai că încalcă acest articol, dar pun în mare pericol mediul înconjurător și sănătatea populației din România, care ca expresie a calității vieții reprezintă „o stare a ființei vii, în particular a ființei umane la care funcționarea tuturor organelor este armonioasă și regulată”⁹.

Constatăm astfel că prin modul de a proceda la gestionare deșeurilor periculoase rezultate din activitatea medicală în România legislația este grav încălcată, aceasta reprezentând un pericol pentru întreaga populație a României. Nu se respectă decât o parte din normele în vigoare. Pe de altă parte, legislația nu numai că este ambiguă, cu precădere în ceea ce privește procedura de eliminare finală a deșeurilor, dar și foarte greu de găsit, în sensul că fiecare etapă a gestionării unor asemenea deșuri este prevăzută într-o altă normă, respectiv în mai multe norme în vigoare. Se pune de multe ori problema, care dintre aceste norme va fi cea aplicabilă, pentru unii desigur răspunsul este simplu: vom aplica norma mai favorabilă din punct de vedere material. Dar din punct de vedere juridic, o asemenea aplicare nu poate fi justificată sau justificabilă. Răspunsul corect va fi: se vor combina toate prevederile normelor juridice în vigoare. Dar de unde știm cu siguranță că le aplicăm pe toate?

Trebuie să reținem faptul că, din punct de vedere al riscului pe care îl prezintă atât pentru mediu cât și în special pentru sănătatea umană, este vorba de un domeniu foarte important și deloc de neglijat. Cred în acest sens că ar fi de mare folos dacă ar exista o normă care să prevadă toate reglementările în domeniu, sau care cel puțin să facă trimitere la reglementările aplicabile.

Dacă analizăm această propunere, am fi tentați să spunem că tocmai asta s-a încercat prin adoptarea Ordinului Ministrului Sănătății nr. 219/2002, cu modificările și completările ulterioare. Dar în urma unei analize mai aprofundate al acestui Ordin vom realiza că prevederile conținute pot induce în eroare, în sensul că ai fi tentat a crede că OMS 219/2002 cuprinde totalitatea prevederilor în domeniu.

Tot în acest sens, Comisia Europeană recomandă instituirea unui *organism european care să vegheze la implementarea și respectarea legislației comunitare privind deșeurile*.

Astfel, respectarea legislației comunitare este esențială dacă dorim să îndeplinim obiectivul general al acestei legislații, în special a celei privind deșeurile, respectiv obiectivul ce constă în protecția sănătății cetățenilor europeni și a protecției mediului.

Una dintre cele mai dificile provocări cu care se confruntă nu numai statul Român, dar și întregul spațiu comunitar, în prezent în ceea ce privește mediul este monitorizarea gestionării sigure și corecte din punct de vedere ecologic a deșeurilor. Se estimează că în întreaga Uniune Europeană

⁸ CLOȘCĂ, Ionel; SUCEAVĂ, Ion – *Tratat de Drepturile Omului*, Ediția a II-a, Ed. V.I.S. Print, București, 2003, pp. 320-322

⁹ VULCU, Liviu – *Tratat de sănătate publică*, Vol. I, Ed. ANCOSCAR SRL, 2002, p. 139

sunt generate anual 2,6 miliarde de tone de deșeuri, dintre care aproximativ 90 de milioane de tone sunt clasificate ca fiind periculoase.

Mai mult decât atât, depozitarea ilegală a deșeurilor continuă la scară semnificativă, multe depozite de deșeuri nu îndeplinesc standardele, în special cele temporare din interiorul spitalelor; în unele state membre lipsește încă infrastructura de bază pentru gestionarea deșeurilor. De asemenea, transporturile ilegale de deșeuri constituie o sursă de îngrijorare a Uniunii Europene, astfel, aproape o cincime dintre transporturile de deșeuri inspectate în cadrul unor recente acțiuni de punere în aplicare desfășurate de statele membre erau ilegale.

Cauzele centrale pentru depozitarea ilegală a deșeurilor la scară largă și pentru aplicarea deficientă a legislației sunt actualele lacune în implementarea legislației comunitare, aceste cauze duc la și la neîndeplinirea standardelor Uniunii Europene în cazul unui mare număr de depozite de deșeuri, precum și de instalații și unități de gestionare a deșeurilor.

În ceea ce privește numărul mare de cazuri de transporturi ilegale de deșeuri putem observa că lipsa inspecțiilor și controalelor la fața locului constituie un factor favorizant. În acest sens tot Comisia Europeană a reacționat prin sprijinirea unei serii de inspecții coordonate, verificări la fața locului și controale asupra transporturilor de deșeuri în statele membre.

În genere, din punctul meu de vedere, se pune prea mult accent pe celelalte categorii de deșeuri, pe când cele periculoase rezultate din activitatea medicală nici nu sunt puse în lumină, sunt neglijate. Putem constata că se ocolește, pe cât posibil, reglementarea și punerea în discuție a acestui domeniu al deșeurilor periculoase rezultate din activitatea medicală, domeniu care constituie chiar o problemă centrală în cadrul deșeurilor periculoase, deoarece aceste deșeuri spre deosebire de toate celelalte categorii de deșeuri sunt transmițători direcți de boli infecțioase, sunt adevărate „bombe ecologice”.

5. Propuneri de lege ferenda:

1. *modificarea art. 32 din OMS 219/2002*, după cum urmează: transportul deșeurilor înțepătoare-tăietoare în cadrul unităților sanitare producătoare de asemenea deșeuri trebuie să se facă nu numai pe un circuit separat de cel al pacienților și vizitatorilor, ci și în containerele mobile cu pereți rigizi conform art. 18 din OMS nr. 219/2002, cu modificările și completările ulterioare.

2. *Introducerea în OMS 219/2002*, a unei prevederi prin care Certificatul de Atestare ADR și Referatul de Analiză pentru determinarea emisiilor la incinerare ale materialelor utilizate pentru confecționarea recipientilor pentru colectarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală să fie obligatorii pentru orice recipient destinat colectării deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală.

3. *Introducerea în OMS 219/2002 la cap. V art. 14*: Recipientii pentru colectarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală trebuie să corespundă prevederilor Standardului Român 13481:2003; recipientii pentru colectarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală, proveniți din producție internă sunt controlați și supuși testărilor prevăzute de Standardul Român 13481:2003 prin organismul competent desemnat IPROCHIM S.A. București; recipientii pentru colectarea deșeurilor înțepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală, proveniți din import, inclusiv din import intracomunitar sunt controlați și verificați din punct de vedere al conformității cu reglementările stabilite de Standardul Român 13481:2003 de organismul competent desemnat IPROCHIM S.A. București.

4. *Introducerea la cap. VII a următoarei prevederi*: transportul deșeurilor înțepătoare-tăietoare provenite din activitatea medicală se efectuează conform condițiilor prevăzute de HG 1061/2008.

5. *Desemnarea la cap. VIII din anexa I OMS 219/2002 a modalității legale de eliminare finală a deșeurilor înțepătoare-tăietoare provenite din activitatea medicală, respectiv incinerarea.*

6. În plus, propun crearea unui act normativ care să cuprindă toate reglementările referitoare la gestiunea deșeurilor periculoase rezultate din activitatea medicală, sau care să cuprindă trimiteri către toate actele normative din domeniu.

Referințe bibliografice

- CLOȘCĂ, Ionel; SUCEAVĂ, Ion – *Tratat de Drepturile Omului, Ediția a II-a*, Ed. V.I.S. Print, București, 2003
- DUȚU, Mircea – *Tratat de dreptul mediului, Ediția a 3-a*, Ed. C.H. Beck, București, 2007
- MARINESCU, Daniela – *Tratat de dreptul mediului, Ediția a III-a, revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2008
- RĂDULESCU, Cătălina – *Dreptul mediului, Culegere de spețe*, 2007
- SPIRU, Constantinescu – *Transmiterea și prevenirea bolilor infecțioase*, Ed. Medicală, București, 1955
- VULCU, Liviu – *Tratat de sănătate publică, Vol. I*, Ed. ANCOȘCAR SRL, 2002
- http://www.mmediu.ro/legislatie/gestiune_deseuri.htm - Site oficial al Ministerului Mediului și Pădurilor
- www.ispb.ro – Site-ul oficial al Institutului de Sănătate Publică București

Anexe

1. *Model Certificat de Atestare ADR pentru recipienții pentru colectarea deșeurilor înșepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală*
2. *Model Raport de Analiză pentru determinarea emisiilor la incinerare ale materialelor utilizate pentru confecționarea recipienților pentru pentru colectarea deșeurilor înșepătoare-tăietoare rezultate din activitatea medicală*
3. *Raport Sintetic pentru anul 2007 privind monitorizarea sistemului de gestionare a deșeurilor rezultate din activitatea medicală emis de Institutul de Sănătate Publică București*
4. *Referat Tehnic privind autovehiculul utilizat pentru transportul deșeurilor periculoase rezultate din activitatea medicală emis de Autoritatea de Sănătate Publică Iași*

30024

0

Serviciul Federal de Transport
Comisia de coordonare pentru transportul bunurilor/obiectelor periculoase

CERTIFICAT DE ATESTARE

Pachetul de tip 1H2 din material plastic cu capacitate de 1,7 litri fabricat de [REDACTED] GmbH și descris în raportul nr. G-02.255 publicat de IBE - BVI este acceptat pentru transportul terestru (rutier și feroviar), pe mare și în aer a obiectelor periculoase, așa cum sunt menționate în următoarea anexă, în limitele descrise în anexă

Seriile tip ale pachetelor vor fi în orice caz, în conformitate cu proiectul/modelul aprobat descris în raportul menționat mai sus și care a trecut toate testele specificate în :

- Codul IMDG - partea 6
- Acordul European ADR - Agreement - partea 6
- Regulamentul Internațional RID - partea 6
- Instrucțiunile Tehnice ICAO - partea 6

Aceste pachete vor purta următoarea marcă de identificare :

1H2/Y0.4/S/*
B/RIG111-030024

Marca de identificare va fi de neșters și de preferință înscrisă într-una din părțile laterale ale pachetului.

Fixarea mărcii nu afectează (micșorează) rezistența pachetului.

(*) Ultimile două cifre ale anului fabricației (vezi *semnul internațional adoptat – în forma de ceas cu sageata indicatoare - stantate/imprimare independent de pe capacul cutiei pentru luna și anul fabricației*)

Pachetele de tip 1H și 3H vor fi de asemenea marcate asemănător, cu luna fabricației; aceasta poate fi marcată pe pachet într-un loc diferit decât restul mărcilor

Dispozitivele de închidere ale pachetelor aprobate/agreate vor fi în acord cu acelea descrise în raport și prezintă următoarele mărci de identificare : dacă dispozitivele de închidere/deschidere sunt fabricate de subcontractori, fabricantul căruia i-a fost eliberat certificatul de atestare rămâne direct responsabil de conformitatea întregului pachet.

Orice modificare a pachetului amintit mai sus (inclusiv a dispozitivelor de închidere/deschidere) sau a condițiilor sale de operare, implică automat anularea acestui certificat.

Comisia își rezervă în orice moment dreptul de a anula acest certificat.

Condiții speciale:

Pudra trebuie să aibe aceeași densitate și granulometrie ca produsele menționate în raportul testului

Anexă: 3 pagini

Bruxelles, 20.02.2003

Pt. AdministrarePt. Administrare Pt. Autoritatea
și Transport MaritimăAviației Civile

ss. indescifrabilss. Indescifrabilss. indescifrabil

Ir. Cl RENARDIng. J. BOUCKENAEREM. HINOUL

Adresa : [REDACTED] GmbH
[REDACTED]
[REDACTED]

NOTA :

Reprezentant National [REDACTED] SRL

* [REDACTED] 1700 - *Recipientii pentru colectarea deseurilor intepatoare - taietoare rezultate din actul medical* detin Certificatul de atestare ADR nr. 030024.

* Toti recipientii [REDACTED] 1700 sunt marcati prin stantare de fabricant (*vezi capacul cutiei*) cu seria Atestatului ADR **1H2/Y0.4/S/* B/RIG111-030024** asa cum prevede Norma de Atestare ADR.

**INSTITUTUL DE CERCETARE SI VERIFICARE A MATERIALELOR
INSTITUTUL OTTO - GRAF**

BADEN WÜRTENBERG

FMPA

Secția 3 : Chimia și protecția construcției/ Referat 33 : Protecția construcției, Strat organic, Plasticuri

RAPORT DE ANALIZA

**Determinarea emisiilor la incinerare ale materialelor utilizate
in cutii de tip "██████████ 1500"**

Beneficiar: **Firmei**
 ██████████ GmbH
 ██████████
 ██████████

Data Raportului: 12.11.1996

Cererea: 33/24 394

Pagini de text: 3

Anexe: -



Pagina 2
la raportul 33/24 394 din 12.11.1996

FMPA

Nr. Dv. de înreg: N/n din 08.10.1996

Nr. nostru de înreg: 33/24 394/Gg/Ko

Referitor la: **Determinarea emisiilor la incinerare ale materialelor utilizate in cutii de tip "██████████ 1500"**

Material pentru testare: 2 cutii ██████████ 1500 (galbene)
 4 capace de închidere (roșii)
 trimitere din data de 10.10.1996

1. Tematica

Au fost prezentate 2 cutii "██████████" și capacele aferente. Materialele au fost analizate pentru determinarea emisiilor la incinerare.

2. Analiza

S-au testat prin spectrometrie de fluorescență cu raze X atât cutia galbenă cât și capacul roșu. Această analiză furnizează informații asupra conținutului în metale grele și în halogeni.

Pentru identificarea aditivilor din polimerii utilizați la cutiile « ██████████ 1500 » s-au realizat extracții la cald în toluol (2 ore) și cu adăugare de metanol la rece. S-au analizat prin spectrometrie în infraroșu (FT-IR) reziduurile obținute după evaporarea solvenților.



Pagina 3
la raportul 33/24 394 din 12.11.1996

FMPA

3. Rezultat

Spectrometrie de fluorescența de raze X

Proba	Rezultat
Cutie galbenă	Titan, urme de calciu
Capac roșu	Clor (cca. 0,1%), urme de calciu

Analiza FT - IR a aditivilor

Proba	Rezultat
Cutie galbenă	Urme de polimer (polipropilena)
Capac roșu	Urme de polimer (polipropilena), Compusi pe baza de esteri, eteri (poliglicol ?)

4. Concluzii

In materialul din cutia galbenă nu s-au putut determina în urma analizelor efectuate nici un fel de substanțe, care ar putea conduce la emisii periculoase prin incinerare.

In principal avem de a face cu un produs din polipropilenă, care nu dăunează mediului înconjurător. Aceasta este valabil atât pentru producția materiei prime, cât și pentru reciclare și tratare finală. Polipropilena dă prin ardere emisii biogen-organice și sintetic-organice (bioxid de carbon, apă). Polipropilena este un material reciclabil atât din punct de vedere chimic cât și energetic, având o valoare mare a caldurii de ardere.

**FMPA**Pagina 4
la raportul 33/24 394 din 12.11.1996

Capacele roșii sunt confecționate tot din polipropilenă. Conținutul redus în compusi pe baza de ester și de eter (în mică concentrație) conform analizelor FT – IR, nu reprezintă nici o influență semnificativă asupra emisiilor la incinerare. Acestea conțin urme de clor, provenite din catalizatorul utilizat la sinteza polimerului. În principal la arderea materialului s-ar putea lua în calcul existența emansiilor HCl . În baza rezultatelor de mai sus și în baza procedurilor eficiente de filtrare la instalațiile de incinerare, emisiile rezultate se încadrează ca ne semnificative (reduse)

Prelucrare

ss. indescifrabil

Dr. rer.nat. Günther Görden

Șef de referat

ss. Indescifrabil

Dipl.-Ing Rolf Jäger

www.ispb.ro



MINISTERUL SANATATII PUBLICE
INSTITUTUL DE SANATATE PUBLICA BUCURESTI
INSTITUTE OF PUBLIC HEALTH BUCHAREST

Str. Dr. Leonte nr. 1-3, 050463 Bucuresti, ROMANIA
Centrala: (40 21) 3183620 sau (40 21) 3183621, Director (40 21) 3183619, Fax: (40 21) 312 34 26, E-mail
directie@ispb.ro

**Monitorizarea sistemului de gestionare a deseurilor rezultate din
activitatea medicala**

Raport sintetic 2007

Oana Curea
Managementul Deșeurilor Periculoase

Introducere

Ministerul Sanatatii Publice prin Institutul de Sanatate Publica Bucuresti elaboreaza anual Sinteza nationala intitulata "Monitorizarea si inspectia sistemului de gestionare a deseurilor rezultate din activitatea medicala" si actualizeaza baza de date nationala privind deseurile rezultate din activitatea medicala. Sinteza face parte din Subprogramul de Sanatate Publica, in conformitate cu Ordinul Ministrului Sanatatii Publice nr. 570/2007 pentru aprobarea Normelor tehnice privind implementarea, evaluarea si finantarea programelor nationale de sanatate, responsabilitatile in monitorizarea si controlul acestora, detalierea pe subprograme si activitati, indicatorii specifici, precum si unitatile sanitare prin care se deruleaza acestea, in anul 2007.

Baza de date se realizeaza printr-un sistem de raportare trimestriala a datelor culese de catre unitatile sanitare cu paturi din tara, sub coordonarea autoritatilor de sanatate publica locale, pe baza metodologiei de culegere a datelor. Principalele obiective ale sintezei si implicit ale bazei nationale de date sunt: evaluarea periodica a sistemului de gestionare a deseurilor, derulat in unitatile sanitare cu paturi, determinarea calitativa si cantitativa a deseurilor produse in unitatile sanitare cu paturi, identificarea riscurilor ce pot fi generate de aceasta categorie de deseuri, minimizarea cantitatii de deseuri medicale generate de unitatile sanitare, precum si propunerea unor masuri ce vizeaza imbunatatirea sistemului de gestionare a deseurilor produse in unitatile sanitare.

Metoda de lucru

Culegerea si raportarea datelor pentru baza nationala de date a deseurilor rezultate din activitatea medicala s-a realizat pe baza Metodologiei de culegere a datelor, reprezentata de Anexa 2 a Ordinului Ministrului Sanatatii nr. 219/2002 cu modificarile si completarile ulterioare, si a Metodologiei privind inspectia modului de gestionare a deseurilor rezultate din activitatea medicala. Metodologia de culegere a datelor se aplica lunar, iar Metodologia de inspectie, trimestrial, la nivelul unitatilor sanitare cu paturi. Aceasta activitate este coordonata la nivel local de Autoritatea de Sanatate Publica, iar raportarea datelor culese pe baza ambelor metodologii se face trimestrial catre Institutul de Sanatate Publica Bucuresti.

Metodologia privind inspectia modului de gestionare a deseurilor rezultate din activitatea medicala reprezinta atat un instrument de evaluare, cat si unul de control utilizat de catre reprezentantii

autoritatilor de sanatate publica locale, la nivelul unitatilor sanitare cu paturi din judet. Metodologia este prezentata sub forma de chestionar, tratand toate etapele sistemului de gestionare a deseurilor in unitatea sanitara, inclusiv eliminarea finala.

Rezultate

Pentru anul 2007 au fost raportate date Institutului de Sanatate Publica de catre 41 de autoritati de sanatate publica judetene si a municipiului Bucuresti, pentru cele 4 trimestre, Datele transmise reprezinta tipuri si cantitati de deseuri rezultate din activitatea medicala, precum si modul de gestionare a acestei categorii de deseuri, la nivelul unitatilor sanitare cu paturi. Pentru trimestrul I al anului 2007 au raportat date 356 de unitati sanitare, pentru trimestrul II au raportat 363 de unitati sanitare, pentru trimestrul III au raportat 368 de unitati sanitare, iar pentru trimestrul IV au raportat 367 de unitati sanitare, dintr-un total de 454 de unitati sanitare cu paturi existente la nivel national.

In urma prelucrarii datelor raportate de catre autoritatile de sanatate publica locale, precum si pe baza chestionarului din Metodologia de inspectie, s-au conturat o serie de date procentuale privind modul in care unitatile sanitare desfasoara activitatea de gestionare a deseurilor generate.

Colectarea si separarea pe categorii a deseurilor

Unitatile sanitare investigate realizeaza separarea pe categorii a deseurilor generate intr-un procent de aproximativ 100%. In ceea ce priveste recipientele pentru colectarea deseurilor periculoase rezultate din activitatea medicala a rezultat ca 96% din unitatile sanitare folosesc recipiente corespunzatoare in conformitate cu Ordinului MS nr. 219/2002, restul de 4% nu utilizeaza ambalaje corespunzatoare, neacoperind toate cele doua categorii de deseuri infectioase si intepatoare-taietoare. Ca si in anii precedenti, in sistemul de colectare a deseurilor la nivelul unitatilor sanitare, exista in continuare o problema reprezentata de utilizarea recipientelor de colectare a deseurilor intepatoare taietoare. 8% din unitatile sanitare investigate nu utilizeaza astfel de recipiente. In lipsa acestor recipiente rezistente la actiuni mecanice (intepare-taiere) se folosesc ambalaje improvizate sau se colecteaza impreuna cu deseurile infectioase moi, in cutii de carton cu sac din plastic in interior, sau direct in saci de plastic. Nu exista o diferenta majora fata de anul precedent.

Deseurile nepericuloase, asimilabile celor menajere sunt colectate in saci menajeri, de culoare neagra sau incolori.

Transportul intern al deseurilor

In majoritatea cazurilor, transportul deseurilor in unitatile sanitare se realizeaza manual pe scari sau cu liftul, intr-un procent de 70%. 28% din unitati utilizeaza carucioare speciale si lift, iar un procent mic (2%) au mai multe alternative de transport. Nu putem afirma ca aceste procente ce reflecta modul de transport al deseurilor in unitatile sanitare, corespund unor circuite separate de transport. In multe dintre cazuri reiese faptul ca transportul deseurilor se realizeaza pe acelasi circuit cu al pacientilor si vizitatorilor, ceea ce reprezinta o deficienta majora a sistemului de gestionare a deseurilor.

Depozitarea temporara a deseurilor

72% din unitatile sanitare investigate detin un spatiu de depozitare temporara amenajat corespunzator, intrunind conditiile stipulate de legislatia in vigoare, iar 15% din unitati detin spatii de depozitare necorespunzatoare din punct de vedere igienico-sanitar. 1% din unitatile sanitare nu au nevoie de spatii de depozitare temporara, deoarece deseurile generate sunt transportate direct la locul de eliminare finala (fie spitalele respective mai au inca un crematoriu in functiune, sau detin un echipament propriu de neutralizare a deseurilor periculoase). 5% din unitatile sanitare au precizat

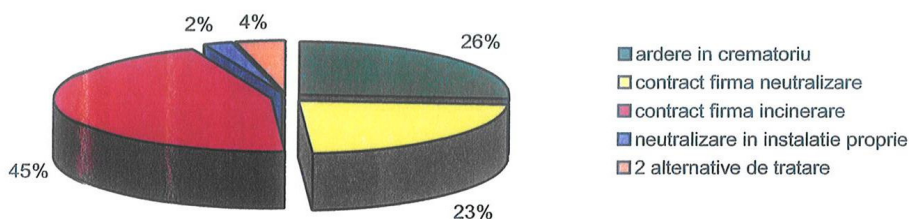
ca nu au in dotare spatii de depozitare temporara a deseurilor, iar restul de 7% nu au completat rubrica chestionarului.

Containerele: mobile sunt utilizate in spatiile de depozitare temporara a deseurilor, in proportie de 83% din unitatile sanitare, 16% din unitati nu au in dotare containere mobile, restul de 1% nu au completat chestionarul. 89% din unitatile sanitare care utilizeaza containere mobile, le dezinfecteaza, iar 11% din unitati nu efectueaza dezinfectia acestora, deoarece in majoritatea cazurilor, aceasta activitate este preluata de catre firma prestatoare de servicii de transport/tratare/eliminarea finala a deseurilor periculoase.

Eliminarea finala a deseurilor

Analizand și coreland datele ce privesc modalitatea de tratare și eliminare finala a deseurilor periculoase rezultate din activitatea medicala au rezultat urmatoarele procente:

- 11% din unitatile sanitare utilizeaza ca metoda de eliminare finala arderea in crematoriul propriu;
- aproximativ 15% din unitatile sanitare folosesc arderea in crematoriul altei unitati, fiind o metoda de eliminare finala inca acceptata;
- 68% din unitati sanitare au contract cu firme specializate in vederea tratarii/eliminarii finale a deseurilor periculoase generate. Din acest procent, 23% unitati sanitare au contract cu firme ce deruleaza servicii de neutralizare a deseurilor, iar 45% unitati cu firme ce deruleaza servicii de incinerare;
- un procent de destul de scazut 2% dintre unitatile sanitare evaluate detin instalatie proprie de neutralizare;
- 4% din unitatile sanitare investigate utilizeaza doua alternative de tratare/eliminarea finala (ex: neutralizare in instalatie proprie si contract cu firma ce presteaza servicii de incinerare a deseurilor periculoase).



Eliminarea deseurilor nepericuloase asimilabile celor menajere se realizeaza pe baza de contract cu firmele de salubritate specializate, deseurile fiind transportate in depozitele de deseuri municipale.

Formarea profesionala a personalului implicat in gestionarea deseurilor rezultate din activitatea medicala

In 92% din unitatile sanitare se efectueaza instructaj periodic cu personalul direct implicat in gestionarea deseurilor rezultate din activitatile medicale.

Raportarea cazurilor noi de boala la personalul unitatii sanitare

Pentru anul 2007 s-au semnalat cazuri noi de îmbolnăvire la 13% din unitățile sanitare evaluate. 244 de cazuri sunt reprezentate de plăgi tăiate/întepate, aparute la personalul implicat în gestionarea deșeurilor în cadrul unităților sanitare. 1 caz este reprezentat de Hepatita A și 8 cazuri Hepatita B. Tot 8 cazuri s-au semnalat și pentru Hepatita nonA nonB. 73% din unitățile sanitare investigate nu au semnalat cazuri noi de îmbolnăvire, iar 14% din unități nu au completat această rubrică în chestionar.

Concluzii

Din analiza datelor prezentate mai sus se poate observa că unitățile sanitare realizează o separare corectă a deșeurilor. Deficiențele sunt în continuare legate de colectarea deșeurilor întepatoare-tăietoare și ne referim aici la lipsa ambalajului specific modului de colectare a acestei categorii de deșeurii (recipient confecționat din polipropilena prevăzut cu sistem de închidere temporară și definitivă). Acest lucru s-a putea datora modului incorect de a gestiona deșeurile periculoase întepatoare-tăietoare care pot prezenta riscuri majore de contaminare pentru personalul medical și nu numai. O altă cauză a lipsei acestor recipiente specifice, în unitățile sanitare, ar putea fi reprezentată de fondurile insuficiente de care dispun unitățile sanitare. Din datele legate de transportul intern al deșeurilor, reiese faptul că această activitate se realizează în mare parte manual (70%). Se folosesc mijloace speciale de transport (carucioare, lift), dar nu rezultă faptul că există un circuit separat de cel al pacienților și vizitatorilor. În ceea ce privește depozitarea temporară a deșeurilor, există spații special amenajate în majoritatea unităților sanitare evaluate. Comparativ cu anul precedent, procentul unităților sanitare care dețineau un spațiu de depozitare necorespunzător, a scăzut cu 5%, iar cele care nu aveau spații de depozitare temporară, și-au creat și amenajat ulterior. Se recomandă în continuare respectarea condițiilor funcționale și igienico-sanitare ale spațiului de depozitare temporară a deșeurilor rezultate din activitatea medicală. În spațiul de depozitare temporară a deșeurilor, este foarte important să existe două locații separate funcțional, atât pentru deșeurile periculoase, cât și pentru cele nepericuloase. În situația în care cele două categorii de deșeurii se amestecă, atunci toată cantitatea de deșeurii este considerată periculoasă.

Eliminarea finală reprezintă practic ultima etapă a sistemului de gestionare a deșeurilor rezultate din activitatea unităților sanitare. Comparativ cu anul 2006, procentajul unităților sanitare care ard încă, deșeurile periculoase în crematoriu (propriu sau al altei unități sanitare) a scăzut cu 25%. Acest lucru se datorează atât respectării calendarului de închidere etapizată a instalațiilor rudimentare de ardere (crematorii), cât și externalizării serviciilor de tratare/eliminare finală. Calendarul de închidere etapizată a instalațiilor rudimentare de ardere (crematorii) este reprezentat de Anexa 2 a HG nr. 268/2005 pentru modificarea și completarea HG nr. 128/2002 privind incinerarea deșeurilor. În decursul anului 2007 au fost închise 52 crematorii ale unităților sanitare, la nivel național, în conformitate cu “Calendarul de închidere a instalațiilor existente de ardere a deșeurilor periculoase provenite din activități medicale”. Datorită acestor măsuri întreprinse, unitățile sanitare au optat pentru externalizarea serviciilor de tratare/eliminare finală. Opțiunile de eliminare finală, ale unităților sanitare care au sistat activitatea crematoriului din dotare, utilizat pentru arderea deșeurilor periculoase medicale, sunt reprezentate de ardere în crematoriul altei unități apropiate ca locație și încheierea unui contract cu firma specializată în domeniu (stație de incinerare sau neutralizare). O altă alternativă este reprezentată de neutralizarea prin sterilizare termică a deșeurilor periculoase medicale la nivelul unității sanitare. În anul 2007, procentul unităților sanitare care au optat pentru externalizarea serviciilor de tratare/eliminare finală a deșeurilor periculoase a crescut cu 16% față de anul precedent, din care 5% neutralizare și 11% incinerare. În același timp, neutralizează deșeurilor periculoase medicale în echipamente proprii de neutralizare a scăzut cu aproximativ 2% față de anul precedent.

Cantitatea totală de deșeurii rezultate din activitatea medicală (deșeurii periculoase și nepericuloase) estimată pentru anul 2007 este de 53.838 tone/a. Cantitatea de deșeurii periculoase medicale

estimata la nive national, pentru anul 2007 este 14.080 tone/an. Comparativ cu anul 2006, se constata o scadere cu 5% a cantitatii de deseuri periculoase generate de unitatile sanitare cu paturi.

Atat rezutatele procentuale ce reflecta modul de gestionare a deseurilor in unitatile sanitare, prezentate in document, cat si tipurile si cantitatile de deseuri ce se regasesc in anexele documentului, s-au conturat in urma prelucrării statistice a datelor culese din unitatile sanitare cu paturi si raportate Institutului de Sanatate Publica Bucuresti, de catre Autoritatile de Sanatate Publica judetene.

Propuneri si recomandari

Sistemul de gestionare a deseurilor periculoase si nepericuloase, generate in cadrul unitatilor sanitare poate fi imbunatatit prin aplicarea urmatoarelor masuri:

La nivelul unitatilor sanitare:

- aplicarea cu rigurozitate a Metodologiei de culegere a datelor pentru baza nationala de date a deseurilor medicale, de catre toate unitatile sanitare;
- obligativitatea raportarii datelor obtinute in urma aplicarii metodologiei, catre autoritatea de sanatate publica locala;
- existenta la nivelul fiecarei unitati sanitare a planului intern de gestionare a deseurilor rezultate din activitatea medicala, in conformitate cu legislatia specifica in vigoare;
- separarea corecta la sursa a deseurilor periculoase si nepericuloase si implicit colectarea pe categorii a acestora;
- achizitionarea si utilizarea de ambalaje corespunzatoare pentru colectarea deseurilor periculoase si nepericuloase, generate de unitatea sanitara, acordand o mare atentie modului de colectare a deseurilor intepatoare-taietoare;
- amenajarea unor spatii de depozitare temporara a deseurilor periculoase si nepericuloase, cu respectarea conditiilor functionale si igienico-sanitare;
- crearea de circuite separate de cele ale pacientilor si vizitatorilor, pentru transportul deseurilor in incinta unitatii si utilizarea de echipamente speciale de transport;
- purtarea echipamentului de protectie de catre personalul unitatii, in momentul manipularii deseurilor periculoase medicale, in scopul evitarii accidentelor de orice natura;
- evaluarea companiilor specializate in colectarea si reciclarea deseurilor nepericuloase si periculoase, disponibile pe piata;
- colectarea separata a deseurilor nepericuloase (plastic, sticla, carton, metal, etc.) in vederea reciclarii si reutilizarii si monitorizarea cantitatilor generate;
- colectarea separata a acelor deseuri periculoase care se preteaza la aceste operatiuni (ex: solutii fotografice, mercur, argint, etc) in vederea reciclarii si reutilizarii;
- aplicarea unor metode si tehnici adecvate de indepartare si evacuare atat a deseurilor periculoase lichide, cat si a deseurilor chimice lichide;
- completarea (in scris) a etichetelor recipientelor ce contin deseuri periculoase;
- instruirea periodica, sau de cate ori este nevoie a personalului direct implicat in gestionarea deseurilor medicale, la nivelul unitatii sanitare;
- alegerea si utilizarea unor procedee si tehnologii de tratare a deseurilor periculoase medicale, in conformitate cu standardele si normele de protectie a mediului in vigoare, care sa nu puna in pericol siguranta populatiei generale si a mediului, in conformitate cu reglementarile legislative in vigoare;
- efectuarea unei analize cost-beneficiu a serviciilor de transport/tratare/eliminare finala prestate de catre companiile implicate in acest domeniu.

La nivelul Autoritatii de Sanatate Publica locala:

- evaluarea sistemului de gestionare a deșeurilor în toate unitățile sanitare cu paturi, de către autoritățile de sănătate publică județene, prin aplicarea Metodologiei privind inspecția modului de gestionare a deșeurilor;
- obligativitatea raportării trimestriale a datelor către Institutul de Sănătate Publică București;
- intensificarea activității de inspecție în unitățile sanitare, cu privire la managementul deșeurilor medicale;
- instruirea periodică a personalului din unitățile sanitare direct implicat în gestionarea deșeurilor medicale.

La nivelul Institutului de Sănătate Publică București:

- revizuirea Ordinului MSF nr. 219/2002 pentru aprobarea Normelor tehnice privind gestionarea deșeurilor rezultate din activitățile medicale și a Metodologiei de culegere a datelor pentru baza națională de date privind deșeurile rezultate din activitățile medicale, cu modificările și completările ulterioare (Ordinul MS nr. 997 și 1029/2004).
- realizarea unui studiu pilot ce vizează evaluarea sistemului de gestionare a deșeurilor rezultate din activitatea medicală, la nivelul cabinetelor medicale din municipiul București.

Anexa 7 Estimari privind tipurile si cantitatile de deseuri rezultate din activitatea medicala pentru anul 2007

Judetul	Nr. unitatilor sanitare reprezentative / judet	Cantitatea totala de deseuri rezultate din activitatea medicala kg/24h	Deseuri asimilabile cu cele menajere rezultate din activitatea medicala kg/24h	Deseuri infectoase rezultate din activitate medicala kg/24	Deseuri intepatoare taietoare rezultate din activitate medicala kg/24h
Alba	12	3117.11	2319.23	665.34	132.54
Arad	18	3053.11	2267.62	654.01	131.48
Arges	10	2617.91	1926.07	566.18	125.66
Bacau	8	3448.81	2550.08	731.43	167.3
Bihor	20	4326.94	3299.91	846.99	180.04
Bistrita	3	1784.94	1245.22	440.96	98.76
Brasov	13	4072.46	3058.65	826.28	187.53
Braila	5	2508.6	1802.98	582.2	123.42
Botosani	18	2750.61	2198.66	448.68	103.27
Buzau	9	3311.78	2425.32	722.11	164.35
Caras-Severin	8	2671.52	1936.89	614.52	120.11
Calarasi	6	1342.53	1057.66	226.83	58.04
Cluj	16	7109.13	5228.03	1573.16	307.94
Constanta	13	4532.38	3266.73	1045.61	220.04
Covasna	8	2101.69	1637.75	365.95	97.99
Dambovita	13	3325.62	2466.58	718.38	140.66
Dolj	11	4636.3	3459.64	982.07	194.59
Galati	9	2919.36	2156.63	627.36	135.37
Giurgiu	7	793.19	647.57	120.3	25.32
Gorj	8	2533.54	1853.52	557.86	122.16
Harghita	5	2492.72	1785.03	593.55	114.14
Hunedoara	13	4224.91	3153.67	873.14	198.1
Ialomita	4	1023.1	801.08	188	34.02
Iasi	17	7090.15	5232.94	1537.64	319.57
Ilfov	5	1118.1	877.41	203.26	37.43
Maramures	12	3996.47	2974.73	835.76	185.98

Judetul	Nr. unitatilor sanitare reprezentative / judet	Cantitatea totala de deseuri rezultate din activitatea medicala kg/24h	Deseuri asimilabile cu cele menajere rezultate din activitatea medicala kg/24h	Deseuri infectoase rezultate din activitate medicala kg/24	Deseuri intepatoare rezultate din activitate medicala kg/24h
Mehedinti	5	1904.14	1346.46	454.94	102.74
Mures	5	2409.39	1715	560.29	134.1
Neamt	8	3728.49	2616.08	917.98	194.43
Olt	7	2788.15	2029.66	626.5	131.99
Prahova	19	4590.31	3491.19	908.93	190.19
Satu Mare	5	2139.67	1530.89	498.45	110.33
Salaj	6	1692.44	1178.06	427.31	87.07
Sibiu	7	2953.45	2159.69	656.08	137.68
Suceava	15	4170.79	3122.4	870.47	177.92
Teleorman	9	2027.22	1607.07	340.48	79.67
Timis	14	6628.98	4842.23	1480.62	306.13
Tulcea	4	1734.53	1208.16	429.1	97.27
Vaslui	7	3272.07	2249.69	851.71	170.67
Valcea	8	2498.71	1824.83	552.2	121.68
Vrancea	8	3257.43	2247.22	830.96	179.25
Bucuresti	56	18803.7	14127.61	3861.48	814.61
Total	454	147502.45	108925.84	31815.07	6761.54
	Total tone/24h	147.50	108.93	31.82	6.76
	Total tone / an	53838	39758	11613	2468
Cantitatea estimata de deseuri periculoase t/an				14080	

Anexa 8

Estimare privind deseurile periculoase rezultate din activitatile medicale bazate pe raportari ale Autoritatilor de Sanatate Publica pentru anii 2005, 2006 si 2007

Anul	Nivelul de estimare	Cantitati medii estimate (t/an)	Valori medii (t/an)
2005	41 judete	13466	15226
	Municipiul Bucuresti	1760	
2006	41 judete	13193	14837
	Municipiul Bucuresti	1644	
2007	41 judete	12373	14080
	Municipiul Bucuresti	1707	

Anul	Nivel de raportare	Numarul total de unitati sanitare care au raportat	Numarul total de unitati sanitare
2005	41 judete	287	304
	Municipiul Bucuresti	17	
2006	41 judete	313	344
	Municipiul Bucuresti	31	
2007	41 judete	334	363
	Municipiul Bucuresti	29	

AUTORITATEA DE SĂNĂTATE PUBLICĂ IAȘI

Str. V. CONTA nr.2-4

Telefon :210.900 fax 213642

Nr [REDACTED]

din [REDACTED]

**REFERAT TEHNIC PRIVIND AUTOVEHICULUL UTILIZAT DE FIRMA [REDACTED]
[REDACTED] PENTRU TRANSPORTUL DESEURILOR PERICULOASE
REZULTATE DIN ACTIVITATEA MEDICALA**

In urma studierii documentatiei nr. [REDACTED] furnizata de [REDACTED] Iasi s-a intocmit referatul tehnic pentru autovehiculul de transport pentru deseurile periculoase rezultate din activitatea medicala.

Descriere:

Autovehicul: autoutilitara

Marca: Toyota tip Dyna

Nr inmatr. : B- [REDACTED]

Capacitate: 1200 kg

Dimensiuni ale spatiului de incarcare:

- lungime: 717 cm
- latime: 199 cm
- inaltime: 294 cm

Autoutilitara are cabina conducatorului auto separata de compartimentul destinat containerelor in care sunt depozitate, in timpul transportului, deseurile periculoase colectate de la unitatile medicale. Compartimentul destinat containerelor este realizat din materiale usor lavabile si rezistente la agenti chimici si abur folositi la curatare si dezinfectie.

Compartimentul destinat containerelor este prevazut cu sisteme etanse de inchidere in scopul evitarii pierderilor de orice fel in timpul transportului. Deseurile vor depuse in Euro-Containere, avand un volum de 240 l fiecare. In timpul transportului containerele sunt fixate cu ajutorul unui sistem de prindere format din teava de otel inoxidabil. Containerele sunt confectionate din polipropilena, avand pereti usor lavabili si rezistenti la solutii dezinfectante. Pentru anotimpul cald, autoutilitara este dotata cu sisteme de racire si ventilatie a aerului.

Autoutilitara este dotata cu trusa ADR ce contine echipament de protectie pentru personal, saci de plastic, echipament de curatenie si dezinfectie, ce pot fi folosite si in situatii de urgenta.

Conducatorul auto este format profesional si informat cu privire la natura incarcaturii si la precautiile legate de transportul acesteia.

Deseurile periculoase rezultate din activitatea medicala ce urmeaza a fi preluate si transportate de catre [REDACTED] sunt colectate si ambalate la nivelul unitatii medicale conform prevederilor Ordinului Ministrului Sanatatii si Familiei nr 219/2002 cu privire la gestionarea deseurilor rezultate din activitatile medicale.

Documentatia privind autovehicululul utilizat pentru transportul deseurilor periculoase rezultate din activitatea medicala de catre [REDACTED] cuprinde:

- certificat de inmatriculare societate
- certificat de inmatriculare autovehicul

- polita de asigurare obligatorie de raspundere civila
- licenta de transport rutier public
- licenta de executie pentru vehicul pentru transporturi rutiere nationale de marfuri periculoase
- fisa de prezentare a autovehiculului

Recomandari

- autovehiculul va fi utilizat numai pentru transportul deseurilor periculoase rezultate din activitatea medicala
- containerele (Euro-containere) vor fi spalate si dezinfectate dupa descarcarea deseurilor la locul de eliminare finala
- transportul deseurilor se va realiza pe rute cat mai scurte posibile, evitandu-se arterele aglomerate
- transportul deseurilor medicale se va realiza in conformitate cu prevederile Ordinului Ministerului Transportului, Constructiilor si Turismului nr. 211 din 06.02.2004 (M.O. 324/15.IV.2004) pentru aprobarea Procedurii de reglementare si control al transportului deseurilor pe teritoriul Romaniei.

Intocmit de as.pr.ig Bostoaca Catalin din cadrul Serviciului Evaluarea Factorilor de Mediu, Avizare/Autorizare Sanitara Iasi.



THE PATIENT'S RIGHTS PARTICULARLY THE PSYCHIATRIC PATIENT'S RIGHTS

Bernadett BERNÁTH¹

Abstract

The topic of the study is the patient's rights with particular reference to the psychiatric patient's rights. This is considered a current topic not only in the legal aspect, but also in other areas of life, such as media or everyday life. The modernization of the public health system is a major concern but it is difficult to find an appropriate solution. There are a lot of problems and requirements which have to be considered. These are important matters in the area of legal regulation as well. In order to find the right solution it is necessary to examine the historical aspect of the problem. The next step is the presentation and analysis of the current legislation. This part of the study presents the patient's rights not only in view of legal regulation, but also in practice. After taking into consideration the patient's rights in general the study deals with psychiatric patient's rights in details. In this part I compare general patient's rights with psychiatric patient's rights, because there are a lot of differences. It is also important to examine the success of constitutional rights concerning psychiatric patients. The legal position of psychiatric patients is very specific, because it is possible to limit their personal freedom with physical methods. This limitation may result in problems and dangers in practice. The most important aim of the study was to elaborate a complex system of legal guarantees, which is suitable to protect the interests of these special patients against possible abuse.

Keywords: *medical law, psychiatric patients, physical limitation, methods of limitation*

Introduction

The topic of my study is the patient's rights, particularly the psychiatric patient's rights. In this study I am going to deal with patient rights regulated by Hungarian law. But my field of interest is focused on closer category: the physical limitation of the psychiatric patients.

I think that this is a very current issue. We can hear many cases about the hygiene almost every day. This topic is very considerable but not only from the viewpoint of law. The media is also deals with it extensively. We can especially get information from the Internet, television or newspapers.

In the course of history freedom has always been a very important factor. A number of wars were initiated to gain independence and freedom and many people died because of it. It did not change so much. In the 21st century this is also an existing position moreover the fight for freedom occurs even in more areas like in the society, in work, in law etc.

That is the reason, why I am interested in the psychiatric patients law. We have to see their special positions and their individual status.

First of all, I will introduce the Hungarian regulation system and the psychiatric patient's special rights in our country.

Then I present some cases which show the position of these patients.

I think that the evolution of the methods of physical limitation is important. We may see how it has changed with time and what has been achieved.

After that I mention some opinion about this limitation. In this topic we can get information about certain cases which happening in the mental hospitals and other institutions.

Finally, I will introduce the international regulation of the physical limitation. There are some very important organizations which I would like to present for example the United Nations

¹ Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary. This study has been elaborated under the coordination of Prof. dr. Paulovics Anita.

Organization or Committee against Torture because these played an important role in this aspect. After that I try to introduce how these organizations work and what kind of role they have.

In the end I give the summary of my study and I try to outline some possible solutions to the problem.

I hope that my study can give an independent picture of this area of the rights and possibly arouses interest.

The Hungarian regulation

In Hungary there is a statute which is related to with the patient's law. It called *Medical law*. The 10th chapter of this law deals with the psychiatric patients. This chapter gives a direction which says what kind of conditions is needed to limit the psychiatric patient's freedom. However this law provides more restriction as we know exactly these commissions were not able to create the equality between the patients and psychiatric patients.

The psychiatric patients behave those general law that anyone else in the society. Moreover they have got special rights due to their status. We have to mention three of them:

1. They are entitled to have their therapy take place at home.
2. Having isolated from the other patients they can choose a method they would like to be treated with.
3. The case when they endanger themselves or others.

In Hungary it gave a significant function especially the case of *bed with a net* around. In 1999 the Committee against Torture visited our country and declared that these beds offend human treatment. So Hungary and other European countries had to take away the application of the beds with a net.

Physical limitation

But the physical limitation has other methods which are capable of depriving someone from his freedom. These patients who suffered from physical control feel that, they lose their dignity. One man said: „I feel like a dog. It hurts that they have to tie me up.”

The patients consider this physical limitation not as a cure but rather as a way of punishment.

And we know this limitation can be deadly as well. In 1998 several cases was revealed. For instance, the case of *Stephanie Jobin* who was only 13 years old. The psychiatric employees laid her with the face towards the floor and gave her five different psychological implements. After that they put onto her back a bean sack chair and they sat on it. 20 minutes later Stephanie's breathing ceased. They put down the death as an accident.

Nowadays the *frequency of physical limitation* depends on the institutions and hospitals. It shows a difference between each institution. But the limitation with a physical character does not prevail only in the psychiatric wards. Other medical wards apply bedsides and grids. However, sometimes these tools cause more accidents than protection. So the frequency of physical limitation depends on what the hospital thinks of this limitation and the patient's safety.

From all these we may establish that this is a very considerable and important question because these patients go through enormous psychical and spiritual injuries. The hospitals try to draw up methods which are less humiliating for the patients.

Methods of physical limitation

I am going to introduce the evolution of physical control. It was a very long process that occurred in the *1700s*. That time they used *monkey-jacket* and *chains* which were fixed to the wall. In

1787 Philippe Pinel who was the father of French psychiatry discovered the *straitjacket*. In the 1800s they used a „*cradle*” which had bars. They could keep the patient in it for months. In 1855 the „*strong room*” appeared. The doctors locked the patients in the strong room when he misbehaved. It may have been the forefather of the „*rubber room*”. In the 1950s they combined these methods and during that time they locked the patient to a dark room.

Catharine Zentai died in a mental hospital in Connecticut in 1996. For her last 36 hours she spent 30 hours in a „tying chair”. After when she was let out from this chair, the gouts which were used by tying got into her lung and she died.

So we can ask the question how these horrible things could happen. What can be the solution? Can we do anything against these treatments? It is not easy to answer these questions. We can try to guarantee more special statutes to the psychiatric patients but always will be someone who would break the rules.

Opinions about the physical limitation

If we would like to examine the aspect of the psychiatric patient’s rights we have to diagnose that they will never forget these processes, the violence that was committed against them.

In 2002 **Ron Morrison** who was a psychiatric worker in California said: „A person who was tied can feel very vulnerable, inefficient and defenceless. It can lead to the collapse of mental health.” But unfortunately so many psychiatrists do not know about the consequences of the physical limitation.

Donald Milliken, a Canadian psychiatric doctor said: „The physical control is not harmless. One part of the tied up can die. We do not know the number of this proportion. We as doctors have to accept that this method can be lethal. Because of this we should use these elements with consideration.”

Nowadays it is accepted that the physical limitation does not serve the patient’s recovery. In Denmark a legal action was passed which proved that the hospitals got support for the treatment of violence patients. **Kenneth Clark** who is a psychiatric admitted that they often annoyed the patient’s from that aim to justify why they are submitted under physical limitation. The more violent the patient is the more financial support the doctors and the hospitals gain.

So in fact here is no secret, because this method was used in so many hospitals all over the world. There is so much shiftiness in many psychiatrists, to demolish the patient’s behaviour in the hope of a bigger payment. The question is why they are not impeaching. Why has not a procedure been initiated against them?

The most important question is whether these cases and limitations can be qualified as a torture or not.

Documents and organisations against the torture

The application of methods of the various tortures started in the ancient times. In the 20th century the total dictatorships came to power in the Soviet Union, Germany and other European countries. The methods of the various tortures turned into a daily phenomenon in the police and other state organs working, they believed, this one is the only applicable forms of the power practice. It was executed without the knowledge of the publicity.

It is no wondering that after the Second World War the states making a step against these tortures on national and international level.

The national measures are forbidding the application of the torture and treaties came into existence as the result of this.

This appears on three levels in Europe:

1. United Nations Organization
2. International Documents which were declared by the Council of Europe
3. The inner law created by the international legislation

United Nations Organization

10 of December in 1948 the General Assembly of UNO accepted *The Universal Declaration of Human Rights*. This was the first international document which forbade the torture and the humiliating treatments. After that a new document was accepted the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). It was adopted in 1966 and entered into force in 1975. Unfortunately these did not prove to be rather effective.

The Swedish government initiated a new document and suggested a new defensive system. As a result of this, a new supplement was released in 1984. It was the *United Nations Convention Against Torture* (UNCAT) which entered into force on the 26th of June in 1987. This was the first document which had legal obligatory strength on international level. The most essential in this document a complicated definition which defines the torture itself. (The *torture* is a procedure, which causes spiritual or bodily pain or misery aiming to enforce a confession or to punish someone.) So the torture cannot be allowed in any kind of circumstances.

Committee against Torture (CAT)

This committee was established in order to supervise the UNCAT's rules. It consists of 10 members who have eminent knowledge in human rights. The CAT examines other information which was given by other sources mainly from civil organisations. After this examination the CAT can take recommendations to the UNCAT.

In 1980 Costa Rica submitted a proposal to the ENSZ. It was a supplementary report which dealt with the „visiting system“. It is based on that system which was practised by the International Committee of the Red Cross. 18 of December in 2002 the General Assembly of UNO accepted this document and named it *Optional Protocol to the Convention against Torture* (OPCAT).

The CAT and the OPCAT were built parallel to work in the control mechanism. They are to supervise the observance of the documents.

2.5.3. The Council of Europe

In 1949 the Council of Europe set up an intergovernmental organization aiming to prove the democracy and the individual franchises. This system is based on two documents: *European Convention of Human Rights* (ECHR) and the *European Social Charter*. On the international level the European Court of Human Rights controls the observation of the law which is in the ECHR. The ECHR did not give a definition to the torture or the humiliating treatment so the European Court of Human Rights had to do this.

So we have to mention the *Ireland v. United Kingdom-case* because the Court's concept is based on this. The „*five techniques*“ were practised on terrorists by the British Police. These were wall-standing, hooding, subjection to noise, deprivation of sleep, and deprivation of food and drink. But the Court assessed that the five techniques "did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture ... but amounted to a practice of inhuman and degrading treatment".

Although the Court found that it was not a torture they provided a definition. (*Torture*: presupposes so serious and deliberate cruelty that is not possible to bear without serious injuries in body and soul.)

In 1996 was the first case when the Court defined torture. It was the Aksoy v. Turkey judgment-case. The special essence that those people who were accused of the participation in the Kurdish liberator movement was submitted to torture. Their hands were joined behind their back, caught at their joined arm hanged and punched them. After that some of these people lost their arms. The Court several times dealt with similar cases, but emphasized it with more occasions that the abuse has to attain a level that it can be declared as torture.

The inner law created by the international legislation

In Hungary we can find disposition in the Constitution. (32/B.§) In this clause it is declared that the parliamentary commissioner of the civil rights has a function to examine the legal injuries which is related to the Constitution.

The 4th clause of the UNCAT declares that every members have to ensure that in their criminal law the torture is qualified as a crime.

In Hungary there is a law about the parliamentary commissioner of the civil rights. The 18th section of this declaration is that, the parliamentary commissioner can enter to the authorities' localities. Nowadays visiting the detention institutions is a routine, especially in the prisons and psychiatric institutes and police detention cells.

Our law allows the parliamentary commissioner to communicate or to talk to the prisoners. They can make notes about their visits because later they can take a legislative offer. The parliamentary commissioner annually reports on his activity to the parliament.

Conclusion

We can see that there are so many problems with this part of the law. I think that the medical law never will be a perfect regulated area because as the modern life and technology changing, the hygiene tries to follow these changes as well.

In the study I tried to introduce the special case of the psychiatric patients. Each of them needs individual treatment because of their status. Although the patients are entitled to treatments but the other question is how it can prevail in real life, like the mental hospitals or other institutions.

We could see that this depends on the doctors, on the hospital workers and so much on other conditions.

My main field of interest was the physical limitation of the psychiatric patients. I tried to present the biggest problems with this area of the medical law.

I think it is incredible that so many cruel and blindfold thing can happen all over the world in the mental hospitals which are not revealed in the most cases.

What can be the solution? Is there any opportunity that can totally change it?

There were several organizations established and rules introduced which worked but these were not enough. May the future bring something radically new?

In my opinion we can give two kinds of answer this question:

1. Unfortunately not probable that the latest documents or organisations bring a considerable change than in the past.
2. The new documents may bring a radical change but the question is how long they can maintain their position.

We have to recognise this area of the law never will be regulated perfectly because it is almost impossible. The biggest problem is that we actually can not see what is happening in mental hospitals.

A more frequent control may hinder abuse. I think this has to be even more emphasized.

But we know about the other side of the problem. Any kind of considerable rules will be introduced more will always be someone who will break it. So we can try everything but we can not perfectly handle these abuses. The future will bring considerable changes.

References:

1997. évi CLIV. törvény az egészségügyről, X. fejezet, 1. cím, 190. §, a-c pont

[http://index hu/belfold/agy0416](http://index.hu/belfold/agy0416)

Halálos kényszerítések – A pszichiátriai kezeléseik közben elkövetett tettelegességek. Jelentések és ajánlások a kényszerítő intézkedések erőszakos és veszélyes használatáról az elmegyógyintézetben. (Kiadja az Állampolgári Bizottság az Emberi Jogokért, Alapítva 1969-ben) 1-2. o.

Declaration of Ron Morrison, for Protection and Advocacy, Inc., Brief of Amicus Curiae in Support of Plaintiffs, US Court of Appeals, No. 99-56953, 9 Mar. 2000.

Donald Milliken, M.D., "Death by Restraint," Canadian Medical Association Journal, 16 June 1998.

Halálos kényszerítések – A pszichiátriai kezeléseik közben elkövetett tettelegességek. Jelentések és ajánlások a kényszerítő intézkedések erőszakos és veszélyes használatáról az elmegyógyintézetben. (Kiadja az Állampolgári Bizottság az Emberi Jogokért, Alapítva 1969-ben) 5-6. o.

Haraszi Margit Katalin: A kínzás és embertelen vagy megalázó bánásmód és büntetések tilalma az ENSZ és az Európa Tanács legfontosabb dokumentumaiban, valamint az állampolgári jogok országgyűlési biztosának tevékenységében. ACTA HUMANA, 19. évfolyam, 2008. évi 3. szám 48. oldal

Haraszi Margit Katalin: A kínzás és embertelen vagy megalázó bánásmód és büntetések tilalma az ENSZ és az Európa Tanács legfontosabb dokumentumaiban, valamint az állampolgári jogok országgyűlési biztosának tevékenységében. ACTA HUMANA, 19. évfolyam, 2008. évi 3. szám 51. oldal

http://en.wikipedia.org/wiki/Five_techniques

Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, 2260. o

1993. évi LIX. törvény az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról

ASPECTE PRACTICE PRIVIND INVESTIȚIILE DIRECTE ÎN ROMÂNIA SUB FORMA SUCURSALELOR ȘI FILIALELOR

Emilian-Vasile Duca¹

Abstract

The matter of direct investments is on the first line of the Romanian actuality. Although the legal aspects have a minor role within the investment decision, the practical reasons related to investment structuring under the form of branch or subsidiary can be of particular interest for those who decide to join the Romanian economic environment. When analyze the legal regime of different implementing forms of investment decision, it could be noted the complexity and interaction of legal standards that regulate them. There are, on one hand, the standards of internal and international commercial law (including financial and monetary regulations as well as labor legislation regulations) and, on the other hand, the accounting and fiscal regulations that tested for many times the investors' strength. Taking into consideration the complexity of the legal system, we would ask a relatively simple question: what is the most advantageous form to implement a foreign investment – branch or subsidiary? This comparison requires identifying the issues that could influence the decision of foreign investors. The practice have proved that, beside the pure-economic criteria (market for commercialized goods and services, costs of production factors, infrastructure, property regime) there are legislative criteria as nationality of company's administrators, minimal shareholding of the state/nationals, restrictions for land property, guarantees against expropriation, stability of fiscal regime, taxes or availability of fiscal facilities. In the end, the reorganization costs from subsidiary to branch or conversely could represent an important criterion to choose the optimal implementation structure of the foreign investment. Even the partnerships or interest groups could be analyzed in the context of investment decision, although they are rather options for temporary investments being somehow in contradiction with the longer duration of foreign investments. With this occasion, the risks are attentively measured and each option is analyzed in order do not lose the present or future opportunities.

Cuvinte cheie: investiții străine, filială, sucursală, sediu secundar, sediu permanent, societate-mamă

1. Introducere

Cadrul general privind investițiile străine în România este conturat de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, act normativ care definește garanțiile și facilitățile acordate investitorilor, indiferent de naționalitatea acestora. Pentru simplificarea analizei, vom lua în considerare numai ipoteza (justificată pentru majoritatea investițiilor străine realizate până acum în România) în care investitorul este o societate comercială, persoană juridică străină.

Potrivit actului normative menționat, investitorii străini pot alege între opțiunea de a înființa o *filială* (societate comercială, persoană juridică română) sau cea de a înființa o *sucursală* (dezmembrământ al unei persoane juridice străine). Alegerea liberă a uneia dintre cele două forme posibile de derulare a activității în România este influențată de unele aspecte practice care derivă din coroborarea legislației speciale în domeniul investițiilor străine cu prevederile unor alte acte normative. De exemplu, atunci când analizăm statutul sucursalelor nu putem neglija faptul că există termeni înrudiți, dintre care cei mai importanți sunt *sediul secundar* (din legislația comercială) și *sediul permanent* (din legislația fiscală). În cazul filialelor, nu există termeni similari care să inducă riscul unor confuzii.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lector univ. drd. Mihaela Gabriela Gyongy

1.1. Conceptul de sediu secundar în legislația comercială

Legislația comercială utilizează termenul de *sediu secundar* fără a furniza o definiție a acestuia. Cu toate acestea, există o definiție pentru o categorie specială de sedii secundare – *sucursala*. Sucursala este definită ca un dezmembrământ fără personalitate juridică al unei societăți comerciale (art. 43 din Legea nr. 31/1990). Această subunitate este dotată cu fonduri de către societate și beneficiază de o oarecare autonomie, circumscrisă însă obiectului de activitate al societății care a înființat-o.

Totuși, în Legea Registrului Comerțului nr. 26/1990, există o tipologie a sediilor secundare care se referă la diverse forme pe care le pot îmbrăca acestea precum cele de sucursală, agenție, punct de lucru, reprezentanță etc. Doctrina este consecventă în a aplica regimul sucursalelor și celorlalte categorii de sedii secundare. Totuși, trebuie avut în vedere faptul că există reglementări speciale privind reprezentanțele (chiar dacă acestea se referă exclusiv la persoanele juridice străine - nerezidenți).

Deși nu există definiții ale acestor forme de sedii secundare, din practică se pot desprinde unele diferențe generate de complexitatea și natura activităților desfășurate de acestea. Fără îndoială, sucursala este forma cea mai complexă de sediu secundar, care prezintă cel mai înalt grad de autonomie funcțională și resurse specifice alocate desfășurării obiectului de activitate al societății care a înființat-o. O formă mai puțin complexă, cu autonomie funcțională ceva mai redusă, o constituie *punctul de lucru*, denumire generică care desemnează orice locație bine determinată în spațiu, cu un anumit grad de permanență, care servește realizării obiectului de activitate a societății înființătoare. *Agenția* este, de fapt, o denumire uzuală a punctului de lucru care are ca scop principal realizarea funcției de vânzări (transporturi, asigurări, operațiuni bancare etc.).

1.2. Conceptul de sediu permanent

Conceptul de sediu permanent își are originea în proiectul de convenție elaborat de Liga Națiunilor în anul 1928 și dezvoltat ulterior în cadrul Organizației Națiunilor Unite (ONU) și al Organizației de Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE/OECD). În legislația noastră, sediul permanent a fost recunoscut atât în cuprinsul convențiilor de evitare a dublei impunerii (CEDI), cât și în legislația fiscală (Codul fiscal și legislația privind impozitul pe profit anterioară acestuia).

Definiția sediului permanent se regăsește la art. 8 al Codului fiscal, având la bază definiția din Convenția model ONU, în timp ce normele metodologice de aplicare a Codului fiscal fac trimitere, pentru interpretarea textului la Comentariile privind Convenția model OECD (cutuma internațională).

Deși termenul de sediu permanent are o vechime considerabilă, determinarea existenței unui sediu permanent prezintă în continuare dificultăți practice. Atunci când analizează definiția sediului permanent (atât cea din Codul fiscal, cât și din Convenția model), autori recunoscuți pe plan internațional consideră că există două tipuri de sedii permanente, respectiv cele ce iau naștere:

- a) printr-un loc fix de activitate (fixed place of business);
- b) printr-un agent dependent (sediul permanent mediat).

În această concepție șantierul de construcții (inclusiv instalare și montaj) este menționat ca un caz particular al unui loc fix de activitate. În alte concepții, șantierul de construcții este considerat un al treilea tip de sediu permanent.

Exemple de sedii permanente

Art. 8 din Codul fiscal conține pe lângă definiția conceptului de sediu permanent și câteva exemple de sedii permanente. Astfel, la alin. (2) se prevede că “*un sediu permanent presupune un loc de conducere, sucursală, birou, fabrică, magazin, atelier, precum și o mină, un puț de țigăi sau gaze, o carieră sau alte locuri de extracție a resurselor naturale, precum și locul în care continuă să se desfășoare o activitate cu activele și pasivele unei persoane juridice române care intră într-un proces de reorganizare prevăzut la art. 27¹.*”

Lista de la alin. (2) prezintă un deosebit interes practic deoarece elementele enumerate reprezintă sedii permanente numai dacă îndeplinesc criteriile stabilite de definiția de la alin. (1) a art. 8 Cod fiscal.

Excluderi

Unele activități se pot desfășura prin intermediul unui loc fix, cu un anumit grad de permanență, însă nu sunt considerate sedii permanente. Conform alin. (4) al art. 8 Cod fiscal, intră în această categorie:

a) folosirea unei instalații numai în scopul depozitării sau al expunerii produselor ori bunurilor ce aparțin nerezidentului;

b) menținerea unui stoc de produse sau bunuri ce aparțin unui nerezident numai în scopul de a fi depozitate sau expuse;

c) menținerea unui stoc de produse sau bunuri ce aparțin unui nerezident numai în scopul de a fi procesate de către o altă persoană;

d) vânzarea de produse sau bunuri ce aparțin unui nerezident, care au fost expuse în cadrul unor expoziții sau târguri fără caracter permanent ori ocazionale, dacă produsele ori bunurile sunt vândute nu mai târziu de o lună după încheierea târgului sau a expoziției;

e) păstrarea unui loc fix de activitate numai în scopul achiziționării de produse sau bunuri ori culegerii de informații pentru un nerezident;

f) păstrarea unui loc fix de activitate numai în scopul desfășurării de activități cu caracter pregătitor sau auxiliar de către un nerezident;

g) păstrarea unui loc fix de activitate numai pentru o combinație a activităților prevăzute la lit. a)-f), cu condiția ca întreaga activitate desfășurată în locul fix să fie de natură preparatorie sau auxiliară.

În Convenția model OECD activitățile de la lit. a) și b) cuprind și livrarea de bunuri, fiind incluse și în unele convenții mai recente încheiate de România.

Întreprinderi asociate (ex. filiale)

În principiu, o persoană juridică străină nu are un sediu permanent în România prin simplul fapt că are o filială în România. Cu toate acestea, filialele din România ale acesteia pot fi considerate sedii permanente (ca agenți dependenți) dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege. Această posibilitate s-a concretizat doar în jurisprudența instanței supreme italiene (vezi cazurile Philip Morris – 2002, UGE - 2006).

În ciuda diferențelor majore între conceptul de sediu secundar (noțiune a dreptului comercial) și cel de sediu permanent (noțiune a dreptului financiar), putem reține idea că sucursala este atât sediu secundar, cât și sediu permanent. În același timp, potrivit art. 42 din Legea nr. 31/1990, *filiala* este o persoană juridică distinctă, societate comercială înființată în una dintre formele de societate enumerate la art. 2 din Legea nr. 31/1990 și în condițiile prevăzute pentru acea formă. Filialele vor avea regimul juridic al formei de societate în care s-au constituit și vor avea *naționalitatea* română.

2. Aspecte practice, de natură comercială, privind sucursala și filiala

Specialitatea capacității de folosință, una dintre trăsăturile caracteristice persoanelor juridice, este mai degrabă neglijată în practica autorităților care se ocupă de verificarea legalității activității desfășurate de comercianți. Cu toate acestea, s-au desprins câteva aspecte practice prin care se diferențiază filialele și sucursalele ca forme de manifestare a investițiilor străine.

Dacă statutul de comerciant este dobândit prin finalizarea procesului de înregistrare la Registrul Comerțului (a filialei sau sucursalei), aspecte precum obiectul de activitate, proprietatea asupra terenurilor sau naționalitatea administratorilor/directorilor necesită unele nuanțări.

2.1. Înregistrarea filialelor și sucursalelor la Registrul comerțului

Deși legislația comercială nu are caracterul imperativ și obligatoriu din dreptul administrativ-fiscal, există, totuși, și reglementări a căror nerespectare este aspru sancționată.

În primul rând, trebuie menționată interdicția desfășurării de acte de comerț fără autorizație (art. 1 lit. a) al Legii nr. 12/1990 privind protejerea populației împotriva unor activități comerciale ilicite). Sancțiunea contravențională prevăzută – amenda – este însoțită de o pedeapsă complementară deosebit de gravă – confiscarea bunurilor comercializate sau a contravalorii acestora (veniturile realizate dacă bunurile au fost deja înstrăinate la momentul constatării contravenției). Deși această prevedere a fost frecvent contestată în fața Curții Constituționale, aceasta a respins cu consecvență sesizările, constatând constituționalitatea acestor prevederi.

În practică, interpretarea prevederilor citate suscită numeroase discuții, în special cu privire la sfera de aplicare a interdicției desfășurării de acte de comerț fără autorizație, cum sunt:

a) Sfera de aplicare cuprinde orice act de comerț ori numai cele care se adresează populației (comerțul cu amănuntul)?

b) Sancțiunea confiscării prevăzută de lege se aplică și în cazul unor acte de comerț cu caracter ocazional, care nu sunt incluse în obiectul de activitate?

În acest context, se poate pune în discuție obligația de înregistrare la Registrul Comerțului a persoanelor juridice străine care efectuează acte (sau fapte) de comerț pe teritoriul României, așa cum sunt acestea definite de Codul comercial (vezi și art. 24 din Legea nr. 26/1990). În cazul în care prevederile Legii nr. 12/1990 se aplică tuturor celor care fac acte de comerț în România, consecința ar fi că persoanele juridice străine trebuie să se autorizeze, respectiv să înregistreze la Registrul comerțului una sau mai multe sucursale, înainte de a-și începe activitatea în România. Alternativ, aceste persoane pot înființa filiale care devin persoane juridice române de la data înregistrării la Registrul comerțului.

Chiar dacă în contextul prezentei lucrări, înregistrarea la Registrul comerțului poate fi considerată o temă secundară, sancțiunile prevăzute de Legea nr. 12/1990 - amenda și confiscarea veniturilor realizate din activități comerciale ilicite – arată că îndeplinirea formalităților cerute de legislația comercială nu este facultativă.

2.2. Obiectul de activitate -limitări

Obiectul de activitate al filialelor (societăți comerciale cu participare străină) și sucursalelor este supus aceluiași limitări ca orice altă societate comercială din România. Din această perspectivă, se poate observa că au fost eliminate prevederile privind domeniile în care nu se pot face investiții străine, existente în legislația anterioară (Legea nr. 35/1991).

Cu toate acestea, nu se poate exclude posibilitatea existenței unor prevederi legale care să restrângă opțiunile investitorilor cu privire la forma de organizare sub care își pot desfășura activitatea. Un exemplu în acest sens este Legea nr. 31/1990 prin care se reglementează domeniile care sunt monopol de stat și care permite exercitarea unor activități, pe bază de licență, doar de către cetățeni români și persoane juridice cu capital de stat sau privat, înmatriculate în România. Prin urmare, în aceste domenii, investitorii străini vor fi obligați să înființeze filiale (și nu sucursale).

Dacă în cazul filialelor, ca societăți comerciale înmatriculate în România, regulile privind stabilirea obiectului de activitate sunt general aplicabile, indiferent de naționalitatea acționarilor, în cazul sucursalelor situația este puțin diferită. În principiu, o sucursală ar trebui să aibă același obiect de activitate ca persoana juridică care o înființează.

Problema este că sistemul de codificare al activităților economice, utilizat în România, (CAEN/NACE) nu este chiar universal, existând posibilitatea (teoretică și practică) ca obiectul de

activitate al persoanei juridice străine să fie diferit de cel care este solicitat pentru sucursală. Acest lucru se poate datora fie unor restricții legale (activități rezervate unor profesii cum sunt cele de auditori, contabilietc.), fie datorită unui obiect de activitate mai complex în țara de origine care presupune combinarea mai multor coduri CAEN în România.

2.3. Proprietatea asupra terenurilor

Dreptul de proprietate asupra terenurilor a reprezentat unul dintre elementele controversate pentru investițiile străine în prima parte a anilor 1990. Chiar și în prezent, dreptul de proprietate asupra terenurilor este limitat pentru persoanele juridice străine care doresc să înființeze sedii secundare (*sucursale*) în România, potrivit dispozițiilor legii speciale în materie (Legea nr. 312/2005).

Chiar dacă această restricție va fi ridicată începând cu 1 ianuarie 2012 pentru sucursalele persoanelor juridice având naționalitatea unuia din statele membre ale Uniunii Europene, limitările rămân valabile pentru sucursalele persoanelor juridice din statele care nu fac parte din Uniunea Europeană (cu excepția situației în care există tratate internaționale și clauze de reciprocitate cu privire la dreptul de proprietate asupra terenurilor). Această restricție legală explică de ce investitorii străini au optat în marea majoritate a cazurilor pentru înființarea de filiale. Într-adevăr, filiala poate deține în proprietate terenuri, indiferent de natura lor (agricole, construibile etc.) datorită statutului său de persoană juridică română.

Sucursalele păstrează naționalitatea statului în care este înmatriculată persoana juridică (societatea comercială) care o înființează și, pe cale de consecință, nu au putut dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor.

O întrebare interesantă, deși pur teoretică, este dacă *sucursala* unei persoane juridice străine, care ia naștere în urma unei fuziuni transfrontaliere, ca urmare a dizolvării unei persoane juridice române, va putea rămâne proprietarul terenurilor pe care persoana juridică română le deținea înainte de dizolvare. Se pot pune în discuție cel puțin două interpretări posibile ale acestei operațiuni, respectiv:

- a) persoana juridică străină (rezultată în urma fuziunii) dobândește proprietatea asupra terenului (caz în care se aplică limitările prevăzute de Legea nr. 312/2005) sau
- b) persoana juridică străină ”moștenește” dreptul de proprietate asupra terenului (caz care nu este reglementat de legislația națională decât sub aspectul *moștenirii legale*, specifică persoanelor fizice).

2.4. Cetățenia administratorilor, directorilor și angajaților

Spre deosebire de alte jurisdicții, România nu a impus prin legislația comercială sau cea a muncii condiții speciale privind cetățenia (naționalitatea) administratorilor sau directorilor filialelor societăților comerciale străine. Aceeași libertate este lăsată și în cazul conducătorilor desemnați ai sucursalelor. În ce privește angajarea forței de muncă, atât filialele cât și sucursalele pot angaja personal, de cetățenie română sau străină în aceleași condiții ca orice alți angajatori din România (persoane fizice și juridice române).

Totuși, lipsa unor astfel de restricții nu exclude obligația cetățenilor străini, salariați sau care îndeplinesc funcții de conducere, de a respecta prevederile legale privind regimul străinilor (vize de reședință, permise de ședere etc.) și cele privind accesul pe piața muncii (permise de muncă).

Din punct de vedere practic, este mai importantă numirea unor administratori care își petrec o mare parte din timp în România decât naționalitatea acestora. Prezența acestora în România pe perioade mai mari de timp permite reducerea costurilor de administrare dar și o rezolvare mai rapidă a situațiilor care necesită implicarea administratorilor (semnarea unor acte în relația cu autoritățile, încheierea unor contracte care cad în competența acestora etc.)

2.5. Alte forme de realizare a investițiilor străine (asocieri fără personalitate juridică, grupuri de interes economic)

Atunci când analizăm filialele și sucursalele ca forme de realizare a investițiilor, suntem tentați să ne referim doar la relația acestora cu societățile comerciale (persoane juridice), forme tipice de organizare a afacerilor în dreptul comercial român. Totuși, pe plan internațional, formele de organizare a afacerilor (întreprinderilor) îmbracă și alte forme cum sunt cele ale asocierilor fără personalitate juridică: *partnerships* (societăți de persoane din dreptul anglo-saxon, transparente din punct de vedere fiscal), consorții sau joint-ventures.

Fără a intra în detalii tehnice, putem nota că în cazul asocierilor dintre societăți comerciale străine cu una sau mai multe societăți comerciale române există reglementări financiar-contabile exprese, prin care responsabilitatea este transferată în mod implicit către partenerul român, care devine reprezentantul asocierii față de terți (similar asociatului față de asocierile în participațiune reglementate de Codul comercial).

În cazul unei asocieri formate numai din societăți comerciale străine, singurele reglementări incidente sunt reglementările fiscale. Acestea impun ca una dintre societățile comerciale să reprezinte asocierea în relația cu fiscul. În acest caz, se pune întrebarea legitimă dacă o astfel de asociere trebuie să se înregistreze la autoritățile competente din punct de vedere al legislației comerciale (Registrul Comerțului). Din păcate, legislația comercială nu are un răspuns direct, ci unul de natură interpretativă, obținut prin extinderea prevederilor Legii nr. 12/1990 (mai sus menționate) asupra oricăror activități comerciale neautorizate, indiferent dacă acestea sunt destinate direct sau nu populației. În acest context, reprezentantul asocierii ar trebui să înființeze și să autorizeze o sucursală în România, prin care să se deruleze legal activitatea asocierii respective.

În cazul unor întreprinderi cu durată limitată sau pentru un obiectiv strict determinat, poate fi investigate și opțiunea înființării unui grup de interes economic. Această opțiune este rar exercitată în practică, având dezavantajul major că orice structură cu caracter de noutate este dificil de implementat datorită obstacolelor administrative care pot apare din cauza insuficienței cunoașterii a legii ori reglementărilor confuze existente.

3. Regimul valutar

Deși regimul valutar a fost liberalizat în septembrie 2006, ușurința repatrierii profiturilor sau a transferului transfrontalier a fondurilor financiare reprezintă un element critic pentru investitorii străini. Acest element este cu atât mai important cu cât statul în care se investește are un mediu economic instabil, lipsit de predictibilitate.

3.1. Repatrierea profitului

În ce privește repatrierea profiturilor, legislația noastră nu conține prevederi discriminatorii. Astfel, potrivit art. 10 al OUG nr. 92/1997, *”investitorii nerezidenți în România au dreptul de a transfera în străinătate, fără nici un fel de restricții, după plata impozitelor și a taxelor legale, următoarele venituri, în valută liber convertibilă:*

a) *dividendul sau beneficiul obținut de la o societate comercială, persoană juridică română, în cazul în care sunt acționari sau asociați;*

b) *venitul obținut în cazul unei asociații în participațiune precum și veniturile obținute din vânzarea acțiunilor sau a părților sociale;*

c) *sumele obținute din lichidarea unei societăți comerciale, potrivit Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, cu modificările și completările ulterioare, ori din lichidarea unei societăți comerciale potrivit procedurii falimentului reglementată prin Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, cu modificările ulterioare (n.a. în prezent abrogată și înlocuită de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței);*

d) sumele obținute cu titlu de despăgubiri, ca urmare a unei exproprieri sau aplicării unei alte măsuri cu efect echivalent;

e) alte venituri, conform formei de realizare a investiției.”

Aceste prevederi sunt completate de Regulamentul valutar nr. 4/2005, cu modificările și completările ulterioare, respectiv modificările aduse de Regulamentul BNR nr. 5/2006 prin care operațiunile valutare au fost liberalizate. Liberalizarea înseamnă că plățile pot fi efectuate în valută, fără a fi necesară parcurgerea unei proceduri administrative. Totuși, trebuie precizat că profiturile realizate de filiale sau sucursale, în România, sunt exprimate în moneda națională (leu), iar sumele în lei se plătesc în valută, obținută prin schimb valutar.

În cazul unei filiale, distribuirea profiturilor este condiționată de existența situațiilor financiare anuale și de decizia asociaților/acționarilor privind distribuirea acestuia. Reiese de aici că distribuirea (reparierea) profitului realizat de filiale nu poate avea loc decât anual, după încheierea anului financiar și aprobarea situațiilor financiare.

În cazul sucursalelor, nu putem vorbi de o distribuire a profitului (chiar dacă acesta este evidențiat în situațiile financiare anuale) ci de transferul veniturilor către societatea care a înființat-o sau de la aceasta (o relație de la parte la întreg). Chiar dacă profitul sucursalei este impozitat în România, societatea comercială străină este cea care suportă în final impozitul plătit în România.

1.1. 3.2. Transferul de fonduri – restricții privind împrumuturile

Atunci când analizăm transferurile transfrontaliere de fonduri, trebuie să luăm în considerare diferența dintre *filială* (persoană juridică distinctă) și *sucursală* (dezmembrământ-parte a unei persoane juridice străine).

În timp ce pentru transferurile între persoane juridice trebuie să existe un fundament economic (un contract comercial care poate fi de vânzare-cumpărare sau de împrumut, o decizie de distribuire a dividendelor sau de reducere a capitalului social etc.), în cazul transferurilor între sucursale și societatea-mamă este suficientă decizia managementului societății-mamă pentru a determina realizarea unui transfer de fonduri. Astfel, transferul de fonduri de la sucursală la societatea-mamă și viceversa reprezintă o operațiune normală, fără implicații speciale, dacă facem abstracție de caracterul transfrontalier al acestor operațiuni. Din perspectiva raporturilor față de terți, societatea-mamă garantează îndeplinirea obligațiilor angajate de sucursală.

În schimb, în cazul transferurilor între filială și alte societăți din același grup (societăți afiliate) trebuie luate în considerare unele restricții de ordin legal, așa cum sunt cele prevăzute de OG nr. 28/2009 privind reglementarea unor măsuri financiar-fiscale sau OUG nr. 99/2006. Prin aceste acte normative, activitățile de creditare cu caracter profesional (cu caracter de continuitate) au fost rezervate pentru entitățile autorizate de Banca Națională a României.

4. Aspecte contabile și fiscale

Deși este o noțiune specifică dreptului fiscal, *sediul permanent* a fost preluat și de alte reglementări cum sunt reglementările contabile. Astfel, reglementările contabile nominalizează sediul permanent ca fiind o entitate obligată la ținerea contabilității.

4.1. Reglementări contabile

În cazul filialelor, persoane juridice române, obligația ținerii contabilității este prevăzută explicit. Mai mult, *filiala* este definită ca o entitate în care o altă entitate deține majoritatea drepturilor de vot ale acționarilor sau asociaților.

Reglementările contabile conforme cu Directiva a IV-a Comunităților Economice Europene (OMFP nr. 3055/2010), stabilesc la alin. (4) de la pct. 12 că: ”din punct de vedere contabil, *sediile permanente din România care aparțin unor persoane juridice cu sediul în străinătate reprezintă subunități fără personalitate juridică ce aparțin acestor persoane juridice și au obligația întocmirii*

situațiilor financiare anuale și a raportărilor contabile cerute de Legea contabilității nr. 82/1991, republicată.”

Această reglementare restrânge cadrul stabilit de legislația comercială, luând în considerare numai comerțanții a căror activitate se încadrează în definiția sediului permanent, așa cum este prevăzută în Codul fiscal. Astfel, o activitate comercială desfășurată printr-un sediu care nu îndeplinește condițiile prevăzute pentru ca veniturile acestuia să fie impozabile (adică nu este sediu permanent) nu va fi supus obligației de întocmire a situațiilor financiare anuale. În cazul nostru, sucursalele fiind menționate ca exemple de sedii permanente vor intra sub incidența obligației de întocmire a situațiilor financiare.

Chiar dacă reglementarea păcătuiește prin raportarea la legislația fiscală și nu la condițiile minimale pentru desfășurarea activităților comerciale, nu putem decât să o luăm în considerare ca atare. Este, totuși, relevant că nu va exista nici o diferență între filială și sucursală din punct de vedere al obiectivului reglementărilor contabile: au obligația întocmirii de situații financiare anuale, potrivit legislației din România.

4.2. Impozitarea filialelor și sucursalelor

Dacă pentru filiale regimul fiscal aplicabil este cel comun, în cazul sucursalelor sunt incidente reglementări speciale care se regăsesc atât în legislația națională, cât și în dreptul internațional.

Legislația noastră s-a inspirat din definiția sediului permanent din convenția model ONU, însă pentru interpretarea prevederilor convențiilor de evitare a dublei impunerii face trimitere la Comentariile OECD. Această situație face dificilă interpretarea dispozițiilor legale care se regăsesc în CEDI încheiate de România cu diferite state, dar nu se mai regăsesc în varianta actualizată a Convenției model OECD și în comentariile aferente acesteia.

Această dificultate se datorează faptului că interpretarea prevederilor convențiilor de evitare a dublei impunerii presupune corelarea dispozițiilor legale interne (legislația națională) cu cele ale dreptului internațional, în care, pe lângă prevederile convențiilor internaționale, normele cutumiare joacă un rol extrem de important (în cazul nostru Comentariile OECD sunt un exemplu de norme cutumiare).

În ce privește regimul impunerii filialelor și sucursalelor, există elemente comune:

- profiturile realizate de filiale sau sucursale se supun impozitului pe profit, cu aceeași cotă – 16%;
- regulile de determinare a profitului impozabil sunt similare (ceea ce nu exclude unele particularități);
- limitările și reglementările privind prețurile de transfer se aplică atât tranzacțiilor între filiale și celelalte societăți din grup, cât și tranzacțiilor ”sui-generis” care au loc între sucursală și societatea care a înființat-o.

Practica a arătat că există unele diferențe care pot fi relevante pentru decizia de a opta pentru una dintre cele două forme:

- Profiturile înregistrate de sucursală și transferate societății-mamă nu se supun impozitului pe dividende. Spre comparație, profiturile distribuite de filiale se supun impozitului pe dividende (16% sau o cotă mai redusă, în cazul aplicării convențiilor de eviare a dublei impunerii). De exemplu, în cazul unei societăți comerciale care nu poate beneficia de prevederile unei convenții de evitare a dublei impunerii, opțiunea pentru sucursală poate însemna o economie de 16% din dividendele distribuite.

- Chiar dacă reglementările privind prețurile de transfer se aplică ambelor entități, cel puțin teoretic, sucursala poate deduce o parte mai mare din costurile generale ale societății-mamă. Pentru filiale deducerea unor costuri generale alocate de către societatea-mamă este, de regulă, exclusă.

- Contabilitatea și impozitarea filialelor este mai bine reglementată, ceea ce reduce riscul unor interpretări diferite ale autorităților fiscale. În cazul sucursalelor, reglementările contabile și fiscale

privind tranzacțiile cu societatea-mamă sunt extreme de lacunare, existând un risc semnificativ ca acestea să genereze diferențe de tratament fiscal și, implicit, de impozite și taxe.

Datorită numărului limitat de cazuri în care s-a optat pentru sucursale în detrimentul filialelor, au rămas încă numeroase aspecte fiscale neclarificate. În ciuda unor avantaje fiscale importante, sucursalele sunt în continuare dezavantajate de reglementările insuficient de detaliate pentru a proteja investitorii de posibile interpretări abuzive ale autorităților fiscale.

5. Considerații finale

Sucursalele reprezintă, în prezent, o opțiune serioasă pentru investitorii străini, cu avantaje fiscale și financiare care au fost insuficient utilizate. Sucursalele permit o mai mare flexibilitate în ce privește transferul fondurilor de la și către societatea-mamă, precum și formalități mai simple de închidere.

Filialele au fost preferate sucursalelor datorită posibilității de a dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor. Începând cu 1 ianuarie 2012, acest drept va fi acordat și sucursalelor societăților comerciale din statele membre ale Uniunii Europene.

Cu toate acestea, există și prevederi legale care nu sunt corelate, în special cele care privesc formalitățile de înregistrare la Registrul Comerțului pentru comercianții străini sau asocierile fără personalitate juridică ale acestora.

Referințe bibliografice:

- Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 386 din 30 decembrie 1997, cu modificările ulterioare
- Lege nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 49 din 04 februarie 1998, cu modificările și completările ulterioare
- Legea nr. 12/1990 privind protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 291 din 05 mai 2009
- Legea nr. 31/1996 privind regimul monopolului de stat, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 96 din 13 mai 1996
- Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1008 din 14 noiembrie 2005
- Codul comercial al României
- Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 279 din 21 aprilie 2003.
- Regulamentul BNR nr. 4/2005 privind regimul valutar, republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 616 din 6 septembrie 2007
- Ordonanța Guvernului nr. 28/2006 privind reglementarea unor măsuri financiar-fiscale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 89 din 31 ianuarie 2006
- Ordonanță de urgență nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1027 din 27 decembrie 2006
- Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal al României
- Ordonanța nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală

PRESCRIȚIA ACHIZITIVĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

Andreea-Raluca GABOR¹

Abstract:

This paper deals with the institution of usucaption governed by the New Civil code, showing similarities and differences between it and the acquisitive prescription covered by the Civil code in force, and by Law no. 115/1938. The New Civil code regulates two types of usucaption: property usucaption respectively title usucaption. Regarding property-type usucaption, due to the extension of real estate advertising system through land registration books across the country, following the adoption of Law no. 7/1996, it can be found in two forms: extra-tabulated usucaption and tabulated usucaption, similar to usucaption from the Decree-Law no. 115/1938. The scope of extra-tabulated usucaption is governed by Art. 930 in the New Civil code, operating irrespective whether the residence is or is not registered. According to Art. 930 (1) (a) and (b), when the residence is registered, it involves either the death of the owner as natural person or termination of existence of the legal person or submission of the owner application by which he stipulates the abandonment of his right in the land registration book. Extra-tabulated usucaption involves the exercise of a useful possession for 10 years. Property may be also acquired based on tabulated usucaption when the right was registered in the land registration book without a legitimate cause by the person who exercised a useful possession in good-faith for 5 year.

New Civil code expressly states the possibility of acquiring movable property by usucaption, where the provisions of art. 937 New Civil code are not applicable, based on the exercise of a usefull possession for 10 years. The legal regime of usucaption stipulated by the New Civil code resembles usucaption in the Civil Code in force, the provisions on the application domain, the course of prescription, junction of possessions, as well as its frailties remain largely unchanged.

Cuvinte cheie: *prescripția achizitivă, uzucapiunea, uzucapiunea tabulară, uzucapiunea extratabulară, uzucapiunea mobilă, uzucapiunea în Noul Cod civil*

1. Introducere:

Această lucrare prezintă și analizează prescripția achizitivă reglementată de Noul Cod civil, care instituie o formă de uzucapiune consonantă cu noul regim de publicitate imobiliară căruia i s-a atribuit efect constitutiv de drepturi. Studiul are în vedere și celelalte forme pe care uzucapiunea le-a cunoscut în istoria dreptului civil român, și anume uzucapiunea tabulară și uzucapiunea extratabulară din Decretul-lege nr. 115/1938², precum și uzucapiunea de 30 de ani și uzucapiunea de 10 până la 20 de ani reglementată de Codul civil în vigoare.

Importanța uzucapiunii se justifică prin principiul securității circuitului juridic civil, întrucât prin aceasta se urmărește să se înlăture incertitudinea dintre situația de drept și situația de fapt ale unui bun. Cunoașterea acestei forme de uzucapiune este necesară pentru că, odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod civil, acesta va înlocui Codul civil de 1864, drept urmare și drepturile reale principale vor fi dobândite în temeiul uzucapiunii reglementate de noul cod.

Scopul prezentei lucrări este să ofere o privire de ansamblu asupra noii forme de uzucapiune și să atragă atenția, în subsidiar, asupra asemănarilor și deosebirilor dintre aceasta și celelalte forme de prescripție achizitivă.

¹ Student, Facultatea de drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” București; (raluca.gabor@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prep.univ.dr.d.Bogdan Nazat

² pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare, publicată în M. Of. nr. 95 din 27 aprilie 1930, modificată prin L. nr. 450/1940, L. nr. 241/1947, D. nr. 278/1960, abrogată L. nr. 7/1996

Întrucât uzucapiunea imobiliară din Noul Cod civil se aseamănă cu uzucapiunea reglementată de Decretul-lege nr. 115/1938³, precizările făcute în doctrină își păstrează, *mutatis mutandis*, valabilitatea.

2. Considerații generale privind uzucapiunea în noua reglementare:

Uzucapiunea sau prescripția achizitivă a fost numită de teoreticienii dreptului civil român drept unul din cele mai importante efecte ale posesiei. Uzucapiunea este acel mod de dobândire a drepturilor reale principale prin exercitarea unei posesii asupra unui bun în timpul și condițiile cerute de lege. Noul Cod civil, adoptat la 26 iunie 2009 prin Legea nr. 287/2009⁴, renunță la formele de prescripție achizitivă reglementate de Codul civil în vigoare, respectiv uzucapiunea de 30 de ani și uzucapiunea de 10 până la 20 de ani, acesta reglementând alte două forme, în funcție de felul bunului la care se aplică, și anume, uzucapiunea imobiliară și uzucapiunea mobilă.

În Noul Cod civil legiuitorul a încercat să separe prescripția achizitivă de cea extintivă, reglementând prescripția achizitivă în Cartea a III-a, Titlul VIII, împreună cu posesia și celelalte efecte ale acesteia. Separarea celor două prescripții este doar parțială, datorită numeroaselor asemănări, art. 934 din Noul Cod civil⁵ face trimitere, în materia cursului uzucapiunii, la dispozițiile privitoare la prescripția extintivă.

Întocmai ca și actuala reglementare, noua formă de prescripție achizitivă presupune îndeplinirea celor două condiții generale: posesia și termenul. În continuare vom avea în vedere doar posesia, fiindcă termenul îl vom analiza separat, pentru fiecare caz de uzucapiune în parte.

În materia posesiei, Noul Cod civil nu aduce modificări majore, el doar răspunde teoreticienilor dreptului civil prin reglementarea unor dispoziții asupra cărora aceștia s-au pronunțat. Astfel, Noul Cod civil definește posesia în art. 916 alin. (1) ca fiind „exercitarea în fapt a prerogativelor dreptului de proprietate asupra unui bun de către persoana care îl stăpânește și care se comportă ca un proprietar”. Din acest articol decurg cele două elemente constitutive ale posesiei, *animus* și *corpus*. Pentru ca stăpânirea unui bun să fie considerată posesie cele două elemente trebuie întrunite cumulativ. Posesorul poate exercita elementul *corpus* „fie în mod nemijlocit, prin putere proprie, fie prin intermediul unei alte persoane”⁶, în schimb elementul *animus* trebuie exercitat numai în persoana acestuia. De la această regulă se poate deroga doar în cazul persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu sau în cazul persoanelor juridice care exercită posesia prin reprezentantul lor legal⁷.

Simpla exercitare cumulativă a celor două elemente constitutive nu este suficientă pentru a produce efectele dorite întrucât, conform art. 922 alin. (1) Noul Cod civil, „în afara situațiilor prevăzute de lege, nu produce efecte juridice decât posesia utilă”. Prin posesie utilă se înțelege exercitarea unei posesii neviciate. Viciile posesiei sunt reglementate de Noul Cod civil prin prevederile art. 922 alin. (2)⁸, acestea fiind discontinuitatea, clandestinitatea și violența. Spre deosebire de Codul civil în vigoare, noul cod nu mai reglementează printre vicii întreruperea prescripției achizitive⁹, dând curs opiniilor¹⁰ exprimate în doctrină, conform cărora întreruperea este mai mult decât un viciu, este o cauză de distrugere a efectului util al posesiei.

³ *Idem* nota nr. 2

⁴ Publicat în M. Of. Partea 1, Nr. 511 din 24 iulie 2009

⁵ „diposițiile prezentei secțiuni se completează, în mod corespunzător, cu cele privitoare la prescripția extintivă”

⁶ Art. 917 alin. (1) Noul Cod civil

⁷ Art. 917 alin. (2) Noul Cod civil

⁸ „nu este utilă posesia discontinuă, tulburată sau clandestină”

⁹ Conform art. 1847 „ca să se poată prescrie, se cere o posesiune continuă, *neîntreruptă*, netulburată, publică și sub nume de proprietar, după cum se explică în următoarele articole”

¹⁰ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, „Tratat de drept civil român”, vol II p. 153, „în mod greșit legiuitorul a enumerat întreruperea alături de celelalte vicii ale posesiei. Ea este mai mult decât un viciu, căci este o cauză de distrugere a efectului util al posesiei; o posesie întreruptă este nu numai viciată, ci nimicită pentru trecut”

Posesia exercitată în termenul și condițiile cerute de lege nu duce la dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune, ci dă naștere unui drept potestativ de opțiune al uzucapantului în beneficiul posesorului, acesta având posibilitatea de a alege între invocarea uzucapiunii și renunțarea la aceasta. Acest drept poate fi exercitat fie în formă pozitivă, prin invocarea uzucapiunii, fie în formă negativă prin renunțarea la dreptul câștigat. Dobândirea dreptului prin uzucapiune nu se poate realiza decât în urma exercitării pozitive a dreptului de opțiune întrucât, conform art. 2512 alin. (2) Noul Cod civil „organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu”.

Exercitarea pozitivă a dreptului de opțiune cu privire la uzucapiune produce două efecte: pe de o parte efectul achizitiv de proprietate, iar pe de altă parte, efectul extinctiv de proprietate. Efectul achizitiv constă în dobândirea dreptului real de către posesor, iar efectul extinctiv constă în stingerea aceluiași drept în patrimoniul adeveratului titular.

În cele ce urmează, vom face o analiză detaliată a celor două forme ale uzucapiunii, astfel cum ele sunt reglementate în Noul Cod civil.

3. Uzucapiunea imobiliară:

Noul Cod civil reglementează uzucapiunea imobiliară în două forme, uzucapiunea extratabulară și uzucapiunea tabulară, asemănător vechii reglementări din Decretul-lege nr. 115/1938¹¹. Reîntoarcerea la cele două forme de uzucapiune se datorează extinderii regimului de publicitate imobiliară prin cărțile funciare la nivelul întregii țări, în urma adoptării Legii nr. 7/1996¹² și atribuirii înscrierilor în cartea funciară efect constitutiv de drept. Așadar, uzucapiunea imobiliară este strâns legată de înscrierea în cartea funciară, întrucât „drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară”, conform art. 885 alin. (1) Noul Cod civil.

3.1. Domeniul de aplicare al uzucapiunii imobiliare:

Pentru a contura domeniul de aplicare al uzucapiunii imobiliare trebuie să ne raportăm atât la drepturile reale principale, cât și la bunurile care formează obiectul acestor drepturi¹³. Întrucât numai drepturile reale principale pot fi dobândite prin uzucapiune, rezultă că obiectul prescripției achizitive îl constituie dreptul de proprietate și dezmembrămintele acestuia. Referitor la dezmembrăminte, Noul Cod civil prevede expres posibilitatea dobândirii prin uzucapiune a tuturor servituților pozitive¹⁴. În ceea ce privește bunurile care formează obiectul drepturilor reale principale, acestea trebuie să fie bunuri susceptibile de posesie. Drept urmare, nu pot fi dobândite prin uzucapiune acele drepturi reale care au ca obiect bunuri comune, de gen, corporale, universalități juridice sau universalități de fapt.

De asemenea, în conformitate cu art. 929 Noul Cod civil, „nu pot fi uzucapate bunurile care, înainte sau după intrarea în posesie, au fost declarate prin lege inalienabile”. Dispozițiile acestui articol nu se referă doar la inalienabilitatea dreptului de proprietate publică, ci au în vedere și bunurile din domeniul privat în situația în care ele au fost declarate prin lege inalienabile. Referitor la momentul declarării inalienabilității, acesta poate interveni atât înainte, cât și după intrarea uzucapantului în posesie.

În doctrina de specialitate, au fost formulate opinii conform cărora¹⁵, prin uzucapiune se pot dobândi și drepturile reale principale asupra unor bunuri din domeniul privat al subiectelor de drept

¹¹ Idem nota nr. 2

¹² publicată în M.Of. nr. 61/26 martie 1996, republicată în M.Of. nr. 201/3 martie 2006

¹³ V. Stoica „Drept civil: drepturile reale principale”, p. 348

¹⁴ Art. 763 Noul Cod civil „numai servituțiile pozitive se pot dobândi prin uzucapiune tabulară în condițiile legii”

¹⁵ Rodica Peptan, „Uzucapiunea în Noul Cod civil” în Revista „Dreptul” nr. 8/2010 p. 12

public, respectiv statul sau unitățile administrativ-teritoriale, conform art. 553 alin. (1) Noul Cod civil¹⁶ coroborat cu art. 44 alin. 2 teza I din Constituția României¹⁷. Similar Codului civil în vigoare, Noul Cod civil consideră posesia exercitată de un coproprietar asupra întregului bun detenție precară, dar, spre deosebire de actualul cod, el prevede expres posibilitatea dobândirii bunului de către unul dintre coproprietari prin uzucapiune¹⁸. Coproprietarul are această posibilitate doar în cazul în care s-a produs intervertirea precarității în posesie, în situația anume prevăzută de art. 920 alin. (1) lit b), atunci când acesta săvârșește împotriva celorlalți coproprietari „acte de rezistență neechivoce în privința intenției sale de a începe să se comporte ca un proprietar” exclusiv.

După cum reiese din chiar denumirea dată instituției în discuție (uzucapiunea imobiliară), aceasta se aplică numai în privința bunurilor imobile. Astfel, art. 876 alin. (3) din Noul Cod civil definește termenul de imobil ca fiind „una sau mai multe parcele de teren alăturate, indiferent de categoria de folosință, cu sau fără construcții, aparținând aceluiași proprietar, situate pe teritoriul unei unități administrativ-teritoriale și care sunt identificate printr-un număr cadastral unic”. În cazul uzucapiunii extratabulare bunul imobil asupra căruia se aplică trebuie să fie susceptibil de înscriere în cartea funciară, iar uzucapiunea tabulară nu operează decât în privința bunurilor imobile intabulate.

3.2. Uzucapiunea extratabulară:

Uzucapiunea extratabulară este acea formă de uzucapiune ce constă în exercitarea unei posesii utile timp de 10 ani, fie asupra unui imobil neînscriș în nici o carte funciară, fie asupra unui imobil înscris în cartea funciară, după decesul proprietarului persoană fizică sau încetarea existenței, în cazul persoanei juridice, ori după înscrierea, de către proprietar, a declarației de renunțare la dreptul său.

Uzucapiunea extratabulară este reglementată în art. 930 Noul Cod civil, ea asemănându-se cu uzucapiunea extratabulară din art. 28 din Decretul-lege nr. 115/1938¹⁹.

Conform art. 930 alin. (1) uzucapiunea imobiliară extratabulară operează în 3 situații, și anume: „a) proprietarul înscris în cartea funciară a decedat ori, după caz, și-a încetat existența; b) a fost înscrisă în cartea funciară declarația de renunțare la proprietate; c) imobilul nu era înscris în nici o carte funciară”.

Condițiile uzucapiunii extratabulare:

Prima condiție se desprinde din prevederile art. 930 alin. (1) Noul Cod civil și presupune ca imobilul care formează obiectul prescripției achizitive să fie înscris în cartea funciară, iar proprietarul acestuia să fi decedat, să își fi încetat existența, sau să fi înscris în cartea funciară declarația de renunțare la dreptul său, ori imobilul să fie neînscriș în vreo carte funciară. Invocarea uzucapiunii extratabulare nu se poate realiza decât în una din situațiile enumerate mai sus.

În situația prevăzută de art. 930 alin. (1) lit a) uzucapiunea extratabulară nu poate opera în cazul unui drept de uzufruct, întrucât decesul uzufructuarului sau încetarea existenței persoanei juridice constituie un caz de stingere a acestui dezmembrământ²⁰. O noutate față de uzucapiunea extratabulară reglementată de Decretul-lege nr. 115/1938, o reprezintă posibilitatea de uzucapa împotriva persoanei juridice care și-a încetat existența.

¹⁶ „sunt obiect al proprietății private toate bunurile de uz sau de interes privat aparținând persoanelor fizice, persoanelor juridice de drept privat sau de drept public”

¹⁷ „proprietatea privată este garantată și ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular.”

¹⁸ Art. 675 Noul Cod civil partea finală „partajul poate fi cerut chiar atunci când unul dintre coproprietari a folosit exclusiv bunul, afară de cazul când acesta l-a uzucapat, în condițiile legii”

¹⁹ Idem nota 2

²⁰ art. 746 alin. (1) Noul Cod civil, „uzufructul se stinge pe cale principală prin: lit. a) moartea uzufructuarului ori, după caz, încetarea personalității juridice”, alin. (2) Noul Cod civil „uzufructul se stinge prin decesul ori, după caz, încetarea existenței juridice a uzufructuarului chiar dacă termenul nu s-a împlinit”

În ceea ce privește renunțarea proprietarului la dreptul său, aceasta se realizează, conform art. 889 alin. (1) Noul Cod civil²¹, prin înregistrarea unei declarații autentice notariale la biroul de cadastru și publicitate imobiliară. S-a pus problema aplicabilității în practică a posibilității de a uzucapa un drept la care proprietarul a renunțat avându-se în vedere ipoteza prevăzută de art. 889 alin. (2) Noul Cod civil, care dispune că în cazul imobilelor abandonate „comuna, orasul sau municipiul, după caz, poate cere înscrierea dreptului de proprietate în folosul său (...) dacă o altă persoană nu a solicitat înscrierea în temeiul uzucapiunii”. Astfel, uzucapiunea extratabulară în această ipoteză, este posibilă numai dacă împlinirea termenului de prescripție achizitivă și înregistrarea cererii de înscriere a dreptului, de către uzucapant, sunt anterioare cererii de intabulare a unității administrativ-teritoriale.

A doua condiție se identifică în art. 930 alin. (2) Noul Cod civil și presupune ca asupra imobilului ce formează obiectul uzucapiunii să nu fie înscrise legitim, de o terță persoană, drepturi reale principale, anterioare înregistrării cererii uzucapantului. Această condiție are drept bază prezumția instituită de art. 900 alin. (1) Noul Cod civil, conform căreia dreptul real înscris în cartea funciară de o persoană este prezumat că există în beneficiul ei. În situația în care imobilul a fost înscris în cartea funciară de o terță persoană fără o cauză legitimă, pentru a-și putea dobândi dreptul, uzucapantul va trebui să obțină rectificarea definitivă a înscrierii²², aceasta având efect retroactiv²³. Dreptul neradiat, înscris în cartea funciară fără un temei legitim și care îndeplinește condițiile prevăzute de uzucapiunea tabulară, va putea fi dobândit de cel care a realizat înscrierea în baza acesteia.

Persoanele interesate să își înscrie dreptul în cartea funciară, în cazul imobilului neînscris sunt, în primul rând, persoanele care au dobândit un drept identic cu cel invocat de uzucapant, fără înscriere în cartea funciară, în temeiul art. 887 alin. (1) Noul Cod civil. Drepturile care pot fi dobândite fără înscriere în cartea funciară sunt cele provenite „din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege”²⁴.

În cazul decesului proprietarului persoană fizică sau încetării existenței persoanei juridice, terțele persoane interesate despre care vorbește art. 930 alin. (2) Noul Cod civil sunt în primul rând moștenitorii persoanei decedate, respectiv succesorii în drepturi ai persoanei juridice care și-a încetat existența. În cazul în care se constată, de către notar, existența unei moșteniri vacante²⁵, persoanele interesate vor fi unitățile administrativ-teritoriale întrucât, conform art. 1138 Noul Cod civil, acestea sunt îndreptățite să culeagă moștenirile vacante. Pentru ca uzucapiunea extratabulară să opereze în aceste condiții, uzucapantul trebuie să își înregistreze în cartea funciară cererea de înscriere a dreptului său înainte de intrarea unității administrativ-teritoriale în stăpânirea moștenirii vacante. Unitățile administrativ-teritoriale sunt interesate să își înregistreze cererea și în cazul renunțării proprietarului la dreptul său.

Desigur, unitățile administrativ teritoriale nu sunt singurele interesate să își înscrie dreptul în cartea funciară, acest interes poate să îl prezinte și o altă persoană, precum persoana care a dobândit un drept real principal de la succesorul titularului înscris inițial în cartea funciară sau de la comună, oraș, municipiu²⁶.

²¹ „proprietarul poate renunța la dreptul său printr-o declarație autentică notarială înregistrată la biroul de cadastru și publicitate imobiliară pentru a se înscrie radierea dreptului”

²² Art. 907 alin. (1) Noul Cod civil „când o înscriere făcută în cartea funciară nu corespunde cu situația juridică reală, se poate cere rectificarea acesteia”

²³ Art. 900 alin. (2) Noul Cod civil „dacă un drept real s-a radiat din cartea funciară, se prezumă că acel drept nu există”

²⁴ Prin acest articol legiuitorul evidențiază imposibilitatea dobândirii unui drept real principal prin oricare din cele două forme de uzucapiune imobiliară fără înscriere în cartea funciară

²⁵ Articolele 1135-1139 Noul Cod civil

²⁶ R. Peptan, op. cit. p. 19

Următoarele două condiții se referă la posesie, aceasta trebuie să fie utilă și exercitată timp de 10 ani. Termenul de 10 ani, a fost redus la jumătate față de termenul prevăzut pentru uzucapiunea extratabulară în Decretul-lege nr. 115/1938²⁷. Acesta începe să curgă diferit, după cum imobilul era înscris sau nu era înscris în cartea funciară. În situația în care imobilul a fost intabulat termenul începe să curgă din momentul în care sunt întrunite cumulativ două cerințe²⁸: decesul, respectiv încetarea existenței persoanei juridice, sau înregistrarea cererii de renunțare la drept a proprietarului și intrarea în posesie. Conform art. 932 alin. (1) Noul Cod civil, „termenul uzucapiunii nu începe să curgă înainte de data decesului sau, după caz, a încetării existenței juridice a proprietarului, respectiv înainte de data înscrierii declarației de renunțare la proprietate” indiferent de momentul intrării în posesie. Este posibil ca termenul uzucapiunii să înceapă să curgă chiar de la data decesului, încetării sau renunțării la drept a proprietarului, atunci când intrarea în posesie este anterioară sau concomitentă cu unul dintre cele trei evenimente, ori termenul poate începe să curgă chiar din momentul intrării în posesie, când acest moment este ulterior unuia dintre cele trei evenimente prevăzute de art. 930 alin. (1) lit. a) și b). În ceea ce privește imobilul neînscris în nici o carte funciară, acesta prezintă particularități sub aspectul momentului de început al termenului de uzucapiune, întrucât termenul începe să curgă din momentul intrării în posesie.

În literatura de specialitate există opinii diferite privind condițiile uzucapiunii extratabulare. Un autor²⁹ susține că pentru ca uzucapiunea extratabulară să își producă efectele sunt necesare doar patru condiții³⁰, neconsemnând condiția conform căreia uzucapantul trebuie să își înscrie dreptul dobândit în cartea funciară, iar această cerere să fie admisă³¹. O voi prefera pe aceasta din urmă, astfel pentru dobândirea unui drept real principal prin uzucapiune este necesară îndeplinirea a încă unei condiții, și anume, înregistrarea, de uzucapant, a cererii de înscriere a dreptului său în cartea funciară și admiterea acestei cereri³². Susțin această opinie întrucât uzucapiunea nu poate opera în lipsa manifestării de voință a uzucapantului³³, și cu atât mai mult, în situația în care cererea nu este admisă, nu există temeii pentru invocarea uzucapiunii³⁴, respingerea cererii echivalând cu inexistența înscrierii.

Efectele uzucapiunii extratabulare:

Uzucapiunea extratabulară produce două efecte: efectul achizitiv și efectul extinctiv. Efectul achizitiv constă în dobândirea unui drept real principal de către uzucapant. În acest caz, uzucapantul este persoana care a exercitat o posesie utilă, timp de 10 ani asupra unui imobil, care se află în una din situațiile reglementate de art. 930 alin. (1) Noul Cod civil.

Efectul extinctiv, constând în pierderea aceluiași drept real, se produce în patrimoniul persoanelor care au calitatea de subiect pasiv. Subiectul pasiv diferă după cum imobilul a fost înscris sau nu în cartea funciară. În cazul imobilului înscris în cartea funciară uzucapantul se va putea

²⁷ Idem nota 2

²⁸ V. Stoica, op. cit. p. 373

²⁹ T. Dârjan, Uzucapiunea sau prescripția achizitivă, p. 203-208

³⁰ „după cum imobilul era înscris în cartea funciară 1) decesul proprietarului persoană fizică sau încetarea existenței proprietarului persoană juridică, ori renunțarea proprietarului la dreptul său prin declarație autentică înscrisă în cartea funciară; 2) succesorii proprietarului persoană fizică sau persoană juridică, iar în lipsa acestora, statul ori unitatea administrativ-teritorială sau orice alte terță persoană să nu își fi înregistrat propria cerere de înscriere a dreptului în folosul lor; 3) exercitarea posesiei utile; 4) termenul de 10 ani”

³¹ V. Stoica, op. cit. p. 373-374

³² În același sens, R. Peptan, op. cit. p. 25-26

³³ art. 2512 alin. (2) Noul Cod civil „Organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu”

³⁴ conform art. 885 alin. (1) Noul Cod civil „sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea”; iar art. 887 alin. (1) „drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică”

îndrepta, pentru dobândirea dreptului său, împotriva moștenitorilor proprietarului decedat în cazul persoanelor fizice, sau succesorilor proprietarului persoană juridică care și-a încetat existența. Atunci când obiectul uzucapiunii îl constituie un imobil abandonat³⁵, calitatea de subiect pasiv o are comuna sau orașul, conform art. 889 alin. (2) Noul Cod civil³⁶. În situația imobilului neînscris în cartea funciară vor justifica interes, în primul rând, persoanele care au dobândit un drept identic cu cel invocat de uzucapant, fără înscriere în cartea funciară³⁷.

Aceste efecte se produc în momentul înregistrării, de către uzucapant, a cererii de înscriere a dreptului său.

3.3. Uzucapiunea tabulară:

Uzucapiunea tabulară este acel mod de dobândire a drepturilor tabulare înscrise nelegitim în cartea funciară prin exercitarea unei posesii utile și de bună-credință timp de 5 ani, de la data înscrierii în cartea funciară.

Uzucapiunea tabulară, după cum și numele arată, se aplică în privința drepturilor tabulare definite de art. 877 Noul Cod civil ca fiind „drepturile reale imobiliare înscrise în cartea funciară”.

Uzucapiunea tabulară este reglementată de art. 931 Noul Cod civil, după modelul uzucapiunii tabulare reglementate de art. 27 din Decretul-lege nr. 115/1938³⁸. Astfel, conform art. 931 alin. (1) „drepturile celui care a fost înscris, fără cauză legitimă, în cartea funciară, ca proprietar al unui imobil sau titular al unui alt drept real, nu mai pot fi contestate când cel înscris cu bună-credință a posedat imobilul timp de 5 ani după momentul înregistrării cererii de înscriere, dacă posesia sa a fost neviciată”.

Condițiile uzucapiunii tabulare:

Pentru a duce la dobândirea drepturilor reale principale prin uzucapiune, posesorul tabular trebuie să îndeplinească, pe lângă exercitarea unei posesii utile, încă trei condiții speciale.

Prima condiție constă în înscrierea în cartea funciară, fără cauză legitimă, a unor drepturi reale. Conform art. 888 Noul Cod civil „înscrierea în cartea funciară se efectuează în baza actului autentic notarial, a hotărârii judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor sau în baza unui alt act în cazurile în care legea prevede aceasta”. Atunci când înscrierea din cartea funciară nu corespunde cu situația juridică reală a imobilului se poate cere rectificarea acesteia³⁹. Întrucât înscrierile din cartea funciară sunt guvernate de principiul legalității, dreptul înscris de o persoană este prezumat că „există în folosul ei”, prezumție care operează până la rectificarea înscrierii. Cazurile în care se poate cere rectificarea unei întăburări sunt reglementate de art. 908 alin. (1) Noul Cod civil însă, în situațiile în care nici o persoană interesată nu cere acest lucru în termen de 5 ani, iar cel înscris îndeplinește condițiile cerute de lege, el va putea dobândi dreptul în temeiul acestei forme de uzucapiune.

Nevalabilitatea actului înscris în cartea funciară constă într-un titlu lovit de nulitate absolută⁴⁰ sau relativă, care provine de la adevăratul proprietar. Nulitatea este determinată de orice viciu de consimțământ capabil să vicieze titlul în baza căruia s-a realizat înscrierea. Titlul nelegitim trebuie să provină de la adevăratul proprietar întrucât, conform art. 909 alin. (1) Noul Cod civil, singurul interesat să invoce uzucapiunea tabulară este dobânditorul nemijlocit, deoarece față de acesta „acțiunea în rectificare este imprescriptibilă”. În situația în care titlul provine de la un non-dominus

³⁵ Prin imobil abandonat se înțelege atât imobilul la care proprietarul a renunțat conform art. 889 alin. (1), cât și imobilul care constituie obiectul unei moșteniri vacante, în conformitate cu art. 1135-1139 Noul Cod civil

³⁶ Conform căruia imobilele abandonate trec în proprietate privată a unităților administrativ-teritoriale

³⁷ Art. 887 alin. (1) Noul Cod civil

³⁸ Idem nota 2

³⁹ Art. 907 alin. (1) Noul Cod civil

⁴⁰ V. Stoica, op. cit. p. 375

acesta îl transformă pe dobânditor fie într-un dobânditor de bună-credință, atunci când nu a cunoscut lipsa calității de proprietar a înstrăinătorului, fie într-un dobânditor de rea-credință, dacă a cunoscut acest fapt. Invocarea uzucapiunii în cazul dobânditorului de bună-credință nu prezintă interes întrucât, în acest caz, acțiunea în rectificare nu poate fi cerută decât în termen de 5 ani⁴¹, respectiv 3 ani⁴², în funcție de natura actului translativ de proprietate, cu titlu gratuit sau cu titlu oneros. În cele două situații validarea cauzei se realizează prin împlinirea termenelor de decădere⁴³. În art. 909 alin. (1) este menționată și imprescriptibilitatea acțiunii în rectificare față de terțul de rea-credință, însă acesta este privat de beneficiul uzucapiunii tabulare întrucât, dovada relei-credințe înlătură posibilitatea de a opune uzucapiunea.

Următoarea condiție presupune exercitarea unei posesii utile și cu bună-credință. Articolul 920 alin. (2) Noul Cod civil definește buna-credință, astfel: „în cazul imobilelor înscrise în cartea funciară, dobânditorul este de bună-credință dacă înscrie dreptul în folosul său întemeindu-se pe cuprinsul cărții funciare”. Buna-credință trebuie „să existe în momentul înregistrării cererii de înscriere și în momentul intrării în posesie”⁴⁴. Cel înscris nu devine de rea-credință dacă după intrarea în posesie află de nevalabilitatea titlului său, regula instituită de art. 931 alin. (2) fiind o aplicație a principiului *mala fides superveniens non impedit usucapionem*.

Cea din urmă condiție o constituie împlinirea termenului de 5 ani. La fel ca în cazul uzucapiunii extratabulare, și pentru această specie de uzucapiunea imobiliară termenul de 10 ani prevăzut de Decretul-lege nr. 115/1938⁴⁵ a fost redus la jumătate. Termenul uzucapiunii tabulare începe să curgă diferit, în funcție de momentul intrării în posesie și de momentul înregistrării cererii de înscriere. Dacă uzucapantul tabular se afla în posesia bunului sau a intrat în posesia acestuia la data înregistrării cererii de înscriere, termenul începe să curgă de la momentul înscrierii cererii. Întrucât nu poate exista uzucapiune fără posesie, în situația în care intrarea în posesie este ulterioară înregistrării cererii, termenul va începe să curgă de la momentul intrării în posesie.

Efectele uzucapiunii tabulare:

În primul rând, trebuie menționat că, spre deosebire de celelalte specii de uzucapiune, uzucapiunea tabulară nu operează în detrimentul, ci în favoarea persoanei înscrise în cartea funciară. Astfel, cel care dobândește un drept real principal prin uzucapiunea tabulară poate fi orice persoană, fizică sau juridică înscrise, fără cauză legitimă, în cartea funciară.

În lipsa unei prevederi exprese în cuprinsul legii, în doctrină au fost formulate diferite opinii referitoare la efectele acestei specii de uzucapiune. Unii autori⁴⁶ au susținut că efectul achizitiv și cel extinctiv nu se mai produc, dobândirea dreptului realizându-se prin validarea cauzei nelegitime a înscrierii în urma exercitării unei posesii timp de 5 ani cu bună-credință. A fost dezbătută, din acest punct de vedere, teoria „convalescenței titlului de proprietate”⁴⁷. Alți autori consideră că efectul achizitiv și extinctiv se produc concomitent cu validarea titlului⁴⁸, respectiv cu momentul înregistrării cererii de înscriere a dreptului real uzucapat în cartea funciară.

Uzucapiunea tabulară operează retroactiv, întrucât momentul dobândirii dreptului de proprietate prin uzucapiune este momentul înregistrării cererii de înscriere a dreptului în cartea funciară⁴⁹.

⁴¹ Art. 909 alin. (2) Noul Cod civil

⁴² Art. 909 alin. (3) Noul Cod civil

⁴³ Art. 909 alin. (4) Noul Cod civil

⁴⁴ Art. 931 alin. (2) Noul Cod civil

⁴⁵ Idem nota 2

⁴⁶ V. Stoica, op. cit. p. 375, R. Peptan, op. cit. p. 28

⁴⁷ S. Brădeanu „Problema dobândirii dreptului de proprietate și a altor drepturi reale prin uzucapiune, în lumina dreptului socialist” în Revista „Legalitatea populară” nr. 12/1956, p. 1448-1449

⁴⁸ A. Boar „Uzucapiunea: prescripția, posesia și publicitatea drepturilor”, T. Dârjan, op. cit. p. 197-200

⁴⁹ în acest sens art. 890 alin. (1) Noul Cod civil dispune că „înscrierile în cartea funciară își vor produce efectele de la data înregistrării cererilor”

4. Uzucapiunea mobilă:

Noul Cod civil, răspunzând activității teoreticienilor dreptului civil, reglementează expres posibilitatea dobândirii unui bun mobil prin uzucapiune. Sediul materiei uzucapiunii mobiliare îl constituie art. 939 Noul Cod civil⁵⁰.

Sfera de aplicare a uzucapiunii, în materia bunurilor mobile, este destul de restrânsă întrucât, în general, bunurile mobile se dobândesc prin posesia de bună-credință⁵¹. În privința bunurilor mobile operează prezumția de titlu de proprietate instituită de art. 935 Noul Cod civil, conform căruia „oricine se află la un moment dat în posesia unui bun mobil este prezumat că are un titlu de dobândire a dreptului de proprietate asupra bunului”. Uzucapiunea mobilă justifică totuși interes, în cazul în care bunul se află în posesia hoțului, gășitorului, dobânditorului de rea-credință sau a dobânditorului de bună-credință, care a dobândit dreptul printr-un act cu titlu gratuit⁵².

Uzucapiunea mobilă presupune exercitarea unei posesii utile timp de 10 ani. Din trimiterea făcută de art. 939 Noul Cod civil fraza finală la art. 932 alin. (2), 933 și 934 rezultă că și în acest caz, se aplică dispozițiile referitoare la viciile posesiei, joncțiunea posesiilor și modul de calcul al termenelor.

Uzucapiunea mobilă se aseamănă cu uzucapiunea de 30 de ani din Codul civil în vigoare, singura diferență fiind termenul de 10 ani.

Termenul de 10 ani începe să curgă de la data intrării în posesie.

Asemenea celorlalte specii de uzucapiune, uzucapiunea mobilă produce tot două efecte, efectul achizitiv și cel extinctiv. Aceste efecte se produc din momentul invocării uzucapiunii⁵³.

5. Joncțiunea posesiilor:

Similar Codului civil în vigoare, Noul Cod civil dispune că atunci când posesia unui bun trece prin mai multe mâini, fiecare posesor începe, în persoana sa o nouă posesie⁵⁴, având însă facultatea de a uni posesia sa cu posesia autorului său. În doctrină, joncțiunea posesiilor a fost definită ca și adăugarea la termenul posesiei actuale a posesorului, a termenului de posesie a autorului său⁵⁵.

Posibilitatea de a invoca joncțiunea posesiilor este prevăzută de art. 933 alin. (2) Noul Cod civil, conform căruia „pentru a invoca uzucapiunea, posesorul actual poate să unească propria posesie cu aceea a autorului său”.

Pe cale de consecință, succesorul are posibilitatea de a se prevala de posesia exercitată de autorul său. În doctrină s-a stabilit ca atunci când posesorul se prevalează de posesia autorului său, acesta să fie ținut să continue aceea posesie cu viciile și calitățile sale⁵⁶. Un caz deosebit îl constituie uzucapiunea tabulară întrucât, pentru a invoca joncțiunea posesiilor, este necesar ca atât succesorul cât și autorul să fie de bună-credință. În cazul în care autorul se încadrează condițiilor impuse de uzucapiunea tabulară, iar succesorul este de rea-credință, cel din urmă va uzucapa prin uzucapiunea extratabulară, având însă posibilitatea de a adăuga la durata posesiei sale durata posesiei autorului său.

⁵⁰ „acela care posedă bunul altuia timp de 10 ani, în alte condiții decât cele prevăzute în prezenta secțiune, poate dobândi dreptul de proprietate, în temeiul uzucapiunii. Dispozițiile art. 932 alin. (2), art. 933 și 294 se aplică în mod corespunzător”

⁵¹ art. 937 Noul Cod civil

⁵² 937 alin. (1) Noul Cod civil fraza I „persoana care, cu bună-credință, încheie cu un neproprietar un act translativ de proprietate cu titlu oneros”, astfel dobânditorului de bună-credință cu titlu gratuit nu i se aplică dispozițiile acestui articol

⁵³ Și în cazul uzucapiunii mobiliare se aplică dispozițiile art. 2512 alin. (2) Noul Cod civil „organul de jurisdicție nu poate aplica prescripția din oficiu”

⁵⁴ Art. 933 alin. (1) Noul Cod civil

⁵⁵ C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, op. cit. p. 174-175

⁵⁶ C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, op. cit. p. 176

În cazul uzucapiunii extratabulare și mobiliare, joncțiunea posesiilor poate fi invocată indiferent de felul actului translativ de proprietate prin care dreptul a fost transmis de la autor la succesor, acesta poate fi cu titlu oneros sau gratuit, inter vivos sau mortis causa.

Joncțiunea posesiilor se aplică, cu precădere, în privința dreptului de proprietate. În ceea ce privește dezmembrămintele dreptului de proprietate, joncțiunea posesiilor ar putea fi invocată doar în cazul dreptului de suprafață și al dreptului de servitute, întrucât acestea sunt singurele dezmembrăminte care se pot transmite, desigur împreună cu imobilul aferent.

6. Modul de calcul al termenului uzucapiunii:

În materia cursului prescripției achizitive, conform art. 934 Noul Cod civil, sunt aplicabile dispozițiile de la prescripția extinctivă. De asemenea, rămân aplicabile aprecierile făcute în doctrină în raport cu uzucapiunea din Decretul-lege nr. 115/1938⁵⁷, precum și cu dispozițiile din actualul Codul civil.

6.1. Începutul și împlinirea prescripției achizitive:

Termenul începe să curgă diferit pentru fiecare din formele uzucapiunii în parte. În cazul uzucapiunii extratabulare termenul de 10 ani, în situația în care imobilul a fost intabulat, începe să curgă din momentul în care sunt întrunite cumulativ două cerințe: decesul, respectiv încetarea existenței proprietarului, sau înregistrarea cererii de renunțare la drept a proprietarului, pe de o parte, și intrarea în posesie, pe de alta parte.

În cazul imobilului neintabulat termenul începe să curgă de la momentul intrării în posesie. Termenul uzucapiunii tabulare, trebuie să îndeplinească tot două condiții și anume, înscrierea în cartea funciară și intrarea în posesie. În ceea ce privește uzucapiunea mobilă, termenul începe să curgă de la data intrării în posesie.

Împlinirea termenului uzucapiunii este reglementată în art. 2552 alin. (1) Noul Cod civil, conform căruia prescripția achizitivă se împlinește „în ziua corespunzătoare (..) din ultimul an”. Termenul uzucapiunii se calculează, deci, pe zile și nu pe ore. Prima și ultima zi a termenului nu se iau în calcul⁵⁸, iar „termenul se va împlini la ora 24 a ultimei zile”⁵⁹. Este considerată ultima zi a termenului, ziua care poartă aceeași dată lunară ca ziua intrării în posesie.

Similar prescripției extinctive, cursul uzucapiunii este susceptibil de suspendare și întrerupere.

6.2. Suspendarea prescripției achizitive:

Suspendarea prescripției achizitive este modificarea cursului acesteia prin oprirea, de drept, a curgerii termenului de prescripție pe durata în care acționează cauzele, limitativ prevăzute de lege, care îl pun pe titularul dreptului la acțiune în imposibilitate de a acționa⁶⁰.

Referitor la cauzele de suspendare, Noul Cod civil le-a unificat, reglementând în cadrul aceluiși articol atât cauzele de suspendare prevăzute de Codul civil în vigoare, cât și cele din Decretul nr. 167/1958⁶¹.

Cauzele generale de suspendare a prescripției sunt prevăzute de art. 2532 Noul Cod civil, la care se adaugă art. 932 alin. (2) conform căruia „viciile posesiei suspendă cursul uzucapiunii”. Conform art. 2532 prescripția nu curge (1) „între soți în timpul căsătoriei”, (2) „între părinți, tutore sau curator și cei lipsiți de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă ori între

⁵⁷ Idem nota 2

⁵⁸ art. 2553 alin. (1) Noul Cod civil

⁵⁹ art. 2553 alin. (2) Noul Cod civil

⁶⁰ V. Stoica, op. cit. p. 364

⁶¹ privitor la prescripția extinctivă, publicat în B.Of. nr. 19/21 aprilie 1958, modificat prin D. nr. 218/1960

curatori și cei pe care îi reprezintă, cât timp durează ocrotirea și socotelile nu au fost date și aprobate”, (3) „între orice persoană care, în temeiul legii, al unei hotărâri judecătorești sau al unui act juridic, administrează bunurile altuia și cei ale căror bunuri sunt astfel administrate”, (4) cât timp cel „lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă nu are reprezentant sau ocrotitor legal”, (6) „pe întreaga durată a negocierilor purtate în scopul rezolvării pe cale amiabilă a neînțelegerilor dintre părți, însă numai dacă acestea au fost ținute în ultimele 6 luni înainte de expirarea termenului de prescripție”, (7) în cazul unei proceduri prealabile, „cum sunt reclamația administrativă, încercarea de împăcare sau altele asemenea, cât timp nu a cunoscut și nici nu trebuia să cunoască rezultatul acelei proceduri, însă nu mai mult de 3 luni de la înregistrarea cererii”, (8) în cazul în care cel în folosul căruia curge prescripția sau cel împotriva căruia curge prescripția „face parte din forțele armate ale României, cât timp acestea se află în stare de mobilizare sau de război”, (9) atunci când cel împotriva căruia curge prescripția „este împiedicat de un caz de forță majoră să facă acte de întrerupere”, (10) „în alte cazuri prevăzute de lege”.

În situațiile enumerate de art. 2532 alin. (1), (2), (3), prescripția achizitivă nu curge decât în raporturile dintre soți, dintre ocrotitor și cei ocrotiți, și dintre cel care administrează bunurile altuia și cel administrat, în raporturile cu celelalte persoane aceasta nu este suspendată.

În cazul suspendării, prescripția își reia cursul în momentul încetării cauzei de suspendare, „socotindu-se pentru împlinirea termenului și timpul scurs înainte de suspendare”⁶². Atunci când până la împlinirea termenului de prescripție au rămas mai puțin de 6 luni, prescripția „nu se va împlini mai înainte de expirarea unui termen de 6 luni de la data când suspendarea a încetat”⁶³.

Suspendarea prescripției achizitive nu poate fi invocată decât de cel care a fost împiedicat să facă acte de întrerupere⁶⁴.

6.3. Întreruperea prescripției achizitive:

Pentru ca posesia exercitată în condițiile și termenul prevăzut de lege să ducă la dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune, posesia trebuie fie neîntreruptă. Întreruperea prescripției achizitive constă în modificarea cursului acesteia prin înlăturarea posesiei anterioare unei cauze de întrerupere și începerea unei posesii noi după încetarea acțiunii acestei cauze⁶⁵. Prescripția este întreruptă dacă în cursul posesiei și înainte de împlinirea termenului de uzucapiune, intervine una din împrejurările prevăzute de art. 2537 Noul Cod civil.

Spre deosebire de Codul civil în vigoare, Noul Cod civil a renunțat la reglementarea cauzelor de întrerupere naturală a prescripției. Cu toate acestea însă, în situația în care posesorul rămâne lipsit de posesia bunului mai mult de un an prescripția este întreruptă, întrucât art. 921 lit. g) Noul Cod civil numește această situație un caz de încetare a posesiei. De asemenea, după scurgerea termenului de un an, posesorul nu mai poate reîntra în posesia bunului, dreptul de a exercita acțiunile posesorii fiind prescris⁶⁶. În cazul în care înainte de împlinirea termenului de prescripție a acțiunii posesorii, posesorul o exercită, redobândind posesia bunului, acesta va beneficia de efectul retroactiv al hotărârii⁶⁷, iar intervalul în care acesta a fost deposedat va fi șters. Situația cauzei de inalienabilitate intervenită după intrarea în posesie este prevăzută în art. 929 Noul Cod civil.

Prescripția se întrerupe, conform art. 2537 alin. (1) Noul Cod civil, „prin recunoașterea dreptului a cărui acțiune se prescrie, făcută de cel în folosul căruia curge prescripția”; (2) prin „introducerea unei cereri de chemare în judecată sau arbitrale”; (3) prin „începerea urmăririi penale”

⁶² art. 2534 alin. (1) Noul Cod civil

⁶³ art. 2534 alin. (2) Noul Cod civil

⁶⁴ art. 2535 Noul Cod civil

⁶⁵ V. Stoica, op. cit. p. 366

⁶⁶ art. 951 alin. (1) Noul Cod civil „în caz de tulburare ori de deposedare, pașnică sau violentă, acțiunea se introduce în termenul de prescripție de un an de la data tulburării sau deposedării”

⁶⁷ C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, op. cit. p. 153-154

(4) prin orice „act prin care cel în folosul căruia curge prescripția este pus în întârziere”, (5) „în alte cazuri prevăzute de lege”.

Recunoașterea dreptului a cărui acțiune se prescrie făcută de cel în folosul căruia curge prescripția, se poate face „unilateral sau convențional și poate fi expresă sau tacită”⁶⁸. Cu toate că art. 2541 alin. (3) Noul Cod civil⁶⁹ statuează că noua prescripție care începe să curgă după întrerupere va fi de același fel cu prima, în cazul uzucapiunii tabulare, prin recunoaștere, se poate schimba caracterul prescripției viitoare. Astfel, în situația în care uzucapantul tabular recunoaște că posedă fără drept, acesta va deveni de rea-credință și nu va putea uzucapa decât prin uzucapiunea extratabulară. De asemenea, atunci când uzucapantul recunoaște că posedă pentru altul, indiferent de specia de uzucapiune, posesia va dobândi un caracter precar, iar precaritatea fiind un viciu absolut, face imposibilă uzucapiunea.

În cazul cererii de chemare în judecată, efectul întreruptiv al acesteia este condiționat, astfel prescripția nu este întreruptă dacă „cererea a fost respinsă, anulată ori s-a perimat printr-o hotărâre rămasă definitivă”⁷⁰, ori dacă reclamantul a renunțat la ea. În cazul în care cererea de chemare în judecată este respinsă sau anulată și reclamantul introduce o nouă cerere în termen de 6 luni de la data rămânerii definitive a hotărârii de respingere sau anulare și această cerere este admisă, prescripția se consideră întreruptă „prin cererea de chemare în judecată sau de arbitraj precedentă”⁷¹. Prescripția este considerată întreruptă chiar dacă cererea a fost introdusă la un „organ de jurisdicție ori de urmărire penală necompetent”, iar cererea de chemare în judecată are efect întreruptiv chiar dacă este „nulă pentru lipsă de formă”⁷².

Atunci când cel care se pretinde proprietar îl cheamă în judecată pe posesor printr-o acțiune în revendicare, în cazul în care acțiunea este admisă, posesia nu este doar întreruptă, aceasta este însăși pierdută⁷³, întrucât unul din efecte admiterii acțiunii în revendicare, statuat de art. 566 alin. (1) Noul Cod civil⁷⁴, este obligarea pârâtului la restituirea bunului. Dacă acțiunea reclamantului este respinsă, posesia este considerată că nu a fost niciodată întreruptă.

În toate situațiile în care cererea de chemare în judecată provoacă întreruperea prescripției achizitive, noua prescripție nu începe să curgă decât după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești.

În cazul întreruperii prescripției achizitive prin cererea de chemare în judecată regulile stabilite în doctrină își păstrează valabilitatea. Așadar, cererea de chemare în judecată trebuie să emane de la persoana împotriva căreia curge prescripția sau de la autorul ei, trebuie să fie îndreptată împotriva uzucapantului și, de asemenea, cererea de chemare în judecată trebuie să fie de natură contencioasă, adică să afirme o pretenție ce trebuie rezolvată în contradictoriu prin judecată⁷⁵.

Efectele întreruperii prescripției achizitive sunt prevăzute de art. 2541 Noul Cod civil, ele fiind similare cu efectele întreruperii uzucapiunii din Decretul-lege nr. 115/1938⁷⁶, precum și cu cele ale uzucapiunii din Codul civil în vigoare. Întreruperea prescripției achizitive constă în ștergerea prescripției scurse înainte de intervenirea cauzei de întrerupere. În împrejurarea în care, după încetarea cauzei de întrerupere, posesorul rămâne în posesia bunului „începe să curgă o nouă prescripție”⁷⁷.

⁶⁸ art. 2538 alin. (1) Noul Cod civil

⁶⁹ „dacă întreruperea prescripției a avut loc prin recunoașterea dreptului de către cel în folosul căruia curgea, va începe să curgă o nouă prescripție de același fel”

⁷⁰ art. 2539 alin. (2) Noul Cod civil prima frază

⁷¹ art. 2539 alin. (2) fraza finală Noul Cod civil

⁷² art. 2539 alin. (1) partea finală Noul Cod civil

⁷³ C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, op. cit. p. 154

⁷⁴ „pârâtul va fi obligat la restituirea bunului sau la despăgubiri dacă bunul a pierit din culpa sa ori a fost înstrăinat”

⁷⁵ C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, op. cit. p. 157

⁷⁶ Idem nota 2

⁷⁷ art. 2541 alin. (2) Noul Cod civil

Efectele întreruperii prescripției achizitive sunt relative, în acest sens art. 2542 alin. (1) Noul Cod civil dispune că „efectele întreruperii prescripției profită celui de la care emană actul întrerupt și nu pot fi opuse decât celui împotriva căruia a fost îndreptat un asemenea act”. În cazul în care prescripția este întreruptă deoarece posesorul recunoaște că posedă pentru altul, efectul întreruperii este unul absolut, întrucât precaritatea posesiei poate fi invocată de orice persoană interesată.

7. Concluzii:

Am putut observa că legiuitorul, în reglementarea Noului Cod civil, a îmbinat uzucapiunea din Decretul-lege nr. 115/1938⁷⁸ cu uzucapiunea din actualul Cod civil, reglementând o nouă formă de uzucapiune, modernizată, adaptată la nevoile societății contemporane.

Uzucapiunea reglementată în Noul Cod civil continuă ideea formelor de prescripție achizitivă reglementate până în prezent, astfel aceasta este în continuare un izvor al proprietății⁷⁹, un mod de dobândire a drepturilor reale principale.

Am arătat că noua formă de prescripție achizitivă este structurată în uzucapiunea mobilă și uzucapiunea imobiliară, aceasta din urmă înfățișându-se sub forma uzucapiunii extratabulare și uzucapiunii tabulare. Și această specie de prescripție achizitivă presupune ca posesia utilă exercitată în termenul și condițiile cerute de lege să fie urmată de exercitarea în formă pozitivă, de către uzucapant, a dreptului de opțiune cu privire la uzucapiune.

Noul Cod civil nu a renunțat la reglementarea posibilității de a invoca joncțiunea posesiilor, iar cursul acesteia este în continuare susceptibil de suspendare și întrerupere. Uzucapiunea produce și în această reglementare cele două efecte, efectul achizitiv de drept și efectul extinctiv de drept. Așadar, prescripția achizitivă are o structură complexă, reunind un fapt juridic în sens restrâns și un act juridic unilateral prin care se exercită un drept de opțiune, ca drept potestativ⁸⁰.

Referințe bibliografice:

- C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu „Tratat de drept civil român” vol II, Editura All 1997
- Rodica Peptan „Uzucapiunea în Noul Cod civil” în Revista Dreptul nr. 8/2010, p. 11-39
- Traian Dârjan „În legătură cu efectele uzucapiunii reglementate de Decretul-lege nr. 115/1938 privind unificarea dispozițiilor referitoare la cărțile funciare în raport cu prevederile Noului Cod civil”, în Revista Dreptul nr. 3/2010, p. 71-82
- Traian Dârjan „Uzucapiunea sau prescripția achizitivă”, Monitorul Oficial 2010
- Valeriu Stoica „Drept civil: drepturile reale principale”, Editura C. H. Beck, 2009
- Ana Boar „Uzucapiunea: prescripția, posesia și publicitatea drepturilor”, Editura Lumina Lex, 1999
- Salvador Brădeanu „În legătură cu dobândirea drepturilor reale imobiliare prin uzucapiune în regimul de carte funciară”, în Revista Română de Drept nr. 3/1968 p. 75 și următoarele
- Salvador Brădeanu „Problema dobândirii dreptului de proprietate și a altor drepturi reale prin uzucapiune, în lumina dreptului socialist” în Revista Legalitatea populară nr 12/1956, p. 1448-1449
- Corneliu Bârsan „Drept civil. Drepturile reale principale”, Ediția a III-a, Editura Hamangiu, 2008
- Liviu Pop, Liviu-Marius Harosa „Drept civil, drepturile reale principale”, Editura Universul juridic, 2006
- Eugen Chelaru „Drept civil, drepturile reale principale”, Editura C. H. Beck, 2009

⁷⁸ Idem nota 2

⁷⁹ C. Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, op. cit. p. 151

⁸⁰ V. Stoica, op. cit. p. 347

TRANSFERUL DREPTULUI DE PROPRIETATE ASUPRA BUNULUI ÎN CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE

Laura-Camelia SCUTARU¹

Abstract

The sale-purchase contract is the contract where one party undertakes to provide the other party's ownership or other in rem right over an asset or debt in exchange for a price. The specifics of commercial sale-purchase process is given by the economic function of the contract, which is inter-positioning in exchange for goods. Commercial sale is the legal mean through which the free movement of goods is assured. Thus, the commerciality of a contract is given by the intent of the buyer to resale of goods. The sale-purchase contract is concluded on and the property is transferred from the time of the agreement between the parties and not from the time of drafting the contract in writing. The characteristic performance of this contract is the transfer of ownership from seller to buyer. Opposability erga omnes of the ownership rights transfer is done through real estate advertising for real estate property (i.e. land books) and the possession system, worth the title, for movable property. Generally, in commercial contracts, the parties are those governing the time in which the ownership and risks transfer from seller to buyer, either through inserting explicit and direct contractual clauses or indirectly, by referring to certain commercial usage accepted on one or more markets. In all cases, transfer of property operates ex nunc respectively at the individualisation of goods, or by delivery, or by handing over the documents representing the goods.

Keywords. *sale-purchase contract; ownership; obligations of the parties; the reservation clause of property rights; product flaws.*

I. Introducere

Dreptul de proprietate

Dreptul de proprietate este reglementat în Constituția României și în numeroase acte normative atât interne, cât și internaționale.

Art. 44 alin. (1) din Constituție prevede că *“dreptul de proprietate, precum și creanțele asupra statului sunt garantate. Conținutul și limitele acestor drepturi sunt stabilite de lege.”* Acest text prevede și principiul constituțional conform căruia *proprietatea privată este garantată și ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular.*²

Mai departe, art. 44 conține câteva dispoziții de principiu referitoare la condițiile în care cetățenii străini și apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată. Astfel, aceștia pot dobândi drept de proprietate atât asupra bunurilor mobile, cât și asupra bunurilor imobile. Cu privire la bunurile mobile, cetățenii străini și apatrizii pot dobândi drept de proprietate întocmai ca și cetățenii români. Cu privire la bunurile imobile, este necesară o discuție mai nuanțată. Dacă este vorba de clădiri, nu există nicio restricție, astfel încât este aplicabil regimul național și străinilor. Dacă este vorba despre terenuri, legiuitorul național a acceptat capacitatea de folosință a străinilor de a dobândi terenuri în România în anumite condiții.

Constituția din 1991 prevedea o incapacitate de folosință a cetățenilor străini și apatrizilor de a dobândi drept de proprietate asupra terenurilor în țară³. În schimb, după revizuirea Constituției din

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea din București; scutaru.laura@gmail.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. drd. Octavian-Vlad Peligrad.

² Constituția României revizuită și republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003, astfel cum a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției nr. 429/ 2003, publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003.

³ Potrivit art. 41 alin. (2) teza a II-a din Constituția din 1991, *“cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor”*.

2003, legiuitorul român și-a schimbat punctul de vedere și a acceptat capacitatea de folosință a acestora de a dobândi terenuri în țară, dar numai în condițiile rezultate din aderarea României la Uniunea Europeană și din alte tratate internaționale la care România este parte, pe bază de reciprocitate, în baza legii organice și prin moștenire legală.

Astfel, se face o distincție între transmiterea terenurilor prin moștenire legală și dobândirea terenurilor prin acte juridice. Pentru dobândirea terenurilor prin moștenire legală se aplică regimul național - egalitate de tratament juridic între cetățenii români și străini. Pentru dobândirea terenurilor prin acte juridice, Constituția impune câteva condiții, și anume: dobândirea să fie posibilă, mixtă; să fie pe bază de reciprocitate legislativă, diplomatică ori reciprocă de fapt; să fie reglementată prin lege organică.

Legea organică la care Constituția face trimitere este Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine⁴, care a intrat în vigoare la data aderării României la Uniunea Europeană.

Obiectul legii îl constituie dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor de către persoanele fizice și juridice străine prin acte juridice. Regimul dobândirii este diferit după cum este vorba de o persoană fizică sau juridică dintr-o țară membră a Uniunii Europene sau dintr-o țară terță. Așadar, persoana fizică sau juridică dintr-un stat membru ori apatridul cu domiciliul într-un stat membru ori în România pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor în aceleași condiții cu cele prevăzute de lege pentru persoanele fizice și juridice române. În cazul dobândirii dreptului de proprietate având drept scop constituirea de reședințe pentru persoanele fizice sau de sedii secundare de către persoanele juridice, România a obținut un moratoriu de 5 ani. Mai mult decât atât, pentru dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole, pădurilor și terenurilor forestiere, România are un moratoriu de 7 ani.

În schimb, regimul dobândirii pentru statele terțe este distinct. Persoanele fizice sau juridice aparținând acestor state pot dobândi drept de proprietate asupra terenurilor conform tratatelor internaționale, pe bază de reciprocitate. Însă, prin aceste tratate nu se poate aplica un regim mai favorabil decât cel al statelor membre a Uniunii Europene.

Prin Legea 429/2003 s-a introdus în Constituție art. 44 alin. (4), care prevede că sunt interzise în mod expres naționalizările sau orice alte măsuri de trecere silită în proprietate publică a unor bunuri pe baza apartenenței sociale, etnice, religioase, politice ori de altă natură discriminatorie a titularilor bunurilor. OUG 92/1997 privind stimularea investițiilor directe⁵, în redactarea sa finală, după aprobarea ei prin Legea nr. 241/1998⁶ și modificarea ei prin Legea nr. 312/2005, în art. 4 reglementează faptul că investițiile străine nu pot fi naționalizate, expropriate sau supuse altor măsuri cu efect echivalent decât dacă indisponibilizarea este necesară pentru cauză de utilitate publică, este nediscriminatorie, este în conformitate cu legea și se face cu plata unei despăgubiri prealabile, adecvate și efective. De asemenea, conform art. 6 din această Ordonanță de urgență a Guvernului, o societate comercială, persoană juridică rezidentă sau nerezidentă, poate dobândi orice drepturi reale asupra bunurilor imobile, în măsura derulării activității sale și potrivit obiectului social. Această incapacitate este de strictă interpretare și aplicare, iar orice act juridic prin care se încalcă aceasta este lovit de nulitate absolută.

Art. 136 din Constituție dispune că *proprietatea este publică și privată*. În alin. (2) al acestui articol este prevăzut faptul că proprietatea publică aparține statului sau unităților administrativ-teritoriale. Alineatul ultim dispune că proprietatea privată este, în condițiile legii organice, inviolabilă.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 1008 din 14 noiembrie 2005.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 386 din 30 decembrie 1997.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 483 din 16 decembrie 1998.

Conform celor expuse, concepția constituantului român este aceea că dreptul de proprietate este un drept fundamental al cetățenilor țării, încadrat printre drepturi și libertăți publice fundamentale recunoscute și apărate de constituțiile democratice moderne.

Mergând mai departe, dreptul de proprietate este prevăzut în art. 480 C. civ, care îl definește ca fiind “*dreptul ce are cineva de a se bucura și dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege*”. Se poate observa că dreptul de proprietate este definit prin atributele, prerogativele sale, dar acestea nu sunt arătate în mod explicit.⁷

Atributele dreptului de proprietate sunt: dreptul de a întrebuița lucrul potrivit naturii ori destinației lui (*jus utendi*); dreptul de a-i culege fructele și veniturile pe care le poate da (*jus fruendi*); dreptul de a dispune de lucru, fie prin înstrăinare, fie prin consumare (*jus abutendi*).⁸

Art. 481 C. civ reglementează instituția exproprierii, care nu poate fi decât pentru cauză de utilitate publică și în schimbul unei drepte și prealabile despăgubiri, iar art. 482 C. civ prevede principiul accesii în materia proprietății, potrivit căruia proprietatea unui lucru mobil sau imobil dă dreptul asupra a tot ceea ce produce lucrul și asupra a tot ceea ce se unește ca accesoriu cu lucrul, într-un mod natural sau artificial.

Noul Cod Civil definește proprietatea privată în art. 555 ca fiind “*dreptul titularului de a posedea, folosi și dispune de un bun în mod exclusiv, absolut și perpetuu, în limitele stabilite de lege*”.

Doctrina⁹ este unanimă în definirea dreptului de proprietate prin punerea în evidență a atributelor pe care acest drept le conferă titularului său, și anume posesia, folosința și dispoziția. Dar simpla întrunire a acestor atribute prin care este exteriorizat dreptul de proprietate nu este suficientă pentru definirea lui, ci trebuie precizată poziția specifică a celui căruia dreptul aparține sau a celui care exercită aceste atribute. Proprietarul este singurul care exercită atributele juridice ale dreptului de proprietate în putere proprie și interes propriu. Acesta exercită atributele dreptului său în putere proprie deoarece el se supune numai legii, pe când celelalte persoane, altele decât proprietarul, exercită unele atribute ale dreptului de proprietate în virtutea puterii transmise de însuși proprietar, în conformitate nu numai cu legea, dar și cu voința sa.¹⁰

Proprietarul exercită atributele dreptului său de proprietate în propriul interes, deoarece chiar dacă titularii altor drepturi subiective, reale sau de creanță, prin exercitarea atributelor lor, urmăresc realizarea unor interese proprii, proprietarul este singurul subiect de drept care exercită, direct sau indirect, plenitudinea atributelor proprietății.¹¹

Sintetizând cele expuse, dreptul de proprietate reprezintă *acel drept subiectiv, care dă expresia aproprierii unui bun, drept care permite titularului să posedea, să folosească și să dispună de acel lucru, în putere proprie și în interes propriu, în cadrul și cu respectarea legislației existente*.¹²

Dreptul de proprietate este reglementat la nivel internațional în Declarația universală a drepturilor omului, care prevede în art. 17 că “*orice persoană, privită ca subiect unic sau asociat în colectivități, are dreptul la proprietate. Nimeni nu poate fi privat în mod arbitrar de proprietatea sa*”.

În același sens, art. 1 din Primul Protocol Adițional la Convenția Europeană a Drepturilor Omului stabilește 3 norme de protecție a dreptului de proprietate, și anume: orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale; nimeni nu poate fi privat de proprietatea sa decât

⁷ Ion P. Filipescu, Andrei I. Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. UJ, București, 2006, p.91.

⁸ Idem.

⁹ Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, editia a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.30.; Ion P. Filipescu, Andrei I. Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. UJ, București, 2006, p.91.

¹⁰ Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, editia a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.30.

¹¹ Idem, p.31.

¹² Idem.

pentru cauză de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și principiile generale de drept internațional; statele au dreptul de a pune în vigoare legi care le consideră necesare pentru a reglementa folosința bunurilor conform interesului general sau pentru a asigura plata impozitelor sau a altor contribuții ori amenzi. Statul este cel ce se bucură de o mare apreciere în privința celor 3 norme de drept.¹³

II. Noțiunea, caracterele juridice și condițiile de valabilitate ale contractului de vânzare-cumpărare

II.1. Noțiune

Pornind de la Codul Civil, acesta prevede în art. 1294 faptul că „*Vânzarea – cumpărarea este acel contract prin care o parte se obligă să transmită celeilalte părți, în schimbul unui preț, dreptul de proprietate sau un alt drept real asupra unui bun sau a unei creanțe.*”

Această definiție este valabilă și pentru contractul de vânzare – cumpărare comercială, deoarece Codul Comercial nu îl definește, făcându-se aplicabil art. 1 alin. (2) C. Com.

Conform Noului Cod Civil, art. 1650 prevede că „*Vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească.*”

Vânzarea – cumpărarea comercială se aseamănă cu vânzarea – cumpărarea civilă.

În ambele cazuri este vorba de un contract prin care se transmite proprietatea unui lucru în schimbul unui preț. Dar deosebirea dintre vânzarea – cumpărarea comercială și cea civilă este dată de funcția economică a contractului, respectiv interpunerea în schimbul bunurilor. Astfel, vânzarea comercială este mijlocul juridic prin care este asigurată circulația mărfurilor. Comercialitatea unui contract este dată, astfel cum rezultă din art. 3 pct. 1-2 C. Com, de intenția de revânzare. Cumpărarea comercială este întotdeauna făcută în scop de revânzare sau închiriere, iar vânzarea comercială este precedată de o cumpărare făcută în scop de revânzare.¹⁴

În contractul de vânzare – cumpărare, prestația caracteristică este transferul dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător. Această caracteristică individualizează contractul de vânzare – cumpărare de celelalte contracte numite.

În general, un contract este izvor de drepturi și obligații care sunt opozabile *inter partes*. Ceea ce este opozabil *erga omnes* este dreptul real.

Astfel, în dreptul roman, contractul numai genera drepturi și obligații. Pentru a dobândi opozabilitatea specifică dreptului real, transferul dreptului trebuia publicizat fie prin posesie, fie trebuia să îmbrace o anumită formalitate, respectiv așa – numitele „sacramente”, care însemnau adevărate ritualuri.¹⁵

Codul nostru civil a preluat principiul consensualismului din codul civil francez de la 1804 a lui Napoleon și dispune că, transferul dreptului de proprietate trebuie să fie un efect translativ al contractului, un adevărat generator de drepturi reale. Însă, transferul este „perfect” doar între părțile contractante, ca de altfel și orice efect al contractului, nefiind opozabil terților decât fie prin posesie, fie prin înscrierea în Cartea Funciară a transferului. Mai mult decât atât, art. 1295 C. Civ prevede la alin. (1) principiul consensualismului, iar la alin. (2) impune publicizarea transferului dreptului de proprietate asupra imobilelor, pentru opozabilitatea *erga omnes*. Astfel, până la realizarea publicității, transferul dreptului real de la vânzător la cumpărător este „perfect”, dar acest transfer nu este

¹³ Donna Gomien, *Introducere în Convenția europeană a drepturilor omului*, Ed. All, București, 1993, p.111.

¹⁴ Gheorghe Piperea, „*Drept Comercial*”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București 2009, p.74; Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009.

¹⁵ Gheorghe Piperea, „*Drept Comercial*”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București 2009, p.74; P.R. nr. 2/2010, Ed. Wolters Kluwer, p. 17-18.

opozabil terților, aceștia fiind în drept să-l ignore. În caz de concurs între mai mulți cumpărători, preferința și prioritatea o are cel care a reușit să înscrie primul transferul dreptului de proprietate pe numele său în registrele de Carte Funciară.¹⁶

Datorită multiplelor situații în practică în care dreptul de proprietate este disputat între doi sau mai mulți cumpărători ai aceluiași imobil, în Noul Cod Civil¹⁷ se renunță la transferul dreptului de proprietate pe baza simplului acord de voințe. Astfel, sunt translativ de drepturi reale doar posesia de bună-credință în cazul bunurilor mobile și, intabularea sau înscrierea în Cartea Funciară în cazul bunurilor imobile.

Dar până la adoptarea și intrarea în vigoare a Noului Cod Civil, *de lege lata*, opozabilitatea *erga omnes* a transferului drepturilor reale este realizată prin sistemul publicității imobiliare în cazul bunurilor imobile și prin sistemul posesiei în cazul bunurilor mobile. În situația acestora din urmă, posesia valorează titlu.

II.2. Condiții de valabilitate

Ca orice contract, și contractul de vânzare – cumpărare, pentru a fi valabil încheiat trebuie să îndeplinească condițiile impuse de art 948 C. Civ, respectiv capacitatea părților contractante, consimțământul valabil exprimat, un obiect licit și o cauză licită și reală. În Noul Cod Civil, aceste condiții sunt impuse în cuprinsul art. 1179.

Încheierea unui contract de vânzare – cumpărare comercială implică în mod automat acordul de voință al părților, în sensul transmiterii de la vânzător la cumpărător a dreptului de proprietate a unui bun, în schimbul unui preț.

În ceea ce privește **capacitatea de a contracta**, este de remarcat faptul că incapacitățile speciale de folosință, respectiv de a vinde și de a cumpăra, care sunt prevăzute sub sancțiunea nulității contractului¹⁸, se aplică *mutatis mutandis* și în contractul comercial.

În dreptul comercial, majoritatea contractelor de vânzare – cumpărare sunt încheiate între comercianți. Iar în cazul în care un contract este încheiat numai între necomercianți, se aplică condiția comercialității, respectiv intenția de revânzare, astfel încât capacitatea cerută pentru valabilitatea contractului este aceea necesară pentru dobândirea calității de comerciant. Așadar, nu trebuie să fii comerciant ca să poți fi parte la un contract comercial.

În ceea ce privește **consimțământul valabil exprimat**, specifice contractului de vânzare – cumpărare sunt promisiunea de vânzare și pactul de preferință.

În cazul promisiunii de vânzare, o persoană, prevăzând un atare interes pentru sine de a dobândi proprietatea unui bun, primește promisiunea proprietarului de a vinde acel bun, rezervându-și facultatea de a-și manifesta voința de a-l cumpăra la o dată ulterioară. O promisiune de vânzare acceptată cu această rezervă constituie un contract, și nu o simplă ofertă de a contracta, dar nu constituie o vânzare. Promisiunea de vânzare constituie de fapt un antecontract, care dă naștere la un drept de creanță, una din părți având o obligație de a face față de cealaltă parte, respectiv să vândă în viitor respectivul bun, iar beneficiarul promisiunii putând opta în sensul de a-l cumpăra sau nu.¹⁹ Pe cale jurisprudențială s-a statuat faptul că neîndeplinirea obligațiilor asumate prin antecontract nu îndreptățește cocontractantul decât la despăgubiri, conform art. 1075 C.civ, în afara situației în care obiectul antecontractului este dreptul de proprietate sau alte drepturi reale, atunci putându-se institui sechestrul judiciar, conform dispozițiilor art. 598 C.pr.civ.²⁰

Promisiunea de vânzare poate fi și bilaterală, respectiv de a vinde și de a cumpăra, iar în acest caz, ambele părți se obligă ca în viitor să încheie contractul de vânzare – cumpărare la prețul stabilit.

¹⁶ Gheorghe Piperea, „Drept Comercial”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București 2009, p.75.

¹⁷ Art. 885 Noul C. civ.

¹⁸ Art. 1308 C. civ; Art. 1654 Noul C. civ.

¹⁹ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 32-33.

²⁰ CAB, secția a VI-a comercială, dec. nr. 1430/2006, în *RRDA* nr. 10/2009, Ed. Wolters Kluwer, p.71-73.

Dar promisiunea de vânzare – cumpărare poate să-și producă efectele specifice numai în cazul în care prețul este determinat sau determinabil.²¹

În Noul Cod Civil există reglementări concrete cu privire la ofertă, acceptare și promisiunea de vânzare și cumpărare (art. 1279, 1669).

Conform art.1279 Noul C.civ, promisiunea de a contracta trebuie să conțină toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea. În cazul neexecutării promisiunii, beneficiarul are dreptul la daune-interese. Mai mult decât atât, dacă promitentul refuză să încheie contractul promis, instanța, la cererea părții care și-a îndeplinit obligațiile, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, atunci când natura contractului o permite, iar cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite.

Conform art. 1669 Noul C.civ, promisiunea de vânzare – cumpărare este un contract numit.

În ceea ce privește pactul de preferință, acesta este o variantă a promisiunii de vânzare, prin care proprietarul unui bun se obligă ca, în cazul în care va vinde bunul, să acorde preferință unei anumite persoane, la preț egal.²² Este de reținut că, în acest caz, proprietarul unui bun nu se obligă să-l vândă, ci numai să acorde preferință în cazul în care s-ar hotărî în acest sens. O astfel de promisiune este afectată de o condiție potestativă simplă, iar realizarea ei depinde și de împrejurări externe voinței promitentului.

Atât promisiunea de vânzare, cât și pactul de preferință sunt uzuale în materie de convenții între acționari și în cazul contractelor bursiere forward, futures și options.²³

II.3. Condiții de fond speciale ale vânzării – cumpărării comerciale

În materie comercială, vânzarea – cumpărarea este susceptibilă de câteva excepții de la dreptul comun.

Contractul de vânzare – cumpărare comercială având un caracter sinalagmatic, dă naștere la drepturi și obligații în sarcina ambelor părți contractante, astfel încât vânzătorul este obligat să predea lucrul vândut, iar cumpărătorul este obligat să plătească prețul. Fiecare obligație în parte privește o anumită prestație, așa încât obligația vânzătorului este cu privire la lucrul vândut, iar obligația cumpărătorului este referitoare la preț. Aceste două prestații caracteristice formează obiectul contractului. Pe cale jurisprudențială s-a statuat că rezoluțiunea contractului de vânzare-cumpărare se produce numai ca urmare a neexecutării culpabile a obligațiilor de către una din părțile contractante, la cererea celeilalte părți, care și-a executat sau se declară gata de a-și executa obligațiile corespunzătoare.²⁴

Cu privire la lucrul vândut, acesta trebuie:

- Să fie în comerț;
- Să existe;
- Să fie determinat sau determinabil;
- Să fie proprietatea vânzătorului.

Referitor la faptul că lucrul vândut trebuie să fie în comerț, această condiție este îndeplinită dacă respectivul bun nu este indisponibil, definitiv sau temporar, ori nu este insesizabil. Art. 1310 C. Civ. prevede că pot fi vândute toate lucrurile care sunt în comerț „in commercio”, afară dacă legea oprește acest lucru.

Referitor la faptul că lucrul vândut trebuie să existe, condiția este îndeplinită atunci când sunt vândute atât bunuri existente, cât și bunuri viitoare, dar cu privire la care se știe în mod cert că vor exista. În dreptul civil, spre deosebire de dreptul comercial, această operațiune este lovită de nulitate absolută pentru cauză imorală, fiind considerată o acțiune speculativă.

²¹ TJ Sibiu, dec. Civ. nr. 504/1992, în *Dreptul* nr. 1/1993, p. 71.

²² Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 38.

²³ Gheorghe Piperea, „*Drept Comercial*”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București, 2009, p.76..

²⁴ CAB, secția a V-a comercială, dec. nr. 585/2006, în *RRDA* nr.7/2008, Ed. Wolters Kluwer, p. 93-103.

Referitor la faptul că lucrul vândut trebuie să fie derminat sau determinabil, în cazul bunurilor de gen, acestea sunt supuse individualizării pentru a opera transferul dreptului de proprietate și al riscurilor.

Referitor la faptul că lucrul vândut trebuie să fie proprietatea vânzătorului, în dreptul comun, vânzătorul trebuie să fie titularul dreptului ce se înstrăinează. În caz contrar, el nu poate transmite dreptul care face obiectul contractului, conform principiului *nemo dat quod non habet*. Spre deosebire de dreptul comun, în dreptul comercial, vânzarea bunurilor altuia este permisă, fiind o situație obișnuită. Atunci când vânzătorul nu este proprietarul lucrului vândut, acesta s-a obligat să-l procure până la termen și să-l predea cumpărătorului. În această situație, obligația vânzătorului nu este o obligație de a da, respectiv de a transfera dreptul de proprietate a unui bun, ci o obligație de a face.

Cu privire la preț, acesta trebuie să fie stabilit în bani, să fie determinat sau determinabil și să fie real. Stabilirea prețului sub forma unei sume de bani este de esența vânzării. Dacă înstrăinarea unui bun nu se face pentru bani, ci în schimbul unui alt lucru, suntem în ipoteza unui contract de schimb. Dacă prețul se achită la o dată ulterioară printr-o dare de plată, condiția rămâne îndeplinită, deoarece ne aflăm în faza de executare a contractului și nu în faza de încheiere a acestuia. În contractele comerciale, prețul se poate stabili și în condițiile prevăzute la art. 40 sau art. 61 C. Com, respectiv prin apelare la criteriul prețului curent sau al al adevăratului preț.

Spre deosebire de dreptul civil, în care un preț nesorios sau derizoriu poate duce la nulitatea absolută a contractului, în dreptul comercial, datorită aplicabilității criteriului prețului curent sau al adevăratului preț, chiar dacă s-ar stabili și un preț disproporționat de mare față de valoarea contabilă, acesta este valabil.

III. Efectele contractului de vânzare – cumpărare

III.1. Prezentare generală

Principalul efect al unui contract de vânzare – cumpărare încheiat în condițiile legii este **transferul dreptului de proprietate asupra bunului de la vânzător la cumpărător**. Mai mult, în doctrină se prevede că odată cu transferul dreptului de proprietate se transferă și riscurile pierderii sau degradării bunului respectiv.²⁵ De asemenea, din contractul de vânzare – cumpărare se nasc anumite obligații în sarcina ambelor părți contractante în legătură cu lucrul vândut și prețul vânzării.

Atunci când un contract de vânzare – cumpărare comercială este încheiat în condițiile legii, acesta produce anumite efecte juridice. Efectele produse sunt aceleași ca și în cazul contractului de vânzare - cumpărare civilă.

III.2. Obligațiile părților

Obligațiile părților în contractul de vânzare – cumpărare pot fi clasificate în obligații ale vânzătorului și obligații ale cumpărătorului.

Obligațiile vânzătorului sunt, în primul rând, transferul dreptului de proprietate asupra bunului vândut, predarea lucrului, care poate fi reală sau simbolică și garanția pentru evicțiune și pentru vicii. În vânzarea comercială de mărfuri, predarea documentelor reprezentative ale mărfurilor semnifică însăși predarea mărfurilor. Făcând o paralelă cu vânzarea internațională de mărfuri, care este

²⁵ *Pandectele Române*, nr. 2/2010, articol scris de Vasile Pătulea despre “Transferul proprietății și al riscurilor în cazul contractului de vânzare-cumpărare”, Ed. Wolters Kluwer, p. 17.

reglementată de Convenția de la Viena²⁶, aceasta în art. 30 enumeră obligațiile vânzătorului, care sunt aceleași cu cele prevăzute de legislația națională.²⁷

Obligațiile cumpărătorului sunt plata prețului, preluarea bunului cumpărat și suportarea cheltuielilor vânzării. Conform Convenției de la Viena, cumpărătorul are obligația de plată a prețului și de a prelua marfa predată.²⁸

III.3. Transferul dreptului de proprietate și transferul riscurilor

Transferul dreptului de proprietate operează *solo consensu*, prin simplul acord de voință al părților și independent de predarea lucrului vândut și de plată a prețului. Drept urmare, vânzarea-cumpărarea este un contract translativ de proprietate din momentul încheierii lui.

Având ca model contractul de vânzare – cumpărare din dreptul civil, în contractul de vânzare – cumpărare comercial efectul specific este transferul dreptului de proprietate asupra mărfii vândute de la vânzător la cumpărător. Dar în privința transmiterii dreptului de proprietate asupra lucrului vândut și a riscurilor, în Codul Comercial sunt prevăzute puține dispoziții, așa încât în această privință vânzarea – cumpărarea comercială este guvernată, în principal, de regulile generale stabilite de Codul Civil și de regulile specifice prevăzute conform art. 1 Cod comercial.²⁹

Astfel, art. 971 C.civ prevede faptul că „*în contractele ce au de obiect tranlația proprietății, sau a unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului.*” Art. 1295 (1) C.civ întărește această prevedere și reglementează faptul că „*Vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat.*”

Din momentul în care cumpărătorul dobândește dreptul de proprietate, el suportă și riscul pieririi lucrului, potrivit principiului *res perit domino*, dacă vânzătorul-debitor al obligației de predare dovedește intervenirea unei cauze străine exoneratoare de răspundere (conform art. 1082-1083 C.civ), respectiv natura fortuită, iar nu culpabilă, a pieririi lucrului.³⁰ În cazul în care s-a dovedit cauza străină, vânzătorul va suporta riscurile numai dacă a fost pus în întârziere cu privire la executarea obligației de predare a lucrului vândut (conform art. 1074 alin. 2 C.civ) și nu reușește să dovedească că respectivul lucru ar fi pierit și la cumpărător dacă l-ar fi predat la termen (conform art. 1156 alin 2 C.civ).³¹ Așadar, transmiterea riscului este legat de transmiterea proprietății. Dacă lucrul piere din culpă, atunci este vorba de răspundere.

În această privință, Noul Cod Civil adoptă o soluție diferită.

Potrivit art. 1274 alin. (1) și (2), se schimbă principiul enunțat anterior. În concepția Noului Cod Civil, suportarea riscului este legată de predarea lucrului vândut. În cazul în care în contractul încheiat între vânzător și cumpărător nu este prevăzută o stipulație contrară și atâta timp cât bunul nu este predat, riscul contractului este suportat în continuare de către vânzător, respectiv debitorul obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului. Dacă bunul piere fortuit, vânzătorul pierde dreptul la contraprestație, iar în cazul în care a primit-o, are obligația de a o restitui. În concluzie, riscul este suportat de vânzător până la predare, iar de către cumpărător după momentul predării.

²⁶ Publicată în M. Of nr. 54/1991. Țara noastră a aderat la Convenția de la Viena prin Legea nr. 24/1991 pentru aderarea României la Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri.

²⁷ A se vedea în acest sens art. 30 din Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri.

²⁸ A se vedea în acest sens art. 53 și urm. din Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri.

²⁹ Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009.

³⁰ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 22.

³¹ Idem.

Această soluție a fost preferată deoarece este în concordanță cu realitatea, pentru că măsurile de conservare a unui bun se pot lua doar atunci când bunul se află în stăpânire efectivă. Sursa de inspirație a Noului Cod Civil a fost Codul Civil al provinciei Quebec.³²

Cea mai mare parte a sistemelor judiciare străine, în afară de sistemele de drept de tip Common Law, înlătură, în prezent, principiul transferului imediat al proprietății prin simplul efect al încheierii contractului. Un exemplu în această privință este dreptul german, care face o disociere între efectul obligatoriu al vânzării, ce îl obligă pe vânzător să livreze lucrul vândut și transferul proprietății.³³

Regulile enunțate de actualul Cod Civil (ca de altfel și cele din Noul Cod Civil) sunt norme suplative, acestea operând numai în lipsa unei clauze contractuale contrare și numai în cazul bunurilor individual determinate. În cazul vânzărilor comerciale, aceste reguli sunt aplicabile în mod frecvent în contractele încheiate între persoane depărtate, deoarece în aceste cazuri, contractele se încheie în forma simplificată, nenegociată, regimul lor juridic fiind dat de normele Codului Civil. În general, în contractele comerciale, părțile reglementează momentul în care operează transferul dreptului de proprietate și al riscurilor, fie prin inserarea unor clauze contractuale explicite și directe, fie în mod indirect, prin referire la anumite uzanțe comerciale unificate acceptate pe una sau mai multe piețe.³⁴

Spre deosebire de legislația națională, Convenția de la Viena în art. 30 menționează obligațiile vânzătorului, printre care și transmiterea proprietății, dar care ulterior nu este reglementată. Ceea ce este semnificativ este faptul că această Convenție realizează un compromis remarcabil între cele 2 sisteme principale de drept ale lumii, respectiv sistemul de drept continental și cel anglo-saxon (common law).³⁵ Influența sistemului continental este puternică în partea privind formarea contractului, iar în partea privind executarea contractului este mai puternică influența sistemului anglo-saxon. Aceste sisteme de drept nu s-au înțeles cu privire la transmiterea proprietății. Sistemul romanist prevede faptul că transferul dreptului de proprietate se produce în momentul încheierii contractului, iar sistemul anglo-saxon prevede că proprietatea se transferă în momentul remiterii materiale a bunului.

Strâns legat de obligația vânzătorului de predare a mărfii, și implicit de cea de preluare a mărfii, Convenția analizează problema transferului riscurilor de la vânzător la cumpărător. Sunt prevăzute 2 situații generale și o situație specială. O primă situație generală este aceea în care contractul implică transportul mărfurilor. În acest prim caz, dacă în contract este prevăzut că vânzătorul este obligat să remită mărfurile transportatorului într-un loc determinat, atunci riscurile sunt transferate cumpărătorului în momentul în care vânzătorul le-a remis transportatorului în acel loc. Dacă vânzătorul nu este ținut prin contract să remită mărfurile într-un loc determinat, riscurile sunt transferate cumpărătorului atunci când sunt remise către primul transportator, pentru a fi transmise cumpărătorului. Cea de a doua situație generală este aceea în care transferul riscurilor are loc în alte cazuri decât cele în care vânzarea implică transportul. Astfel, dacă cumpărătorul este ținut să preia mărfurile în alt loc decât sediul vânzătorului, riscurile sunt transferate când predarea este făcută. Iar în toate celelalte situații, riscurile sunt transferate în momentul în care mărfurile sunt predate. Potrivit sistemului anglo-saxon, putem spune că riscul se transferă când marfa este predată.

Situația specială reglementată de prezenta Convenție este aceea în care cumpărătorul nu preia mărfurile din culpa sa, în timpul sau la data stabilită în contract, în acest caz riscurile transferându-se

³² *Prelegere*, Prof. univ. dr. Lucian Mihai.

³³ *Pandectele Române* nr. 2/2010, articol scris de Vasile Pătulea despre “Transferul proprietății și al riscurilor în cazul contractului de vânzare-cumpărare”, Ed. Wolters Kluwer, p. 19.

³⁴ Cum ar fi Regulile INCOTERMS emise de Camera de Comerț Internațional din Paris.

³⁵ *Prelegere*, Prof. univ. dr. Dragoș-Alexandru Sitaru.

în momentul în care mărfurile sunt puse la dispoziția acestuia. Dar pentru ca acest transfer să se producă este necesar ca marfa să fie individualizată ca fiind pentru acel cumpărător.³⁶

În dreptul civil, principiul transmiterii automate a dreptului de proprietate și, bineînțeles a riscurilor, din momentul încheierii contractului operează numai dacă sunt îndeplinite anumite condiții, și anume: vânzătorul trebuie să fie proprietarul lucrului vândut, iar contractul să fie perfect încheiat; trebuie să fie vorba de lucruri individual determinate; lucrurile vândute trebuie să existe; părțile să nu fi amânat transferul proprietății printr-o clauză specială pentru un moment ulterior încheierii contractului.³⁷

În cazul **bunurilor determinate generic**, transferul proprietății nu se poate produce din momentul încheierii contractului, deoarece nu se cunosc bunurile ce urmează să fie dobândite efectiv de către cumpărător. Drept urmare, nu se pune problema transferării riscurilor, deoarece bunurile de gen nu pot pieri, conform adagiului *genera non pereunt*. La termenul stipulat în contract, ori în lipsa acestuia, la cererea cumpărătorului, vânzătorul are obligația de a individualiza lucrul vândut și de a-l preda cumpărătorului. În caz contrar, acesta va răspunde pentru neexecutarea obligației asumate. Astfel, transferul proprietății și al riscurilor se produce din momentul individualizării, aceasta realizându-se prin metode ce asigură identificarea lucrurilor ca fiind ale cumpărătorului.³⁸ Deoarece individualizarea produce transferul proprietății la care s-a obligat vânzătorul, dovada efectuării acesteia cade în sarcina sa și se poate realiza prin orice mijloc de probă.³⁹

Spre deosebire de vânzarea bunurilor generice, **vânzarea după greutate**, număr sau măsură are ca obiect lucruri de gen, dar dintr-un lot limitat (*genus limitatum*), acestea necesitând a fi cântărite, numărate ori măsurate, fie pentru individualizarea cantității vândute dintr-un lot, fie pentru determinarea prețului. Vânzarea este perfectă în ambele cazuri din momentul în care părțile au căzut de acord asupra lucrului și a prețului. Până în momentul cântăririi, numărării sau măsurării proprietatea și riscurile nu se transmit, deoarece lucrul vândut nu este individualizat ori prețul nu este determinat, iar în caz de pierire nu ar fi posibilă determinarea.⁴⁰

O altă varietate de **vânzare** este cea **cu grămadă**, ce are ca obiect o cantitate determinată prin masa ei. În acest caz, prețul este fixat global pentru întreaga cantitate, conform art. 1299 C.civ. și art. 1679 noul C.civ. Proprietatea și riscurile trec asupra cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă aceste lucruri de gen nu sunt cântărite sau măsurate, deoarece lucrul vândut și prețul sunt bine individualizate.⁴¹

Asemănător bunurilor de gen se pune problema în cazul **obligațiilor alternative**. Astfel, dacă vânzarea are ca obiect un bun dintre două sau mai multe bunuri determinate, dar numai alternativ, proprietatea se transmite în momentul alegerii, deoarece prin alegere are loc individualizarea bunului ce urmează a fi dobândit de către cumpărător. Drept urmare, riscul pieririi fortuite îl suportă vânzătorul până în momentul alegerii.⁴²

În ipoteza în care cele două obiecte sunt bunuri de gen, pentru a opera transferul proprietății, pe lângă alegerea obiectului vânzării trebuie să se procedeze și la individualizarea propriu-zisă a bunului ales.

³⁶ Prelegere, Prof. univ. dr. Dragoș-Alexandru Sitaru.

³⁷ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 23-25.

³⁸ În cazul în care nu s-a făcut individualizarea, "prin fapta inculpatului de a vinde unor persoane, din depozit, lemne plătite deja de alți cumpărători este prejudiciat avutul unității și nu al cumpărătorilor ce nu le-au ridicat" - T.Jud.Ilfov, dec.pen nr. 229/1979, în RRD nr. 1/1980, p.67.

³⁹ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 24.

⁴⁰ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 135-136.

⁴¹ Liviu Stănciulescu, *Drept civil. Contracte și succesiuni*, ediția a 4-a, Ed. Hamangiu, 2008, p.86.

⁴² Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 24; M.B. Cantacuzino, *Curs de drept civil*, Craiova, p.543.

În cazul **obligației facultative**, deoarece are ca obiect un singur bun, iar cel de-al doilea fiind prevăzut numai ca o simplă posibilitate de plată, problema transferului dreptului de proprietate și a riscurilor se soluționează după cum unicul obiect este un bun cert sau este un bun de gen.

Referitor la faptul că lucrul vândut trebuie să existe, în cazul bunurilor viitoare, deși acestea pot forma obiectul contractului, transferul proprietății operează numai din momentul în care acestea au fost executate, terminate și în stare de a fi predate cumpărătorului, dacă aceste bunuri sunt certe⁴³ (art. 1658 alin. 1 noul Cod civil), iar dacă lucrul executat este de gen, după individualizarea sa. În cazul vânzării recoltelor viitoare, proprietatea este transferată din momentul în care acestea sunt gata de recoltat, dacă bunurile vândute și prețul lor sunt determinate. Dacă vânzarea recoltelor se face pe unitate de măsură, proprietatea se transmite din momentul individualizării. De asemenea, riscurile se transmit asupra cumpărătorului o dată cu dreptul de proprietate, dacă acesta nu și-a asumat riscul nerealizării bunului viitor în tot sau în parte în momentul încheierii contractului și independent de transferul proprietății.

În cazul vânzării imobilelor ce urmează a fi construite, transmiterea proprietății este supusă dispozițiilor de carte funciară. (art. 1676 noul C.civ)⁴⁴

Cu privire la faptul că părțile trebuie să nu fi amânat transferul proprietății printr-o clauză specială într-un moment ulterior încheierii contractului, este de precizat faptul că astfel de clauze pot fi prevăzute în contract, deoarece regula instituită de art. 1295 C.civ nu este de ordine publică, așadar, putând fi înlăturată chiar dacă lucrul vândut este individual determinat. Această situație apare atunci când părțile au amânat transferul proprietății până la împlinirea unui termen suspensiv ori până la realizarea unei condiții suspensive.

Stipularea în contract a unei condiții rezolutorii nu afectează transferul dreptului de proprietate asupra cumpărătorului din momentul încheierii contractului, dar în cazul în care condiția este realizată, vânzătorul redobândește proprietatea cu efect retroactiv, conform art. 1019 C.civ. Dar dacă lucrul pierde *pendente conditione*, riscul va fi suportat de către cumpărător în calitate de proprietar sub condiție rezolutorie.⁴⁵ În jurisprudența națională s-a statuat că în contractele sinalagmatice condiția rezolutorie se subînțelege întotdeauna când una din părțile contractante nu își îndeplinește angajamentul. Însă contractul nu este desființat de drept, ci partea în privința căreia angajamentul nu s-a executat are posibilitatea fie să oblige cealaltă parte să-și execute obligația atunci când acest lucru este posibil, fie să ceară desființarea contractului cu daune-interese. Cererea trebuie făcută întotdeauna în fața instanței.⁴⁶

Termenul suspensiv afectează transferul proprietății numai dacă părțile au prevăzut în mod expres amânarea acestui efect al contractului. Dacă termenul a fost stipulat pur și simplu, acesta nu afectează transferul proprietății, ci numai executarea obligației de predare a lucrului vândut, conform art. 1022 C. civ. În schimb, condiția suspensivă amână transferul proprietății până la momentul realizării evenimentului. În ambele situații, vânzătorul rămâne proprietar *pendente termine*, respectiv *pendente conditione*, așadar el este cel care continuă să suporte riscul pieririi fortuite a bunului.⁴⁷

O varietate de vânzare “condițională” este **vânzarea pe încercate**, aceasta reprezentând un contract încheiat în momentul realizării acordului de voință, dar în care este prevăzut condiția suspensivă a încercării lucrului de către cumpărător, conform art. 1302 C.civ. Așadar, până la îndeplinirea condiției, respectiv răspunsul pozitiv din partea cumpărătorului, deși contractul este

⁴³ A se vedea art. 1306 din Codul Civil. Pentru detalii a se vedea și Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 24-25.

⁴⁴ A se vedea art. 1295 alin (2) C. civ. Pentru detalii a se vedea *Pandectele Române* nr. 2/2010, articol scris de Vasile Pătulea despre “Transferul proprietății și al riscurilor în cazul contractului de vânzare-cumpărare”, Ed. Wolters Kluwer, p. 22.

⁴⁵ Pentru mai multe detalii a se vedea Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 138-140.

⁴⁶ ICCJ, secția comercială, dec. nr. 1339/2007, în *Buletinul Casației*, nr. 1/2008, Ed. C.H. BECK, p. 25.

⁴⁷ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 25-26.

încheiat din momentul realizării acordului de voință, riscul pieririi fortuite a bunului este în sarcina vânzătorului, pentru că vânzarea sub condiție suspensivă nu este translativă de proprietate. După îndeplinirea condiției, cumpărătorul devine proprietarul bunului retroactiv.

Spre deosebire de vânzarea pe încercate, **vânzarea pe gustate** nu este încheiată decât după ce cumpărătorul a gustat marfa și și-a dat acordul. Acest tip de vânzare nu este o vânzare sub condiție, deoarece condiția care ar afecta vânzarea ar fi pur potestativă, iar vânzarea ar fi nulă în totalitate. Vânzarea pe gustate nu există înainte de a-și da acordul cumpărătorul, iar proprietatea se transmite după individualizarea bunului.

Un caz special de amânare a momentului în care se transferă dreptul de proprietate este întâlnit în situația cumpărării dintr-o unitate comercială cu autoservire. Contractul este încheiat în momentul în care cumpărătorul a ales și a preluat marfa. Datorită faptului că din acest moment lucrurile de gen sunt și individualizate, iar prețul este stabilit, s-ar putea trage concluzia că și proprietatea și riscurile au fost transferate asupra cumpărătorului. Dar dacă el pleacă din magazin cu marfa respectivă fără a plăti prețul, se face vinovat de furt, neputând fi admisă soluția cum că el ar fi un simplu debitor care nu și-a executat obligația de plată a prețului. Așadar, până în momentul în care cumpărătorul plătește prețul mărfii vânzătorului, el este un simplu detentor al bunurilor alese, iar vânzătorul este cel care suportă riscurile în calitate de proprietar.

În legătură cu publicitatea drepturilor reale imobiliare, Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996⁴⁸ prevede că toate actele translativă sau constitutive de drepturi reale imobiliare, pentru a fi opozabile față de terți trebuie să fie înscrise în cartea funciară.⁴⁹ Noul Cod Civil prevede în art. 885 că dobândirea și stingerea drepturilor reale asupra imobilelor se face numai prin înscrierea lor în cartea funciară.

Pentru bunurile mobile nu există un sistem de publicitate, deoarece posesialor constituie cel mai bun mijloc de publicitate. Drept urmare, dacă vânzătorul a vândut de două ori un bun mobil corporal, va avea preferință cel ce a intrat primul cu bună-credință în posesia lucrului, deși a cumpărat mai în urmă.

Spre deosebire de vânzarea civilă, în cazul vânzării comerciale este, în principiu, insuficientă separarea mărfii din masa bunurilor cu aceleași caracteristici generice și afectarea ei executării unui anumit contract. Modalitățile de individualizare sunt diferite după cum livrarea implică circulația efectivă a mărfii, în materialitatea sa, ori după cum mărfurile circulă prin intermediul circulației reprezentative ale mărfii, respectiv warrant, conosament sau recipisă de depozit, ori după cum mărfurile circulă de pe o piață pe alta prin intermediul căraușului sau pe mare.

În cazul în care mărfurile transportate sunt bunuri de gen, efectul translativ al dreptului de proprietate și riscul pieririi bunurilor are loc în momentul în care bunurile sunt predate către cărauș. Predarea mărfurilor către cărauș reprezintă o modalitate de individualizare a bunurilor. Predarea efectivă este realizată de către vânzător căraușului. Din cauza faptului că respectivul cărauș este un posesor precar al mărfii transportate, cumpărătorul este cel care suportă riscul pieririi fortuite a mărfii, el fiind proprietar din momentul predării mărfii de către vânzător căraușului.

Conform art. 63 C.com, în cazul mărfurilor care circulă pe mare, vânzarea acestora este supusă condiției sosirii în bună stare a vasului. Acest articol nu este aplicabil în lipsa individualizării vasului. În cazul acestor mărfuri, vânzătorul este proprietarul mărfurilor și el este cel care suportă riscul pieririi fortuite a acestora atâta timp cât aceasta se află în curs de transport pe mare. Drept urmare, vânzătorul nu are dreptul la prețul mărfii, dar nici nu va putea fi obligat să plătească despăgubiri cumpărătorului.⁵⁰

Prevederile statuate de art. 63 C.com pot fi înlăturate prin inserarea în contract a clauzelor CIF sau FOB prevăzute de Regulile INCOTERMS 2010 în cazul transporturilor maritime și fluviale.

⁴⁸ Republicată în M. Of. nr. 201 din 3 martie 2006.

⁴⁹ A se vedea art. 25 din Legea nr. 7/1996.

⁵⁰ Gheorghe Piperea, „Drept Comercial”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București, 2009, p.80.

Aceste codificări Incoterms în Europa și RAFDT în America⁵¹ reprezintă liste de clauze standardizate care se referă, în principal, la obligația de predare a mărfii și transmiterea proprietății acesteia.

Clauza CIF – *cost, insurance, freight* (cost, asigurare, navlu). În cazul inserării acestei clauze, vânzătorul se obligă să încheie contractul de transport, să încarce marfa pe vas, să o asigure și să plătească navlul. Riscurile trec asupra cumpărătorului în momentul ajungerii mărfii la destinație.

Clauza FOB – *free on board* (liberă la bordul vasului). În cazul inserării acestei clauze în contract, vânzătorul se obligă doar la aducerea mărfii în portul de îmbarcare și la trecerea acesteia peste bordul navei. Transportul se realizează pe riscul și cheltuiala cumpărătorului.

Noul Cod Civil consacră răspunderea cărașului pentru pierderea mărfurilor, pentru deteriorarea acestora și pentru întârzierea la transport.⁵² În cazul pierderii sau avarierii, repararea prejudiciului se face ținând cont de valoarea reală a mărfurilor la locul și momentul predării. Transportatorul trebuie să restituie prețul aferent mărfii pierdute sau avariate. Conform art. 1990 Noul C. Civ, este permisă agravarea răspunderii atunci când transportatorul a acționat cu intenție sau culpă gravă.

În cazul vânzării bunurilor individual determinate, este posibilă amânarea momentului transferului dreptului de proprietate asupra bunului vândut prin inserarea unor clauze cu condiție sau cu termen în contract. Atunci când ne aflăm în prezența unei vânzări sub condiție sau cu termen, transferul dreptului de proprietate este amânat până la împlinirea termenului sau a condiției. O astfel de vânzare este vânzarea cu clauza de rezervă a dreptului de proprietate.

Clauza de rezervă a dreptului de proprietate este un mecanism care permite vânzătorului să se asigure contra riscului de insolvabilitate a cumpărătorului, în contractele în care plata prețului nu se efectuează integral la momentul încheierii contractului.⁵³

Acest mecanism oferă vânzătorului posibilitatea menținerii dreptului de proprietate asupra lucrului vândut, iar cumpărătorul nefiind în acest caz decât un simplu detentor precar. În situația în care cumpărătorul ar deveni subiect al unei proceduri de insolvență, vânzătorul fiind beneficiar al clauzei de rezervă, nu este un simplu creditor al debitorului pentru plata prețului, ci este proprietarul exclusiv al bunului. Astfel, dacă bunul a ajuns în posesia debitorului-cumpărător, vânzătorul va avea dreptul să i se restituie bunul respectiv, fără a veni în concurs cu ceilalți creditori ai cumpărătorului, iar dacă încă nu l-a predat, el îl va putea reține, nefiind obligat la predare.⁵⁴ Acest lucru este valabil în cazul prevăzut de art. 86 din Legea Insolvenței, conform căruia administratorul judiciar nu ia măsura continuării contractului, astfel încât nu cere nici predarea bunului. Dar în situația în care proprietatea s-a transferat la debitor sau, în contră, a rămas la vânzător, iar administratorul judiciar a decis să se continue contractul și să se păstreze bunul, vânzătorul se bucură de un privilegiu asupra lucrului vândut, dacă prețul nu i-a fost integral achitat. Acest privilegiu se menține și în procedura insolvenței deschisă față de cumpărător, dar cu condiția ca acest privilegiu să fie conservat în mod corespunzător.⁵⁵

Creditorii privilegiați sunt întotdeauna preferiți în caz de concurs atât creditorilor chirografari, cât și celor cu garanții reale. Chiar Codul Civil, în art. 1730 pct. 5 prevede privilegiul vânzătorului unui bun mobil drept privilegiu special mobilier. În această situație, privilegiul are caracter de garanție reală, nu doar simplă cauză de preferință. Acest privilegiu există doar dacă bunul vândut se mai află în posesia cumpărătorului.

⁵¹ Uzante comerciale uniforme cu largă aplicabilitate în materia vânzării internaționale de mărfuri, ce reprezintă corespondentul Regulilor INCOTERMS și care primesc o utilizare extinsă pe continentul nord-american.

⁵² A se vedea art. 1984 din Noul Cod Civil.

⁵³ Gheorghe Piperea, „*Drept Comercial*”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București 2009, p.81.; Stanciu D. Cărpănuș, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2008.

⁵⁴ Gheorghe Piperea, „*Drept Comercial*”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București 2009, p.81.

⁵⁵ Idem, pag. 81.

Vânzarea cu clauză de rezervă a dreptului de proprietate se distinge de vânzarea în leasing, dar și de vânzarea în rate.

Diferențierea față de leasing este dată de faptul că, în cazul leasingului, până la expirarea termenului de închiriere, utilizatorul respectivului bun nu este decât un simplu chiriaș, având numai opțiunea pentru vânzare la valoarea reziduală, care se manifestă la sfârșitul perioadei de leasing, iar acest lucru transformă contractul în vânzare propriu-zisă.

Iar *diferențierea față de vânzarea în rate* este aceea că, în cazul acesteia din urmă, cumpărătorul devine, de regulă, proprietar din momentul încheierii contractului.

Pe de altă parte, leasingul, care este o închiriere în vederea vânzării la valoarea reziduală a bunului, nu este confundabil cu vânzarea în rate, în cazul căreia cumpărătorul devine proprietar al bunului cumpărat la momentul încheierii contractului sau la momentul stabilit de părți în contract, vânzătorul fiind doar un creditor al prețului. Pe când în cazul leasingului, locatarul poate deveni proprietar al bunului doar dacă și-a manifestat în mod legitim intenția de cumpărare, plătind tot ceea ce datorează finanțatorului.

După cum se observă, în contractele comerciale, în majoritatea cazurilor în care plata nu se face pe loc, ci la un anumit termen de la momentul la care s-a livrat marfa, proprietatea acesteia nu se transmite la cumpărător decât la momentul la care se plătește ultima rată din preț stabilit. Iar în situația în care, între momentul încheierii contractului și momentul plății ultimei rate din preț cumpărătorul va fi supus procedurii insolvenței, vânzătorul va avea, în principiu, dreptul să revendice bunul. Acest lucru este posibil în cazul bunurilor mobile numai dacă acestea se mai află în deținea cumpărătorului. În cazul în care bunul a fost între timp revândut, vânzătorul nu mai poate revendica bunul deoarece se opune principiului de bună-credință care valorează titlu, reglementat de art.1909 alin. (1) C.civ. Pentru plata prețului, el beneficiază de dreptul de a se înscrie la masa credală în procedura insolvenței deschisă față de cumpărător.⁵⁶

IV. Concluzii

Conform legislației în vigoare în România în prezent, contractul de vânzare-cumpărare este translativ de proprietate din momentul încheierii lui. Astfel, prin efectul realizării acordului de voință și independent de predarea lucrului vândut și de plată a prețului, are loc încheierea contractului și transferul dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător. Din momentul dobândirii dreptului de proprietate, cumpărătorul suportă și riscul pieirii bunului. În cazul în care, prin convenția dintre părți, transferul proprietății a fost amânat la un moment ulterior încheierii contractului, se amână și transmiterea riscurilor asupra cumpărătorului.

Opinia mea este că reglementarea din Noul Cod Civil este mai avantajoasă deoarece transferul riscului este legat de predarea efectivă a lucrului vândut, chiar dacă dreptul de proprietate asupra bunului a fost transferat cumpărătorului.

Referințe bibliografice

1. Tratat, cursuri universitare

Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ediția a II-a, Editura Hamangiu, București, 2007, 362 pagini

Ion P. Filipescu, Andrei I. Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Editura Universul Juridic, București, 2006, 459 pagini

Liviu Pop, Liviu-Marius Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Editura Universul Juridic, București, 2006, 392 pagini

Vasile Pătulea, Corneliu Turianu, *Dreptul de proprietate*, volumul I, Editura Rosetti, București, 2004, 360 pagini

⁵⁶ Gheorghe Piperea, „*Drept Comercial*”, Vol. II, Ed. C.H.Beck, București 2009, p. 82.

- Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ediția a IX-a, Editura Hamangiu, 2008, 480 pagini
- Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, volumul I, Editura Universul Juridic, București, 2006, 159 pagini
- Liviu Stănciulescu, *Drept civil. Contracte și succesiuni*, ediția a 4-a, Editura Hamangiu, 2008, 600 pagini
- Gheorghe Piperea, *Drept comercial*, volumul II, Editura C.H. Beck, București, 2009, 450 pagini
- Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Editura Universul Juridic, București, 2009, 816 pagini
- Dragoș-Alexandru Sitaru, *Dreptul comerțului internațional*, Tratat, partea generală, Editura Universul Juridic, București, 2008, 721 pagini
- Donna Gomien, *Introducere în Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Editura All, București, 1993
- M.B. Cantacuzino, *Curs de drept civil*, Craiova

1. 2. Articole publicate în reviste de specialitate tipărite

- Vasile Pătulea, “Transferul proprietății și al riscurilor în cazul contractului de vânzare-cumpărare”, în *Pandectele Române* nr. 2/2010, Editura Wolters Kluwer

V.3. Jurisprudență

- ICCJ, dec. nr. 1339 din 27 martie 2007, în *Buletinul Casației*, nr. 1/2008, Editura C.H. BECK
- ICCJ, dec. nr. 201/2005, www.iccj.ro
- CAB, dec. nr. 1430 din 10 aprilie 2006, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 10 din decembrie 2009, Editura Wolters Kluwer
- CAB, dec. nr. 585 din 21 noiembrie 2006, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 7 din octombrie 2008, Editura Wolters Kluwer
- *Culegere TMB 1993-1997*, Editura C.H. Beck
- TJ Sibiu, dec. nr. 504/1992, în *Revista Dreptul* nr. 1/1993
- TJ Ilfov, dec. pen. nr. 229/1979, în *R.R.D* nr. 1/1980

4. Legislație

- *Codul Comercial*, Ed. Hamangiu, 2009
- *Codul civil*, Ed. C. H. Beck, București 2007
- *Codul Civil (Legea nr. 287/2009)*, Ed. Ed. C. H. Beck, București 2009
- Constituția României revizuită și republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003, astfel cum a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției nr. 429/ 2003, publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003
- Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine, publicată în M. Of. nr. 1008 din 14 noiembrie 2005
- OUG 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, publicată în M. Of. nr. 386 din 30 decembrie 1997
- Legea nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, publicată în M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005
- Declarația universală a drepturilor omului
- Convenția Europeană a Drepturilor Omului
- Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată în M. Of. nr. 201 din 3 martie 2006
- Convenția de la Viena 1980
- Regulile INCOTERMS 2010

THE SYSTEM OF COLLABORATION AND CODETERMINATION OF WORKS COUNCILS IN THE ASPECT OF GERMAN WORKS CONSTITUTION ACT - BETRVG

Sebestyen PATER*

Abstract

This work wishes to pay great attention to a significant and well defined part of the German collective labour law, namely to the works constitution law.

The main reason for my topic selection from one hand is considered to be my interest towards employment law. On the other hand I got a remarkable influence from the German legal education system that I was experiencing for six months with the help of Erasmus student exchange program of the European Union. I was studying in the oldest city of Germany, Trier that hosts the Institute for Labour Law and Industrial Relations in the European Community (IAAEG—Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft). The institute has a library containing the full literature of the European and global employment and labour law. I took advantage of this unique opportunity and started my research work there. The main goal of my search was to gain insight to the sophisticated and diverse system of German labour law that this country is famous for within the legal experts and that serves as an example to the rest of European countries. The content of the research work is limited to the system of rights of works councils provided by the works constitution law. The Works Constitution Act (Betriebsverfassungsgesetz-BetrVg) that was constituted in 1952 and reformed in 2001 empowers the works councils with such a wide range of rights that make them able to fulfil their main aim, namely the actual protection of workers. The two most important elements of rights that the act grants are the codetermination (Mitbestimmung) and collaboration rights (Mitwirkung). We can also classify the European systems of works council on the ground of these two rights that I also tried to do in this work. On the basis of the Works Constitution Act I presented the meaning, content and the relation of these rights and provide examples to make it understand easier.

Keywords: *German collective labor law, Works Constitution Act, Works Council, codetermination and collaboration rights*

Introduction

„...I found Jackson the meek and lowly man he had been described. He was making some sort of rattan-work, and he toiled on stolidly while I talked with him. But in spite of his meekness and lowliness, I fancied I caught the first note of a nascent bitterness in him when he said:

"They might a-given me a job as watchman, anyway." I got little out of him. He struck me as stupid, and yet the deftness with which he worked with his one hand seemed to belie his stupidity. This suggested an idea to me.

"How did you happen to get your arm caught in the machine?" I asked.

He looked at me in a slow and pondering way, and shook his head. "I don't know. It just happened."

"Carelessness?" I prompted.

"No," he answered, "I ain't for callin' it that. I was workin' overtime, an' I guess I was tired out some. I worked seventeen years in them mills, an' I've took notice that most of the accidents happens just before whistle-blow. I'm willin' to bet that more accidents happens in the hour before whistle-blow than in all the rest of the day. A man ain't so quick after workin' steady for hours. I've seen too many of 'em cut up an' gouged an' chawed not to know."

* Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary; (patersebi@gmail.com). This study has been elaborated under the coordination of Dr. Hilda TÓTH.

The labourers were called to work and dismissed by savage, screaming, nerve-racking steam-whistles.

"Many of them?" I queried.

"Hundreds an' hundreds, an' children, too."

With the exception of the terrible details, Jackson's story of his accident was the same as that I had already heard. When I asked him if he had broken some rule of working the machinery, he shook his head.

"I chucked off the belt with my right hand," he said, "an' made a reach for the flint with my left. I didn't stop to see if the belt was off. I thought my right hand had done it--only it didn't. I reached quick, and the belt wasn't all the way off. And then my arm was chewed off."

"It must have been painful," I said sympathetically.

"The crunchin' of the bones wasn't nice," was his answer..."

The detail from Jack London's novel, *The Iron Heel* illustrates perfectly the circumstances and work conditions that the workers had to face with as the result of the industrial revolution in the XIX. century. One of the most relevant consequences of the industrialisation was the appearance of mass production. I find it important to mention this effect because collective labour law as the patron of industrial workers was directly evoked by it.

Owing to mass production the quantity of manufactured products increased rapidly as well that needed much more workers. The direct link (personal connection) that characterized an employment relationship gradually disappeared. Employer and employee had no more immediate affairs with each other. It also resulted in the disappearance of solidarity and attention. A new way of employment relation set foot, namely the mass employment that was not prepared neither by the employer nor by the state as a general legal regulator. In the lack of control and regulation concerning this new kind of employment relation the rules of private contract law were used to modulate it. As a result of this the principle of freedom of contract absolutely prevailed in the relation between the contracting parties. Due to manpower oversupply the interests of strong and well-capitalized employers dominated that made the employment relation rather unbalanced. All of the above mentioned resulted in the appearance of the following features: 14-20 hours long shifts, pittance, and absolute lack of social protection, unsafe working conditions and child labour.

The breakthrough change was brought by the workers themselves as their level of tolerance reached its end. With the wrecking of machines the labour movement began. Naturally this rudimentary barber solution did not lead to any kind of result but it was far enough to call the employer's attention that they were not the mere players of employment relation from that time on. As a second step the workers recognized the unexploited strength that their number represented and started their conscious self-organization. Over a time the state also recognized its necessity to take actions and gradually provided legal frame for the movements of workers in order to restore the overturned balance between employer and employee. This led to the presence of employment protection and collective labour law. Naturally it needed a long way with the struggle and collaboration of all the three players of employment and labour law, namely the employer, state and workers.

The legal source of German employment law

The German employment law is based on several sources that determine the system of employment law as well the rights and obligations of employees and employers and the nature of their legal relation. In the followings these sources are listed in the sequence of their importance.

Employment agreement

The primary legal source with respect to the employment relationship is the individual employment agreement concluded between the employer and individual employee. In general, the

employer and employee are free to determine the provision of their employment agreement. However, in practice, to a great extent the individual employment agreement merely supplements binding statutory law, collective bargaining agreements and works agreements.

Works Agreements

Works agreements are special contracts concluded between an employer and a works council contracting general regulations pertaining to working conditions. They have immediate and binding effect on the individual employment relationships of all employees in the works.

Collective Bargaining Agreements

Collective bargaining agreements are contracts concluded between a single employer, or an employer's association on the one hand and a trade union on the other. Collective bargaining agreements generally regulate a number of key working conditions, such as working time, remuneration, notice period for termination number of vacation days, overtime bonuses, etc. They also have binding and immediate effect on individual employment relation.

Statutes

There is no unified code of German labour and employment law. On the contrary a great number fragmented statutes exist, some of which go back as far as the XIX. century and have been amended from time to time. These statutes set minimum standards. Neither the employers nor the works, bargaining agreements can deviate from them to the employee's detriment.

Works Practice

Another source of law is what is known as works practice. The principle of works practice also offers employees a basis for asserting claims which are not set forth in the employment agreement. If an employer repeats a certain action on a regular basis (at least three times), the employee can conclude that the employer intends to continue such actions in the future. In practice it primarily creates claims for special benefits.

Constitution (Grundgesetz)

The German constitution, The Basic Law, plays a relatively important role for the employment relationships despite the fact that the individual right it confers do not apply directly between citizens. However on the basis of general constitutional or case law, the objective order of ethical values derived from the Basic Law's catalogue of human rights also affects the relationship between employer and employee.

European Law

European law is playing an increasingly important role in German employment and labor law. The primary European law, the European Treaties, only include a few articles with a direct effect on German national law.

International Law

Germany is a member of the most important international (labour law) organizations, such as the International Labour Organization (ILO) and the Council of Europe, as well as the United Nations. Germany is therefore subject to the relevant international labour law.

The members of German labour law

Employee

An employee is a person who performs dependent work for the benefit of another person on the basis of civil law contract. For example, civil servants and persons performing military service are not employees as they are working on basis of public law relationship.

German law distinguishes between blue-collar workers (Arbeiter) and white-collar workers (Angestellte). Today, however this distinction has practically lost any legal relevance, as German constitutional law requires both groups of employees to be treated equally unless objective grounds exist for the unequal treatment.

Works Council

The works council (Betriebsrat) is the main representative body vis-à-vis the employer. It is elected by all works employees every four years though it is not mandatory but is relatively easy for employees or unions to initiate. An employer may not prevent the formation of a works council. The basic principle is one works council, per works, but companies frequently consist of more than one works, in which case a company can have several works councils. Where a company has more than one works council, it must form a joint works council, whose competence generally covers all companies of the group. Where a corporate group has more than one joint works council, the joint works councils may form a group works council, whose competence generally covers all companies of the group.

Trade Unions

Trade unions are associations of individual employees organized to represent the interests of the employees vis-à-vis the employers and employer's associations, and in particular to conclude collective bargaining agreements. Trade unions must be separate legal entity, formed freely and voluntarily, with the purpose of improving working conditions, including in engaging in labour disputes. They must be independent and organized on a supra company level and may not have members from the opposite sites. German case law requires that trade unions are also powerful enough to force an employer or employer's association to negotiate collective bargaining agreements with them.

Employers' Association

Employers' associations are the counterparts of trade unions for the purpose of negotiating and concluding collective bargaining agreements. Like trade unions, they have a matrix organization and are organized by industrial sectors as well as by region, with boards at both state and national level.

Evolution of works councils

By the end of the Second World War a relatively developed trade union representation system came into existence that aimed to provide help for workers. After a certain time it still proved to be insufficient pertaining to its main function. Trade unions were organized from upper industrial branch level so they were unable to provide direct solutions to questions that derived in the everyday life of workers in the works. Moreover the effectiveness of trade unions was also weakened by the fact that they had to adapt to the general policies of central organizations standing above them. In case a works hosted several trade unions the formation of single standpoint was also rather hefty.

Works councils that built up from downer level were calling for life in order to heal the problem that trade unions were unable to solve alone. Although the main reasons for the appearance of works councils were unified throughout Western-Europe the result was still not a unified system of European works councils. Significant differences evolved among them concerning their rights they are entitled to use and their relationship with trade unions.

Works councils - that are formed in Germany, Austria, Netherland and Sweden - form one of the significant groups. In these countries the structure and scope of works councils entirely separate from the employer and trade unions. Only employee can become a member and they chose the

leadership of councils among themselves. They are in direct relationship with the employer. They possess strong codetermination and collaboration rights that provide them effectiveness in their struggle with the employer.

Comparing to the first type of works councils the councils in Belgium, France, Finland have weaker competence and the own solely collaboration rights. For them the information and consultation rights mean the strongest weapon in their hands. The council in these countries is dual-levelled.

The third type of councils that is specific to Luxemburg and Italy is similar to the second one as it also consists of representatives of the employer but these councils conclude one level only.

The idea of having a works constitution granting the employees' representatives a share in decision making at company level has long tradition in Germany.

In 1891 an amendment to the Industrial Code provided for the voluntary establishment of workers' committees and by 1905 another one made it compulsory in mines with more than one hundred employees. The real breakthrough in achieving a works constitution as it is understood today, occurred in 1920 when the first Works Council Act was passed. This Act required the constitution of a works council in establishments and administrative authorities set up under private or public law with 20 or more employees. Although to a far lesser extent than today, the work councils were granted participation and codetermination rights on a number of social and staff matters.

Until the end of the Nazi period, the works constitution that was based on democratic standpoints was invalidated by the Act on the Order of National Labour.

In 1952 a new Works Constitution Act (*Betriebsverfassungsgesetz-BetrVG*) was amended that was based on the previous one (accepted in 1920) and was applicable throughout the Federal Republic. The Act enlarged the area of application and particularly the participation rights of the works council in social, staff and economic matters. In 1972 the Act was amended by further provisions that granted greater influence to the works council by enlarging and strengthening the codetermination rights. From 1972 onwards, the works constitution law has been amended and further developed several times. The last one occurred in 2001 (*BetrVReformG*).

Codetermination and collaboration rights

The German Works Constitution Act that concludes 132 articles and eight parts that are the followings: General provisions, Works council, Youth and trainee delegation, Collaboration by employees and co-determination, Special regulations for particular types of establishments, Offences punishable by imprisonment or fines, Amendment of other laws, Transitional and final provisions. It is doubtless that the core element of Works Constitutional Act is included in the fourth part, namely the collaboration by employees and co-determination that provides the sufficient power to works councils to fulfil its main duty.

The rights of works councils can be divided into two main parts.

First one contains the collaboration rights (*Mitwirkung*) while the second does the codetermination rights.

Collaboration rights encompass the consultation and informational rights.

Information rights mean that employees are entitled to acquire any kind of information that are relevant pertaining to their task while consultation rights refer to the eligibility of being heard and to share opinion concerning one's duty. Information and consultation rights are far not codetermination rights as the employer may carry out a measure even without the works council's consent.

The most important rights to information relate to the general duties of works councils pursuant to §80 BetrVg. The employer must provide the works council with all the information necessary to carry out its tasks.

Information and consultation rights also cover the right of employees to be informed by the employer with regard to any kind of personnel matter and alteration of works.

Codetermination rights are the strongest form of works council participation form. It refers to the fact that in certain cases (that are specified by the act) employer can put his decision into effect only in case he gets the agreement of works council.

Codetermination rights have different forms concerning the nature of subject parties have to agree about.

Structuring of Jobs

Works council has the right of participation and codetermination when it comes to shaping principles and guidelines for the employment policy of the establishment. These include manpower planning, notification of vacancies, preparation of staff questionnaires and of standard contracts of employment.

Under §90 BetrVg, the employer must inform the works council of and consult with it on its plan to implement changes with respect to remodelling and expansion of production, technical installation, work procedures and routines or work places. Pursuant to §91 BetrVg if a change in the workplace, work routine or working environment would place significant burdens on the employees, the works council may demand compensatory measures for the employees.

Dismissals

In practice, codetermination pursuant to §102 BetrVg plays a major role in dismissals, even though the works council generally only has the right to be informed and consulted and essentially cannot prevent dismissal. If the employer does not grant the works council a proper hearing, the dismissal will be invalid. Indeed, dismissals are frequently invalidated for that reason. If the employer wishes to dismiss an employee without good cause (ordinary termination) the employer must inform the works council of the grounds for its decision pursuant to §102 BetrVg. The works council has one week to raise objection to the dismissal. The employer must then wait until the expiration of this period before it effects the dismissal. If the employer wishes to dismiss an employee without prior notice with good cause, for example, due to criminal offence it must inform the works council of the grounds involved in advance. The works council then has three days in which to state its position on the dismissal.

If an employer intends to dismiss more than twenty employees at once (mass lay off) under §17 KSchG, it must inform the works council of the grounds for the planned dismissals, the number and occupational classifications of the employees to be dismissed, the number of people employed in the works, the timeframe in which it plans to carry out the dismissals.

Economic Matters

The works council has codetermination rights if the employer wishes to restructure or shut down the works. The field of social matters covers financial and economic situation of the establishment, the selling and production position, rationalization plans, introduction of new working methods, alteration of works, complete or partial closure of establishment relocation of works. As we can see the area of social matters is really large.

As social matters are concerned a special kind of committee has to be mentioned, namely the social committee.

An economic committee must be established in all companies that normally have more than one hundred permanent employees. The members of the economic committee (at least 3 and no more

than 7) are appointed by the works council or by central works council and it must be held once a month. The economic committee is a body which has advisory and information competence on the company's economic matters. The employer must inform the economic committee in full and good time of the economic affairs of the company and supply the relevant documentation

Conclusions

One of the most the significant speciality of German labour law is the lack of comprehensive code (like the Code du travail in France). After the second part of the XX. century German labour legislation developed a great variety of specific acts covering individual and collective labour law. Several field of the labour law has been regulated by these individual acts (Part-time and Fixed-term Work Act, Employee Leasing Act, Holidays Act, Dismissal Protection Act, Codetermination Act, Collective Agreement Act, Unlawful Dismissal Protection Act etc.).

It is important to mention the nature, milieu of the period that gave birth to the modern form of German labour law. The main structures of today's German labour law were developed in the decades of the so-called Rhineland capitalism (named after the location of the former capital Bonn on the Rhine) which is, although capitalist in principle, characterized by important social protection and a more cooperative than antagonistic attitude between employers and trade unions. This Rhineland capitalism grew after the Second World War in the prosperous decades of the "old" Bonn Federal Republic. This kind of capitalism had great influence on the development of economy and also on legislature. That is one reason why German labour law pay great attention to individual social orientated matters.

Considering the codetermination and collaboration rights of German works councils we can state that they create a well-developed system within the labour law. Works councils can often force the employer to an active play and sometimes can even paralyze its activity in case they are unable to cooperate. The large number of codetermination and collaboration rights works councils are granted and its separation from tariff law makes the works constitution law a strong and effective instrument in the works councils' hand.

References

- Stefan Lingemann, Robert von Steinau-Steinrück, Anja Mengel: *Employment and Labour Law in Germany*, C. H. Beck Literatur, Athens, 2004
- Dr. Güntner Halbach, Norbert Paland, Dr. Rolf Schwedes, Prof. Dr. Otfried Wlotzke: *Labor Law in Germany*, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994
- Joachim Gres, Harald Jung, Kluwer Metzner: *Handbook of German Employment Law* Frankfurt am Main, 1983
- Klebe, Ratayczak, Heilmann, Spoo: *Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) - Basiskommentar mit Wahlordnung*, Bund-Verlag, 2007
- Kiss György: *Munkajog*, Osiris, Budapest, 2000
- Prugberger Tamás: *Európai és magyar összehasonlító munka- és közszolgálati jog*, Complex, Budapest, 2006
- Prugberger Tamás, Ploetz Manfred: *Magyar és európai munkajog*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1994
- T. Addison, Lutz Bellmann, Claus Schnabell, Joachim Wagner: *The Long Awaited Reform of the German Works Constitution Act*, IZA, 2002
- London: *The Iron Heel*, Macmillan, London, 1984
- Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) -25. IX. 2001
- Kündigungsschutzgesetz (KSchG) - 25. VIII. 1969

MODIFICĂRILE ÎN MATERIE PROCESUAL CIVILĂ PREVĂZUTE DE LEGEA NR. 202/2010 PRIVIND UNELE MĂSURI PENTRU ACCELERAREA SOLUȚIONĂRII PROCESELOR

Carla Alexandra ANGHELESCU*

Abstract

The modifications brought to the Civil procedure code and other acts of the law enforcement domain by Law no. 202 of 2010 regarding some measures for the litigation acceleration contain the main changes from the future form of the Civil procedure code. The national courts of law are therefore confronted with the difficulty of applying future law concepts in compliance with the existing procedural rules. The paper presents the major changes brought upon the civil law enforcement institutions and offers practical solutions for their interpretation in determining a civil dispute.

Cuvinte cheie: *Legea nr. 202/2010, competență, citare, termen în cunoștință, expertiză*

1. Introducere

Prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor¹ au fost aduse unele modificări dispozițiilor Codului de procedură civilă în vigoare prin introducerea anumitor soluții de lege ferenda, prefigurate a fi cuprinse în viitoarea reglementare a Codului de procedură civilă.

Aceste modificări au fost realizate ca urmare a necesității asigurării în mod eficient a respectării termenului rezonabil de soluționare a unui proces, garanție expres prevăzută de art. 6 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale².

Principalele noi dispoziții introduse vizează materii precum competența instanțelor, modalitățile de citare și de comunicare a actelor de procedură, administrarea anumitor mijloace de probă, căi de atac și proceduri speciale precum divorțul prin acordul părților.

Lucrarea de față nu prezintă în mod exhaustiv noua reglementare, ci abordează, în principiu, aspectele ce vizează partea generală a dreptului procesual civil, dar și desfășurarea judecății în primă instanță.

2. Aspecte privind competența

O primă modificare o constituie introducerea unei noi materii de competență materială exclusivă a judecătoriei și anume procesele și cererile privind creanțe având ca obiect plata unei sume de bani de până la 2000 de lei inclusiv.

În legătură cu noțiunea de “primă și ultimă instanță” introdusă prin alineatul 1¹ al art. 1 C.proc.civ., trebuie remarcat faptul că această sintagmă a fost utilizată în doctrină pentru a exprima suprimarea căii de atac a apelului, hotărârea pronunțată în acest tip de litigii fiind supusă doar recursului.

* Student, Facultatea de Drept Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (anghelescu_carla@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ. dr. Gabriel Boroi

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 714 din 26 octombrie 2010

² Ratificată de către România prin Legea nr. 30/1994 și publicată în Monitorul Oficial al României nr. 135 din 31 mai 1994

Având în vedere inserarea acestei expresii în cadrul dispozițiilor legale care reglementează competența materială a instanțelor judecătorești, precum și raportarea acestora la prevederile nou introduse ale art. 299 alin. (1¹) C.proc.civ. conform cărora hotărârile pronunțate în această materie nu sunt supuse recursului, legiuitorul a oferit o nouă accepțiune sintagmei “în primă și ultimă instanță”. Astfel, în urma unei interpretări sistematice, trebuie înțeles faptul că hotărârile pronunțate în materia litigiilor având ca obiect un drept de creanță cu o valoare cel mult egală cu 2000 de lei sunt irevocabile, ele nefiind supuse nici căii de atac a apelului, nici căii de atac a recursului. Rămâne însă posibilitatea introducerii căilor de atac extraordinare a contestației în anulare și revizuirii deoarece, pentru a fi excluse și acestea, ar fi trebuit utilizată expresia “nicio cale de atac”.

Întrucât valoarea acestor litigii este de cel mult 2000 de lei, ele vor putea fi repartizate spre soluționate și judecătorilor stagiarilor potrivit art. 23 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare³.

În ceea ce privește domeniul de aplicare a acestor dispoziții, trebuie subliniat faptul că ele constituie norme generale, nefiind de natură a modifica eventuale prevederi existente în legislația specială. De exemplu, în materia dreptului muncii, competența materială va aparține în continuare tribunalului, indiferent de cuantumul obiectului litigiului.

De asemenea, trebuie evidențiat faptul că se vor finaliza prin hotărâri irevocabile numai acele litigii care privesc drepturi de creanță constând în plata unei sume de bani. *Per a contrario*, sunt excluse din sfera de aplicare a art. 1 pct. 1¹ C.proc.civ. în primul rând, toate acțiunile reale, iar în al doilea rând, toate acțiunile personale având ca obiect un drept de creanță ce nu au ca obiect remiterea unei sume de bani. Sunt avute însă în vedere toate drepturile de creanță, indiferent de izvorul acestora.

O modificare substanțială privitoare la materia competenței de natură a reduce durata soluționării unui proces vizează posibilitatea invocării excepțiilor de necompetență numai cu respectarea unor limite anume impuse de lege.

Pentru a stabili în mod clar conceptele utilizate, au fost reglementate expres în cuprinsul art. 159 alin. (1) C.proc.civ. noțiunile de competență generală, competență materială și competență teritorială exclusivă. Astfel, a fost evidențiată consecința necompetenței de ordine publică în ipoteza nerespectării dispozițiilor privitoare la aceste trei materii, precum și intervenirea necompetenței de ordine privată în toate celelalte cazuri (de exemplu, în cazul competenței teritoriale alternative).

Legea nu a făcut însă nicio precizare cu privire la consecința nerespectării competenței instanțelor române. În legătură cu necompetența internațională, potrivit art. 157 alin. (1) din Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat, instanța are obligația de a verifica din oficiu dacă este competentă să soluționeze litigii privind raporturi de drept internațional privat, iar în situația în care constată că nu este competentă nici ea și nici o altă instanță română, va respinge cererea ca nefiind de competența instanțelor române. Această necompetență internațională poate fi invocată în orice stadiu procesual, fapt reglementat acum de dispozițiile art. 157 alin. (2) din același act normativ, prevederi introduse prin Legea nr. 202/2010. Astfel, acest tip de necompetență va fi putea fi invocat inclusiv în căile extraordinare de atac, din oficiu sau de către părți.

Articolul 159¹ C.proc.civ. nou introdus prin Legea nr. 202/2010 prevede, spre deosebire de reglementarea anterioară, anumite limitări ale dreptului de a invoca necompetența materială și teritorială de ordine publică, rezultând astfel faptul că necompetența generală a instanțelor judecătorești poate fi invocată în orice cale de atac, inclusiv în contestația în anulare, în condițiile prevăzute de lege.

Potrivit art. 159¹ alin. (2) C.proc.civ., necompetența materială și teritorială de ordine publică poate fi invocată de părți ori de către judecător la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului. Aceste prevederi stabilesc, în primul rând,

³ Republicată în Monitorul Oficial al României nr. 826 din 13 septembrie 2005

subiecții procesuali îndreptățiți să invoce acest tip de necompetență și anume atât părțile, cât și instanța din oficiu.

În al doilea rând, spre deosebire de reglementarea anterioară în care necompetența de ordine publică putea fi invocată și direct în căile de atac, ajungându-se astfel la încălcarea termenului rezonabil al soluționării procesului din cauza punerii în discuție a unor astfel de aspecte chiar și după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătorești, noile dispoziții prevăd ca momente limită de invocare a acestei excepții fie prima zi de înfățișare (în sensul art. 134 C.proc.civ. – ziua în care părțile legal citate pot pune concluzii), fie începerea dezbaterilor asupra fondului.

Ca moment limită, regula stabilită de lege o reprezintă prima zi de înfățișare, în timp ce momentul începerii dezbaterii asupra fondului constituie excepția, putând viza doar un număr redus de situații. Astfel, poate fi incidentă ipoteza în care se încep dezbaterile asupra fondului la prima zi de înfățișare, fiind necesar în acest caz ca excepția să fie ridicată înainte de a se trece de momentul altor cereri și excepții de formulat.

De asemenea, poate fi vorba despre o situație în care elementele necesare invocării excepției de necompetență nu sunt cunoscute la prima zi de înfățișare și care rezultă ulterior din probele administrate în cauză. Spre exemplu, în cadrul unui litigiu având ca obiect anularea căsătoriei, pârâtul, deși anterior legal citat, se prezintă doar după prima zi de înfățișare și învederează instanței faptul că își schimbase domiciliul încă dinainte de introducerea cererii de chemare în judecată și că, fiind vorba despre o cerere privitoare la persoane, în baza normei imperative a art. 5 C.proc.civ. care consacră ca instanță competentă pe cea de la domiciliul pârâtului, este incidentă o cauză de necompetență de ordine publică.

În ceea ce privește necompetența de ordine privată, art. 159¹ alin. (3) C.proc.civ. stabilește faptul că aceasta poate fi invocată de către pârât prin întâmpinare, iar în situația în care aceasta nu este obligatorie, cel mai târziu la prima zi de înfățișare.

Introducerea acestor noi dispoziții nu modifică în niciun fel sfera de aplicare a art. 118 alin. (3) C.proc.civ. care vizează ipoteza în care pârâtul nereprezentat sau neasistat de avocat poate invoca excepțiile la prima zi de înfățișare în mod verbal în ședință, ele fiind consemnate în încheierea redactată pentru acel termen de judecată, dar și printr-o întâmpinare depusă la un termen ulterior acordat de către instanță. În acest din urmă caz este vorba despre o derogare lăsată la îndemâna instanței de a permite părții, în condițiile menționate, să formuleze întâmpinare, prin aceasta partea putând invoca toate apărările sale, inclusiv excepțiile de necompetență de ordine privată.

Art. 159¹ alin. (4) C.proc.civ. stabilește o nouă obligație în sarcina instanței care constă în verificarea și stabilirea competenței din punct de vedere general, material și teritorial, cu indicarea în încheierea de ședință aferentă primei zile de înfățișare a temeiurilor de drept în baza cărora s-a declarat competență.

Aceste dispoziții vin să clarifice o controversă jurisprudențială de interpretare și aplicare a art. 158 alin. (3) C.proc.civ. conform căruia, în urma admiterii unei excepții de necompetență, dosarul va fi trimis instanței competente. S-a pus problema în practică a identificării acestei instanțe competente în ipoteza în care sunt invocate, în condițiile legii, atât o excepție de necompetență materială, cât și o excepție de necompetență teritorială.

Există opinia potrivit căreia instanța, admitând excepția de necompetență materială, nu se mai poate pronunța asupra excepției de necompetență teritorială, urmând să trimită dosarul instanței superioare sau inferioare, după caz, din raza sa teritorială și revenind acesteia obligația de a se pronunța cu privire la excepția de necompetență teritorială, ajungând să-și decline, la rândul său, competența.

În opinia noastră, este întemeiată o altă soluție conform căreia instanța va soluționa ambele excepții, stabilind, bineînțeles, prioritatea excepției de necompetență materială, pentru a determina instanța competentă din toate punctele de vedere. În susținerea acestei opinii pot fi invocate argumentele prezentate în continuare.

În primul rând, având în vedere aplicarea principiului de interpretare a normei juridice *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, se remarcă faptul că art. 158 alin. (3) C.proc.civ. nu realizează nicio distincție între instanța competentă doar din punct de vedere material sau teritorial.

În al doilea rând, dosarul este trimis unei instanțe care, dintr-un anumit punct de vedere, este necompetentă, ori în acest caz se ajunge la o încălcare a legii.

În al treilea rând, o astfel de soluție ar duce la ineficientizarea reglementării în sine, scopul acestei dispoziții fiind chiar acela de a reduce durata procesului alocată discutării competenței instanței. Mai mult decât atât, această finalitate de accelerare a procedurii de soluționare este urmărită de chiar Legea nr. 202/2010, dar constituie în același timp și o obligație pentru instanțe întrucât trebuie asigurată respectarea termenului rezonabil al judecării unei cauze consacrat de art. 6 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților cetățenești.

Noile dispoziții vin să susțină argumentele prezentate deoarece instanța are de acum înainte obligația de a se pronunța, prin aceeași încheiere, atât sub aspectul competenței generale, cât și sub aspectul competenței materiale și teritoriale. Legiuitorul a conceput astfel un moment din proces dedicat stabilirii competenței instanței de judecată sub toate aspectele atunci când aceasta se declară competentă. Aceeași ar trebui să fie soluția când, investită cu două sau mai multe excepții privind competența sa, instanța ar urma să admită cel puțin două dintre ele și să își decline competența în favoarea altei instanțe.

În cadrul art. 159¹ alin. (5) C.proc.civ. se prevede că verificarea competenței de către instanță nu împiedică formularea excepțiilor de necompetență invocate în condițiile legii, asupra cărora judecătorul se va pronunța. Rezultă din această reglementare faptul că judecătorul care s-a pronunțat cu privire la competența instanței și în fața căruia se ridică o excepție de necompetență nu este supus recuzării în temeiul art 27 pct. 7 C.proc.civ..

În situația în care instanța admite o excepție de necompetență va pronunța, după caz, o sentință sau o decizie prin care fie va declina cauza unei alte instanțe, fie va respinge cererea formulată. Astfel, atunci când competența de soluționare aparține altui organ de jurisdicție, instanța va pronunța o hotărâre de declinare a competenței, care nu va fi supusă niciunei căi de atac, potrivit noilor modificări aduse art. 158 alin. (3) C.proc.civ.. Pe de altă parte, în ipoteza în care competența aparține altui organ fără atribuții jurisdicționale sau unei instanțe străine, soluția de respingere a cererii va fi dată printr-o hotărâre supusă apelului sau recursului, după caz.

Ca urmare a suprimării căii de atac a recursului împotriva hotărârii de declinare a competenței, a fost modificat în mod corespunzător art. 20 pct. 2 ce reglementează conflictul negativ de competență astfel încât caracterul irevocabil al acelor hotărâri nu mai constituie o condiție pentru existența conflictului de competență.

În ceea ce privește sancțiunea îndeplinirii anumitor acte de către o instanță necompetentă, noile dispoziții au reglementat în mod expre, în art. 105 C.proc.civ., faptul că actele de procedură îndeplinite de un judecător cu încălcarea normelor de competență de ordine publică sau privată vor fi declarate nule în condițiile prevăzute de lege.

Au fost modificate în mod corespunzător și prevederile referitoare la motivele de recurs, art. 304 pct. 3 C.proc.civ. stabilind faptul că se poate solicita modificarea sau casarea unei hotărâri atunci când aceasta a fost dată cu încălcarea competenței de ordine publică a altei instanțe, invocată în condițiile legii. Pot constitui, deci, motiv de recurs numai necompetența de ordine publică invocată în termen și respinsă de către instanță, precum și necompetența generală și cea a instanțelor românești (care pot fi invocate în tot cursul procesului). Necompetența de ordine privată care a fost invocată în termen, însă a fost respinsă poate constitui motiv de recurs în baza art. 304 pct. 9 fiind vorba în acest caz despre o hotărâre dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a legii, aceasta din urmă vizând nu numai aplicarea greșită a normelor de drept material, ci și a normelor de drept procesual, atunci când acestea nu se încadrează în primele 8 motive ale prevăzute de art. 304 C.proc.civ..

3. Aspecte privind citarea și comunicarea actelor de procedură

Referitor la modalitățile privind citarea și comunicarea actelor de procedură, a fost introdusă prin art. 132¹ alin. (2) C.proc.civ. posibilitatea instanței ca, pe lângă verificarea efectuării procedurilor de citare și comunicare dispuse pentru fiecare termen și eventuala refacere a lor, să dispună încunoștințarea părților și telefonic, telegrafic, prin fax, poștă electronică sau prin orice alt mijloc de comunicare ce asigură, după caz, transmiterea textului actului supus comunicării ori înștiințarea pentru prezentarea la termen, precum și confirmarea primirii actului, respectiv a înștiințării, dacă părțile au indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop. Dacă încunoștințarea s-a făcut telefonic, grefierul va întocmi un referat în care va arăta modalitatea de încunoștințare și obiectul acesteia.

Aceste date privind numărul de telefon, faxul și adresa de poștă electronică pot fi oferite de către părți ori de câte ori formulează o cerere în fața instanței, conform art. 82 alin. (1) teza a II-a C.proc.civ., precum și în mod special în cadrul cererii de chemare în judecată, potrivit art. 112 pct. 1 C.proc.civ..

În strânsă conexiune cu procedura de citare și comunicare a actelor de procedură se află instituția termenului în cunoștință prevăzută de art. 153 alin. (1) C.proc.civ. potrivit căruia Partea care a depus cererea personal sau prin reprezentant legal sau convențional și a luat termenul în cunoștință, precum și partea care a fost prezentă la un termen de judecată, ea însăși sau printr-un reprezentant al ei, nu va fi citată în tot cursul judecării la acea instanță, prezumându-se că ea cunoaște termenele de judecată ulterioare. Aceste dispoziții îi sunt aplicabile și părții căreia, personal sau prin reprezentant legal sau convențional, i s-a înmănat, sub semnătură de primire, citația pentru un termen de judecată, considerându-se că, în acest caz, ea cunoaște și termenele de judecată ulterioare aceluia pentru care citația i-a fost înmănată.

Astfel, pot fi distinse trei ipoteze în care operează termenul în cunoștință.

O primă situație este aceea în care partea a depus cererea de chemare în judecată personal sau prin reprezentant legal sau convențional și a primit termen în cunoștință.

O a doua situație vizează prezența părții la un termen de judecată, fie personal, fie prin reprezentant legal sau convențional, și a luat termen în cunoștință. Observăm dispariția mențiunii conform căreia partea avea termen în cunoștință chiar dacă reprezentantul ei convențional nu era împuternicit a cunoaște termenul.

O a treia situație, cea nou introdusă de Legea nr. 202/2010, se referă la persoana căreia îi este înmănată citația, personal sau prin reprezentant legal sau convențional, și semnează de primire.

În aceste trei ipoteze efectul constă în îndeplinirea legală a procedurii de citare și lipsa obligației instanței de a mai cita partea respectivă pentru termenele ulterioare, cu excepția cazurilor prevăzute expres de lege.

În ceea ce privește înmânarea citației unor persoane care nu au calitatea de reprezentant legal sau convențional al părții fiind vorba, de exemplu, despre persoane descrise în art. 92 alin. (3) C.proc.civ. precum persoanele din familie, cele care locuiesc cu partea, deși se consideră a fi legal îndeplinită procedura de citare, instanța nu poate considera că partea are termen în cunoștință, aceste prevederi reglementând situații speciale care se vor interpreta în sens limitativ și care nu pot fi aplicate prin analogie. De aceea este corectă citarea în continuare a celor ce nu au semnat pentru primirea actelor de procedură.

Spre deosebire de cazul persoanelor fizice unde noțiunea de reprezentant convențional trebuie interpretată restrictiv, în situația persoanelor juridice citarea, respectiv comunicarea tuturor actelor de procedură poate fi realizată și persoanelor care primesc în fapt corespondența persoanei juridice și care desfășoară în cadrul acesteia o activitate având la bază un contract de muncă sau un alt tip de convenție.

4. Aspecte privind expertiza

Referitor la administrarea probei cu expertiza, au intervenit modificări în materia modului de stabilire a duratei termenului până la care să fie depus raportul de expertiză și a cheltuielilor necesare efectuării acesteia.

Potrivit art. 201 alin. (1) C.proc.civ., Când pentru lămurirea unor împrejurări de fapt instanța consideră necesar să cunoască părerea unor specialiști, va numi, la cererea părților ori din oficiu, unul sau trei experți, stabilind prin încheiere punctele asupra cărora ei urmează să se pronunțe, după care va putea convoca o audiere în camera de consiliu, în cadrul căreia va solicita expertului să se pronunțe cu privire la costul estimativ al lucrării ce urmează a fi efectuată, cât și cu privire la durata de timp necesară efectuării expertizei.

Poziția părților, respectiv a părții care a solicitat proba va fi consemnată în încheiere. În funcție de poziția expertului, a părților, respectiv a părții care a solicitat proba, instanța va fixa termenul de depunere a raportului de expertiză și condițiile de plată a cheltuielilor necesare efectuării expertizei.

5. Concluzii

Modificările aduse legislației procesual civile prin Legea nr. 202/2010 reprezintă un pas spre implementarea dispozițiilor prevăzute de noul cod de procedură civilă și marchează unul dintre principiile ce trebuie avut în vedere la soluționarea oricărei cauze, în conformitate cu care trebuie oferite soluțiile adecvate pentru respectarea termenului rezonabil al procesului.

Referințe bibliografice:

- Atasiei Daniel, Tiț Horia, “Mica reformă în justiție. Legea nr. 202/2010 comentată”, Editura Hamangiu, 2010;
- Bîrsan Corneliu, Eftimie Marius, “Convenția europeană a drepturilor omului”, Editura Hamangiu, București, 2010;
- Boroî, Gabriel, “Codul de procedură civilă comentat și adnotat”, vol. I, Editura All Beck, București, 2001;
- Boroî, Gabriel, Spineanu-Matei Octavia, “Codul de procedură civilă adnotat”, ediția a 3-a, Editura Hamangiu, 2011
- Ciobanu Viorel Mihai, Boroî Gabriel, “Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă”, ediția a 4-a, Editura C.H.Beck, București, 2009;
- Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor publicată în Monitorul Oficial al României nr. 714 din 26 octombrie 2010;
- Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat republicată în Moniorul Oficial al României nr 826 din 13 septembrie 2005;

THE LEGAL STATUS OF INTERMEDIARIES OF FINANCIAL SERVICES

Attila POLGÁR¹

Abstract

Regarding to the decision, mentions must be made in accordance with the main topic of the essay, that I was heavily influenced by the actuality and importance of the matters to be discussed. The world-wide financial crisis, which swept through- among many others – in Hungary, pointed out, that the financial sector lacks a proper legal background. In Hungary the new millennia brought significance changes – like our membership in the European Union – that led to an escalated standard of life, more savings and financial welfare. For this reason the financial sector expanded and for years several fields were only governed partially, or not at all, and were only effected by the main principles of the free market. During this process intermediaries appeared to provide financial services to the citizens. However, given that their activities were covered insufficiently, they often neglected the real demands of the clients and only aimed to convey more services for greater remuneration. Due to this behavior, thousands of Hungarian clients faced astonished the facts as the American mortgages- bubble exploded and reached our internal market, given the fact that they were not properly informed about the potential risks of their investments. The legislator realized that it had been unaware of the upon mentioned dangers of improper regulations and by the impacts of the global crisis decided to reform the system of the financial sector. This led to the amendments, creation of a massive amount of law. In the thesis I analyze these legislative products with special regards on intermediaries. I also rely on EC legislation and the works on instruments of European law unification especially the Draft Common Frame of Reference.

Keywords: *intermediary, financial, service, status*

Introduction

When we examine the legal status of intermediaries we cannot set aside from the regulations on mandate as it stands as a legal background for commercial agency. Since intermediaries are legally commercial agents, the presentation of these regulations have inevitable importance.

For this reason firstly I present the mandate as the basic type of obligations of care. After the overview of the historical background I deal with the effective Hungarian regulations of mandate referring on the Act IV of 1959 on Hungarian Civil Code then I analyze the rules of the DCFR regarding mandate. In the second chapter I examine the rules of the Act CXVII of 2000 on commercial agency and the relevant regulations of DCFR in addition to the 86/653 EC Regulation on commercial agent.

I also aim to compare and contrast the upon mentioned different regulations and their relation with the draft Act of the new Hungarian Civil Code. In the next chapter I try to summarize the circumstances, which made our financial system nearly collapse and present the legislative products reflecting on them. Finally I summarize my remarks and try to point out the theoretical and practical problems regarding the new regulations and the future challenges.

Mandate

Firstly, it shall be mentioned that the institute of mandate has a millennia-long historical background as its roots go back to the Roman Ages. The extension of the Roman Empire created the

¹ Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary; attila_polgar87@freemail.hu This study has been elaborated under the coordination of Ujváriné Dr. Antal Edit

need of specific service. Mandate stood for the base of the activities on labor and representing. Given the fact that it worked as a contract among the free people it was concerned to be free of charge. Although some types of activities – like the below mentioned lawyers and doctors – required serious expertise and practicing even in these cases there was no remuneration. However in practice, a “legal trick” was used to evade this rule. The mandate honorarium was paid for the agent following the performance. Honorarium was regarded to be a kind of donation so theoretically, when someone had to seek someone to carry out his matters, the agent said that he donates the principal with his performance and for exchange the principal will donate him a certain amount of honorarium. Summing up we shall clearly see that the institute of mandate in Roman Law was not different from its form in the modern age of capitalism.

According to Act IV 1959 „the agent is obliged to carry out the matters entrusted to him”. In the system of Hungarian private law, mandate shall be regarded as the basic contract on intermediaries. In Hungarian law the main obligation of the agent is to carry out matters. However this „carrying out” is only limited to the extent of care. The rate of care is based on the main principles of law, like as good faith and fairness, justice and reasonableness.

However there are special types of mandate where certain, specific regulations must be applied. For example the level of care for a solicitor or a doctor is governed in different Acts. The regulations of DCFR are similar to this approach, because they state that if the agent professes a higher standard of care and skill the agent has an obligation to exercise that care and skill and if the agent is, or purports to be, a member of a group of professional agents for which standards exist that have been set by a relevant authority or by that group itself, the agent must exercise the care and skill expressed in these standards.

Regarding the parties, it must be underlined that anyone can be in the position of the principal. However regulations cover the different agent activities and form limitations, exclusions and competences.

The main obligation of the agent – as it was formerly mentioned – is to carry out matters, and act in the interests of the principal. On the other hand, the principal’s main obligation is to pay the agent price for these activities.

Under both DCFR and Hungarian Civil Code, the agent is entitled to use sub-contractor, although the consent of the principal is required for doing so. The agent is liable for the sub – contractor’s activities.

If it is required an agent shall also be entitled to employ other persons in order to prevent the principal from sustaining injury. In such cases, the agent shall not be liable for the employed persons if he is able to prove that he has acted in a manner that can generally be expected in the particular situation in respect of choosing, instructing, and supervising such persons.

If an agent has not been authorized to employ other persons, he shall be liable for damages that would not have occurred without the employment of such person. If a person employed by an agent has been selected by the principal, the agent shall not be responsible for this person if he is able to prove that he has acted in a manner that can generally be expected in the particular situation with regard to instructing and supervising the person. If a principal issues imprudent or incompetent instructions, the agent shall call the principal’s attention to the matter. If the principal insists on the instructions despite the warning, he shall be liable for the damages sustained on account of the instructions. These regulations are in conformity with the regulations of DCFR regarding acting beyond mandate.

As both Hungarian Civil Code and DCFR mention the question of the agent’s right for compensation it is important to remind that under Hungarian legislation “agents shall be entitled to demand remuneration even if their actions brought no results and the only case the principal shall be entitled to reduce the remuneration or refuse to pay is if he is able to prove that success was not achieved in part or in whole for a reason for which the agent is responsible”. If a contract is terminated before the agency has been fulfilled, the agent shall be entitled to demand an appropriate

fraction of the fee for his activities. Fees shall be payable at the time of a contract is extinguished. Some mentions must be made that the principle of *pacta sunt servanda* enables the parties to varyate from these and price can be paid during the performance of the service.

It is an important agent-protective feature of the regulations that agents shall hold liens on the property of principals that comes into their possession in consequence of the agency in order to secure their claims for expenses and remuneration.

Finally it is important to discuss the matter of double mandate. The effective Hungarian private law do not use this legal term. However the new draft of Hungarian Civil Code regulates this question in conformity with the regulations of DCFR.

Commercial agency

In this part I overview and analyze the regulations on commercial agency. Our Civil Code in effect doesn't discuss the question of commercial agency, since it is regulated in a different act, in the Act CXVII of 2000 on independent commercial agency contracts. The upon mentioned DCFR regulates commercial agency in Book IV in Part E where commercial agency, franchise and distributorship are regulated together.

It is a constant source to determine whether the commercial agency can be regarded as the subtype of mandate or it shall be handled as an independent contract. In effective Hungarian private law driven by the principle of *lex specialis derogate legi generali* the regulations of Act CXVII prevails over the regulations of Civil Code. It is important to underline however that the upon mentioned act was created under the pressure of Hungary's obligation to implement the pieces of Community legislation, and by that time it would have caused more difficulties to incorporate the institute of commercial agency in the text of Civil Code than creating a different Act. These difficulties are seemingly perished as the draft Act CXX on the new Civil Code includes contract on intermediaries and marketing contracts.

According the regulations the commercial agent is regarded as a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or purchase of goods on behalf of another person (the principal) or to negotiate and conclude such transactions on behalf of and in the name of the principal. In Hungarian law the self-employment of the agent is emphasized with the "independent" term of the Act. The definitions on commercial agency - as mentioned previously - are the same in the examined legislative products. The DCFR and the Hungarian Act however differ from the EEC Directive in terms of compensation. Under their regulations it is stated "*expressis verbis*" that remuneration is an essential part in determining the content of the contract while in the referred EEC Directive it can only be deduced from the purpose of the Directive. There are some defects of all the regulations that are to be mentioned.

It has been said that the commercial agent performs his activities in a self-employed status. However neither of the regulations consist statements on the employee-employer relation or exemplificative regulations to determine whether an agent is self-employed or not. This problem has great importance because on the one hand during determining the rightfulness of the directions of the principal the independence of the agent holds extraordinary significance, while on the other hand the lack of regulations in this matter may lead to a state when the theoretically self-employed commercial agent obliged by a commercial agency contract is only compensated after the transactions and contracts concluded, however in practice he works as an employee of the principal without being effected by employee protection. Therefore "pro forma –self employed agents" could enter the market. Unfortunately in Hungary this danger can be easily envisaged.

Another important difference between the referred international regulations and the Act CXVII is that the DCFR and the Directive mentions only acting on behalf of and in the name of the principal. However under Hungarian regulation consignment also can be part of the agency contract

and in that case the agent can act in his own name, in favor of a consignor. Regarding the question the Directive allows the member states to determine which activities can be included in the commercial agency contract. For this reason apart from this difference Act CXVII is in conformity with the Directive.

Parties must collaborate actively and loyally” or when referring on the terms “reasonable” and “good commercial practice in addition mentions must be made that the relation of the parties are also governed by special terms as the “loyalty” and “confidentiality” according to the regulations of DCFR and the Directive. Fortunately the main principles of our national private law show great resemblance with the content of these expressions.

According to confidentiality neither the Directive nor the Act CXVII contains regulations on secrecy during the contract. The DCFR say however that a party who receives confidential information from the other must keep such information confidential and must not disclose the information to third parties either during or after the period of the contractual relationship and the a party who receives confidential information from the other must not use such information for purposes other than the objectives of the contract.

Under Hungarian regulations it must be mentioned that the reason of ignoring the question of confidentiality can be explained by the fact that confidentiality and secrecy are regulated under Act LVII of 1996, the so-called Competition Act (however the upcoming Civil Code regulates this obligation of the parties).

Regarding their confidential relation the parties are obliged to inform each other both at the pre-contractual stage and both after the conclusion of the contract. The matter of compensation is also an important issue to be discussed. Despite of that the DCFR covers the question of compensation it remains silent about its rate. According to the Directive in the absence of any agreement on this matter between the parties, and without prejudice to the application of the compulsory provisions of the member states concerning the level of remuneration, a commercial agent shall be entitled to the remuneration that commercial agents appointed for the goods forming the subject of his agency contract are customarily allowed in the place where he carries on his activities. If there is no such customary practice a commercial agent shall be entitled to reasonable remuneration taking into account all the aspects of the transaction. Act CXVII implemented this regulation word by word.

The regulations of the DCFR doesn't divide the commission into different types. On the other hand Act CXVII and the Directive do so. The Directive creates categories in terms of commission. It mentions commission on transactions concluded, commission on a certain geographical region, commission after the termination of the contract, and commission on exclusive right of the agent. Apart from the commission for activities in a certain geographical region Act CXVII provides all the categories mentioned. Like the DCFR the draft Civil Code also lacks the categories of commission.

The matter of *del credere* clause or *del credere* commission has also great significance. In this case the commercial agent guarantees that a client will pay the price of the products forming the subject-matter of the contract which the commercial agent has negotiated or concluded in exchange for remuneration. This remuneration beyond the upon mentioned types of commission is the *del credere* commission.

In the remaining part of the chapter I examine the valid form of the contract (whether it has to be a signed written document or not), the right to compensation, the liability of the parties and the matter of restriction of the business activities of the commercial agent. Finally I share my observations in accordance with the regulations mentioned.

The process of the global crisis endangering the financial system and the relevant legislation

As for the beginning of the chapter I examine the economic background and observe that not only Hungary but also the states of Western Europe suffered from the crisis. Most of the developed

countries had to capitalize, provide guarantees or in some cases nationalize banks, insurance companies and other institutions in order to consolidate the financial stability. The reason of the world-wide extension of the crisis is that among all markets, the financial sphere is the most globalized. With the aim of stabilizing the economy legislators were forced to rapidly reform the previous system. In this chapter I overview these regulations with special regards to the rules on intermediaries of financial services.

Regarding the effective system of legislature at first I overview the role of Hungarian Financial Supervisory Authority and examine the process of the relevant regulations. The importance of Act CXII of 1996 on Banks must be emphasized, given the fact that it regulates the intermediaries of financial services and it was its amendment that revolutionized the system of intermediaries.

Before its amendment the Act divided the intermediaries in two categories. This division stood for intermediaries who act on the behalf and in the name of the financial institution and are authorized to engage risk and intermediaries who provide supplementary services for the financial institution and cannot engage risk. Under the amended regulations of the Act that came into effect on the 1st January 2010 intermediaries are on the one hand divided to accentuated intermediaries who act in the name and on the behalf of the financial institution, convey services, conclude contracts and their activities are governed by a mandate contract (concluded with the financial institution) and agents who provide supplementary activities, do not engage risks and conclude contracts. There is also another categorization of the intermediaries according to the number of principals and the competitive services. It is also important to discuss whether the intermediary is independent or not. Regarding the amendment the Hungarian Financial Supervisory Authority is authorized to qualify the intermediaries by the upon mentioned aspects. For this reason financial institutions are obliged to notify the Authority about the data on their intermediaries. Without the qualification and allowance of the Authority one shall not provide the regulated activities. For the sake of effective, coordinated work the Authority created Authorization Guidelines to unburden the financial institutions (these guidelines are displayed on the web page of the Authority).

The reaction on the financial crisis led not only to the amendment of Act CXII and to the extension of the jurisdiction of the Supervisory Authority but also to the creation of different Governmental Decrees on intermediaries. The most important decrees referring them are the 109/2010 (9th of April) Governmental Decree on the commission of intermediaries, 18/2010 (29th of April) Decree of the Ministry of Finance on the public authority exam and competences of intermediaries of financial services and last but not least the 81/2010 (25th of March) Governmental Decree on the compulsory liability insurance of intermediaries of financial services. In this part of the chapter I analyze these regulations and their significance in practice. Finally I summarize my observations.

Conclusions

The financial crisis - that evolved from the United States in 2007 and reached its global effect in 2008 - created obstacles. The enormosity of these obstacles was testified by the fact that none of the legal frameworks of the developed world could overcome efficiently. The system of financial intermediaries became so relevant part of the economies – like as in Hungary – that it led to the question, whether it can be regarded as only private interest or it shall be handled as a social responsibility despite the fact that it is situated in the framework of private sector where it is mainly governed by only the principles of the free market. Most European country –and so do the national legislator- thought (after the shocking effects of the crisis) that it is rather a social responsibility and need therefore different legislative instruments have been created in order to retaliate to the crisis. By these regulations the role of the state and governmental institutions (like as the upon mentioned Hungarian Financial Supervisory Authority) increased and it become possible to use appropriate

intervention in the financial system to force market actors to prevail social need over their own interests. In my opinion all of the upon mentioned regulations succeed on creating an effective, transparent framework with high standard of skill to achieve these goals without the harm of the market actors. Although it can be stated that in the wake of the crisis a new age has begun, we can not have dim vision and ignore the problems upcoming.

I strongly believe that in Hungary it will be a significant pillar of regulations if the new Civil Code comes into effect. In addition further regulations are needed in the financial sector to establish its effective and prudent functioning. It also must be mentioned that our membership of the European Union requires us to act in conformity with the relevant community legislation and international conventions such as the requirements of Basel III Convention.

Summing up despite all the difficulties of the period of the next years I insist on that by proper co-operation and exemplary behavior of the state and the market actors, the decent functioning of the national supervision and the transparent national and European legislature we shall have confidence in the future.

References

- Pajor-Bytomski Magdalena: Az önálló kereskedelmi képviselőkről szóló EK - Irányelv és átültetése a magyar jogba. In: Magyar Jog 2002. 3. szám
- Prugberger/Fabók: A munkaszerződés, a szolgáltatási szerződés, a vállalkozás, a megbízás és a díjkitűzés elhatárolásának problémái a biztosítási üzletkötői szerződések tükrében. In: Magyar Jog 2000 12. szám
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference Outline Edition 2009. Szerkesztette: Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke © 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich

NOȚIUNEA DE PROFESIONIST ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL.

Ionuț Adrian ATITIENEI¹

Abstract

The new Civil Code will radically modify regulations regarding persons, it will incorporate commercial relations and at the same time will take out the notion of „commercial relationship” by replacing notions such as „acts of commerce” or „deeds of commerce” found in the present legislation with the notion of „activities of production, trade or services”. The new concept regarding natural persons carrying independent economical activities will be that of „professional”, concept that will mark the „death” of the „trader” concept because a trader will no longer be defined by the activities that he carries. In the following we will try to make an analysis of the „professional” concept in light of the new Code and on the basis of current specialized laws, with regards to the juridical nature of the proposed concept, of the forms this concept can take, quality of the professional, the difference from the notion of „trader”, but also on the impact that this change might have on commercial law.

Cuvinte-cheie: noul Cod civil, concepție monistă, comerciant, agent economic, întreprindere.

1. Introducere:

Legislația actuală prevede două sisteme de reglementare a dreptului comercial: sistemul unității dreptului privat și sistemul autonomiei dreptului comercial.

În privința sistemului autonomiei dreptului comercial, acesta a fost preluat de Codul comercial român adoptat în 1887² după modelul Codului civil italian din anul 1882.

Mai târziu în anul 1942, sub influența concepțiilor corporatiste, a fost adoptat în Italia un nou Cod civil prin care se renunța la sistemul dualist al dreptului privat și la autonomia dreptului comercial și impunea o reglementare unitară a dreptului privat.

În prezent legiuitorul român, influențat fiind de reformele realizate de alte state precum Italia, Franța sau Spania, promovează o abordare nouă a instituțiilor devenite clasice implementând principii recunoscute în plan internațional în încercarea de a alinia legislația română celorlalte legislații consacrate pe plan internațional.

Codul civil din Quebec, mai precis cel intrat în vigoare în anul 1994, a reprezentat o sursă de inspirație nu numai pentru legiuitorul român dar și pentru o parte din codurile civile adoptate în statele mai sus amintite.

Acest lucru se datorează în mare parte doctrinei³ care consideră codul civil din provincia Quebec ca fiind o autentică recodificare a legislației și nu doar o simplă aducere la zi a legislației existente până în acel moment.

Precum s-a argumentat oficial⁴, noul Cod civil⁵, este interpretat ca un „*instrument modern*” ce modifică radical reglementările privitoare la persoane, încorporează relațiile comerciale și, în același

¹ Student anul III, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București. Lucrarea a fost elaborată sub coordonarea prof. univ. dr. Vasile NEMEȘ și asist. univ. drd. Dan Alexandru SITARU

² Decret-Lege nr. 1.233/1887, publicat în Monitorul Oficial, nr. 31 din 10 mai 1887.

³ *Introduction in Code civil du Québec annoté*, Tom 1, art 1à 1370, 2009, Ed. Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, pag. XII.

⁴ Expunere de motive Cod civil - adoptat în ședința Guvernului din 11 martie 2009. Secțiunea a II-a, Motivul emiterii actului normativ prin descrierea situației actuale: 1.3: „*Proiectul Noului Cod civil se dorește a fi un instrument modern de reglementare a aspectelor fundamentale ale existenței individuale și sociale, adaptat normelor de terminologie actuale*”.

⁵ Noul Cod civil va înlocui Codul civil de la 1864 odată cu intrarea sa „*în vigoare de la data care va fi stabilită în legea pentru punerea sa în aplicare*” – art. 2664 (1) noul Cod civil „*În termen de 12 luni de la data*

timp, desființează raporturile comerciale consacrand diferențieri de regim juridic în funcție de calitatea de profesionist, respectiv nonprofesionist a celor implicați în raportul juridic obligațional.

Noul Cod civil constituie un eveniment îndelung așteptat, atât de practicienii dreptului cât și de teoreticienii acestuia. Noutățile aduse de noua reglementare în materie civilă fiind apreciate, până în prezent, mai ales asupra caracterului progresist. Cu toate acestea, nevoia de modernizare a codului a solicitat gradul de maturizare a societății, materializată prin instituirea prematură a unui sistem de evaluare a stuațiilor juridice ce se bazează pe un grad ridicat de subiectivism dar și de relativitate.

Toate acestea în contextul în care, pe plan european, este invocat tot mai insistent un drept european al contractelor sau chiar unificarea întregului drept privat european, obiectivul Uniunii Europene constând în apropierea legislațiilor europene. Cu toate acestea, ideea este privită cu rezerve de unii eurosceptici⁶, deoarece un viitor Cod civil european ar cuprinde reglementări unice în domenii diverse, precum dreptul civil, dreptul comercial, dreptul muncii, dreptul internațional privat și dreptul procesual civil.

Noul Cod civil⁷ al României urmărește o abordare nouă a dreptului comercial, mai exact o redefinire a întregii materii comerciale prin unificarea regulilor de bază ale dreptului privat și reglementarea unitară a raporturilor de drept privat.

Din această perspectivă, de la momentul intrării în vigoare a noului Cod civil, problema dobândirii calității de comerciant și a efectelor acesteia nu va mai prezenta relevanță. În același timp se va contura însă problema dobândirii calității de profesionist de către persoana fizică autorizată, precum și problema efectelor produse de existența calității mai sus menționate.

În acest context, se pune problema momentului intrării în vigoare a noului Cod civil, moment în care dacă nu vor fi luate măsuri prealabile vor exista conflicte între noul Cod și unele legi speciale în vigoare, ori vor putea coexista cu noul Cod civil însă numai sub rezerva unor completări ce vor putea fi efectuate prin însăși Legea de punere în aplicare a acestuia.

2. Natura juridică:

Conceptul de „*profesionist*” în lumina noului Cod civil face referire la „*cei care exploatează o întreprindere*” fără nici o altă precizare cu privire la persoana profesionistului sau a formelor pe care le poate îmbraca.

Într-o altă concepție, profesionistul este cel ce exercită o profesiune. Acest sens, generic, este dat de către Dicționarul explicativ al limbii române (DEX)⁸, care definește noțiunea de *profesie* (profesiune) ca fiind: „*ocupație, îndeletnicire cu caracter permanent pe care o exercită cineva în baza unei calificări corespunzătoare: complex de cunoștințe teoretice și deprinderi practice care definesc pregătirea cuiva*”.

Prin *profesie*, *lato sensu*, se înțelege acel tip de activitate socială ce se exercită pe baza unei pregătiri profesionale, a unei calificări. Ea desemnează complexul de cunoștințe teoretice și

publicării, Guvernul va supune Parlamentului spre adoptare proiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului civil” – art. 2664 (2) noul Cod civil.

De la prima formă a Proiectului de Cod civil și până la noul Cod civil (adoptat la 26 iunie 2009 prin Legea nr. 287/2009) a cunoscut mai multe variante. În continuare, toate referirile la această lege se vor face prin „*noul Cod civil*” sau „*n.C.civ.*”

⁶ „*obsesia fuzionistă este o aberație culturală*” – *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, G. Cornu, Recueil Dalloz chronique, 2002, pag. 351.

⁷ *Legea nr. 287/2009 privind Codul civil* din 25 ianuarie 2009, publicată în *Monitorul Oficial*, Partea I, nr. 511, din 24 iulie 2009.

⁸ Dicționarul Explicativ al limbii române (DEX), Academia Română, Institutul de lingvistică „Iorgu Iordan”, publicat în Ed. Universul enciclopedic, București, 1998, p.885. În DEX, între termenii „*profesiune*” și „*profesie*” nu există nicio diferență.

deprinderi practice dobândite de către o persoană prin pregătire și se exprimă prin meseria sau specialitatea însușite.⁹

În sensul articolului 3, alineat (3)¹⁰ din noul Cod civil, constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate care constă în producerea, administrarea sau înstrăinarea de bunuri ori în prestarea de servicii, indiferent dacă exploatarea întreprinderii se face sau nu în scopul de a obține profit.

Definiția dată de noul Cod civil exploatării unei întreprinderi și, totodată, întreprinderii este o definiție generală, fără distincție, în funcție de obiectul activității, economice sau non-economice.

Desfășurarea unei activități organizate și sistematice este calificată în lumina noului Cod civil ca o activitate care are caracter profesional, activitate realizată de o persoană care are calitatea de profesionist. Exploatarea unei întreprinderi fiind forma juridică a oricărei activități profesionale.

Potrivit acestei reglementări, exploatarea unei întreprinderi sau întreprinderea are următoarele caracteristici¹¹:

- a) Întreprinderea constă în exercitarea sistematică și permanentă a unei activități organizate, potrivit unor reguli proprii;
- b) Activitatea organizată este realizată de una sau mai multe persoane pe riscul lor ;
- c) Persoanele care realizează activitatea organizată au calitatea de profesioniști;
- d) Obiectul activității organizate este producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau prestarea de servicii;
- e) Scopul întreprinderii nu este unul expres definit, acesta poate fi obținerea unui profit sau realizarea unui scop non-profit.

Cu privire la scopul unei întreprinderi avem două categorii de întreprinderi :

- 1) Întreprindere economică sau comercială dacă are ca scop obținerea de profit ;
- 2) Întreprindere civilă dacă nu are ca scop obținerea de profit.

Scopul urmărit de persoanele sau persoana care organizează activitatea întreprinderii este esențial în vederea caracterizării unei întreprinderi ca întreprindere economică, comercială sau civilă.

3. Calitatea de profesionist:

Articolul 6 al proiectului legii de aplicare a noului Cod civil dispune, în mod expres, înlocuirea expresiilor „*acte de comerț*” sau „*fapte de comerț*” cuprinse în Codul comercial și în alte acte normative în vigoare cu expresia „*activități de producție, comerț sau prestări de servicii*”, după caz¹².

Prin urmare expresiile faptele sau actele de comerț sunt înlocuite cu operațiuni, activități concretizate în acte juridice care vor putea fi săvârșite atât de comercianți, cât și de profesioniști, indiferent dacă aceștia sunt agenți economici sau întreprinzători. În concluzie, natura operațiunilor realizate de un comerciant nu va mai reprezenta un criteriu principal de definire a comerciantului.

Actul normativ care definește agentul economic și care reglementează protecția consumatorilor îl constituie Ordonanța nr. 21/1992¹³. Astfel, articolul 2 al ordonanței definește termenul de agent economic ca fiind orice persoană fizică sau juridică, autorizată, care produce,

⁹ Dr. Gheorghe Moroianu, *Statutul profesiilor liberale*, p. 71, Ed. Universul juridic, București, 2008.

¹⁰ *Legea nr. 287/2009 privind Codul civil* din 25 ianuarie 2009, Titlu preliminar, Capitolul I – Dispoziții generale

¹¹ *Dreptul comercial în condițiile Noului Cod civil*, Prof. univ. dr. Stanciu D. Cărpenaru, Curierul Judiciar nr. 10/2010, p. 543-546.

¹² *Proiectul legii de aplicare a Noului Cod civil. art. 6 (2)* În toate actele normative în vigoare, expresiile „*acte de comerț*” sau „*fapte de comerț*” se înlocuiesc cu expresia „*activități de producție, comerț sau prestări de servicii*”, după caz.

¹³ *Ordonanța nr. 21/1992 a fost modificată și aprobată prin Legea nr. 37/ 2002, M.O., Partea I, nr. 91/2.02.2002*

importă, transportă, depozitează sau comercializează produse ori părți din acestea, ori prestează servicii.

Termenul de produs fiind introdus în sensul Ordonanței nr. 21/1992, respectiv un bun material destinat consumului sau utilizării finale.

Prin folosirea termenului de „persoană autorizată” putem trage concluzia că un agent economic poate fi atât un profesionist, cât și un comerciant dacă produsele sau serviciile sale sunt destinate strict consumului, nu și folosinței de către alți agenți economici în scopul încorporării în alte produse ori servicii.

În ceea ce privește întreprinzătorul ca și profesionist, îl vom considera ca fiind cel care execută profesional o activitate economică organizată în scopul producției de bunuri, a schimbului sau prestării de servicii, definire reglementată de către Codul civil italian.

În aceeași ordine de idei, potrivit dreptului italian, întreprinderea reprezintă orice formă de activitate productivă organizată, comercială, industrială, de credit sau agricolă.¹⁴

În România, persoanele fizice pot desfășura activități economice în formele prevăzute de O.U.G. nr. 44/2008¹⁵, și anume: individual și independent, ca persoane fizice autorizate, ca titular al unei întreprinderi individuale sau ca membru al unei întreprinderi familiale.

În lumina noului Cod sunt profesioniști, toți cei care exploatează o întreprindere, respectiv cei care exercită sistematic, în mod individual ori într-o formă asociativă, o activitate economică organizată ce constă în producerea, înstrăinarea sau administrarea de bunuri ori în prestarea de servicii, indiferent dacă această activitate are sau nu ca scop obținerea de profit. Din interpretarea art. 3 al noului Cod civil¹⁶ rezultă că, pentru ca o persoană fizică să poată dobândi statutul de profesionist, aceasta va trebui să îndeplinească următoarele condiții:

A) Să desfășoare o activitate constând în producerea, administrarea sau înstrăinarea de bunuri ori prestarea de servicii;

B) Să desfășoare activitatea în mod organizat;

C) Să desfășoare activitatea în mod sistematic;

Noul Cod civil nu stabilește trăsăturile care conferă desfășurării unei societăți nici caracterul „organizat”, nici pe cel „sistematic”. Este de menționat că, spre deosebire de teoria întreprinderii, teorie care a fost dezvoltată pe baza Codului comercial, în teoria întreprinderii, teorie configurată prin noul Cod civil, nu s-a mai reținut necesitatea combinării tuturor factorilor de producție în desfășurarea activității. Astfel spus, în lumina noului Cod civil, pentru a exista o întreprindere cel care o organizează, profesionistul, va putea să folosească exclusiv propria muncă, nemaifiind necesar să existe în mod obligatoriu și muncă salariată.

3.1. Organizarea profesioniștilor ca persoane fizice autorizate sau în întreprinderi

Noul Cod civil nu reglementează însă condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o persoană pentru a putea exploata o întreprindere, deci nu reglementează condițiile necesare pentru a desfășura,

¹⁴ *Întreprinderea în noul Cod civil italian*, P. Demetrescu, RDC nr. 1-2/1943, p. 13.

¹⁵ Ordonanța de urgență nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 328 din 25 aprilie 2008.

¹⁶ *Legea nr. 287/2009 privind Codul civil* din 25 ianuarie 2009, Titlu preliminar, Capitolul I – Dispoziții generale,

Art.3 (1) Dispozițiile prezentului cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

(2) Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere.

(3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu ca scop obținerea de profit.

în mod organizat și sistematic, o activitate ce constă în producerea, înstrăinarea sau administrarea de bunuri ori în prestarea de servicii. Stabilirea acestora se va face prin intermediul legilor speciale.

Dacă privim dispozițiile noului Cod civil prin prisma O.U.G. nr. 44/2008, constatăm compatibilitatea acestora. În acest sens, persoanele fizice autorizate vor putea dobândi calitatea de profesioniști, O.U.G. nr. 44/2008 conferindu-le vocație în acest sens. Dacă pornim de la prevederile art. 2 lit. I) și a) din O.U.G. nr. 44/2008¹⁷, vom observa că persoana fizică autorizată este constituită sau se realizează pentru desfășurarea de activități economice, activități ce sunt definite drept activități comerciale, industriale sau agricole, activități ce sunt realizate în vederea obținerii unor bunuri sau servicii evaluabile în bani, indiferent dacă sunt destinate vânzării sau schimbului.

Ordonanța de urgență nr. 44/2008 instituie un cadru legislativ referitor la desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice.

Potrivit acestui cadru legislativ, orice persoană fizică, indiferent dacă este cetățean român sau cetățean al unui stat membru al Uniunii Europene ori al Spațiului Economic European, poate desfășura activități economice pe teritoriul României, în condițiile prevăzute de lege, după cum urmează:

- a) Individual și independent ca persoane fizice autorizate;
- b) Ca întreprinzători titulari ai unei întreprinderi individuale;
- c) Ca membri ai unei întreprinderi familiale.

Activitățile economice pot fi desfășurate în toate domeniile, meseriile, ocupațiile sau profesiile pe care legea nu le interzice în mod expres pentru libera inițiativă, prevederile prezentei Ordonanțe de urgență aplicându-se pentru activitățile prevăzute de codul CAEN a căror desfășurare în una dintre formele prevăzute mai sus nu este reglementată exclusiv potrivit unei legi speciale.

Din această perspectivă, desfășurarea de activități economice, în sensul O.U.G. nr. 44/2008, corespunde primei condiții pe care trebuie să o îndeplinească o persoană fizică pentru a deveni profesionist, în sensul noului Cod civil. În legătură cu îndeplinirea celorlalte două condiții, desfășurarea activității în mod organizat, O.U.G. nr. 44/2008 nu le reglementează în mod expres, dar este compatibilă cu acestea. Astfel, potrivit art. 6 din O.U.G. nr. 44/2008¹⁸, persoanele care au în vedere desfășurarea unei activități economice în mod permanent au în același timp obligația de a se organiza ca persoană fizică autorizată, întreprindere individuală sau întreprindere familială.

Pot desfășura activități economice în mod independent sau în cadrul asociațiilor familiale persoanele fizice care îndeplinesc, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) În cazul persoanelor fizice care doresc să desfășoare activități în mod independent, legea prevede o limită minimă de vârstă care nu trebuie să fie mai mică de 18 ani, iar în cazul asociațiilor familiale minimul prevăzut de lege din punct de vedere al membrilor asociației este de 16 ani;

b) Fac dovada că sunt apti de muncă din punct de vedere medical și că pot desfășura activitatea pentru care solicită autorizația;

c) Au calificarea, pregătirea profesională sau, după caz, experiența profesională necesară pentru a desfășura activitatea economică pentru care se solicită autorizația.

Actele care atestă calificarea dobândită în România pot îmbrăca diferite forme precum diplomă, certificat, carte de meșteșugar, carnet de muncă sau alte dovezi care sunt capabile să ateste

¹⁷ O.U.G. nr. 44/2008, Art. 2. - În sensul prezentei Ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

a) activitate economică - activitatea agricolă, industrială, comercială, desfășurată pentru obținerea unor bunuri sau servicii a căror valoare poate fi exprimată în bani și care sunt destinate vânzării ori schimbului pe piețele organizate sau unor beneficiari determinați ori determinabili, în scopul obținerii unui profit;

i) persoana fizică autorizată - persoana fizică care este autorizată să desfășoare orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind în principal forța sa de muncă;

¹⁸ O.U.G. nr. 44/2008, Art. 6. (1) *Orice activitate economică desfășurată permanent, ocazional sau temporar în România de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale trebuie să fie înregistrată și autorizată, în condițiile prezentei Ordonanțe de urgență.*

experiența profesională ori în cazul meseriilor tradiționale artizanale, în mod excepțional, este suficientă o declarație de notorietate cu privire la abilitatea de a desfășura activitatea pentru care se solicită autorizarea, declarație ce poate fi eliberată de primarul localității respective, în mod gratuit.

De asemenea, poate fi recunoscută și calificarea obținută în străinătate, însă trebuie să prezinte atestatul de recunoaștere și / sau echivalare eliberat de Ministerul Educației și Cercetării, prin Centrul Național de Recunoaștere și Echivalare a Diplomelor ori a atestatului de recunoaștere a calificării dobândite în străinătate, în afara sistemului de învățământ, eliberat de Ministerul Muncii, Solidarității Sociale și Familiei.

d) Depun cazier fiscal care să ateste că nu a comis fapte sancționate de legile financiare, vamale și cele care prevăd disciplina financiar-fiscală, care dovedesc că nu au fost condamnate penal prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă;

e) Îndeplinesc condițiile de funcționare prevăzute de legislația specifică în domeniul sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului, protecției muncii și apărării împotriva incendiilor și cerințele reglementărilor specifice protecției consumatorului pentru activitatea desfășurată, precum și normele de calitate a produselor și serviciilor puse pe piață.

Sub aspectul efectelor dobândirii calității de profesionist, acestea apar ca fiind asemănătoare celor derivând din calitatea de comerciant. Exemplificativ, pot fi menționate:

a) Prezumția de solidaritate (potrivit art. 1446¹⁹ din noul Cod civil, între debitorii unei obligații contractate în exercițiul activității unei întreprinderi, solidaritatea se prezumă);

b) Punerea de drept în întârziere (potrivit art. 1523²⁰ din noul Cod civil, debitorul se află de drept în întârziere dacă nu a executat obligația de a plăti o sumă de bani, asumată în exercițiul unei întreprinderi).

În concluzie, intrarea în vigoare a noului Cod civil va marca momentul de la care calitatea de comerciant nu va mai prezenta relevanță juridică. Noul concept incident în materia persoanelor fizice care desfășoară activități economice în mod independent va fi cel de „profesionist”.

3.2. Organizarea profesioniștilor ce exercită o profesiune liberală

O.U.G. nr. 44/2008 nu este aplicabilă profesiilor liberale, precum și acelor activități economice pentru care sunt reglementate aceste aspecte prin legi speciale, nici serviciilor prestate în contextul libertății de prestare transfrontalieră a serviciilor reglementate prin Tratatul de instituire a Comunității Europene.

Liberul profesionist este „acea persoană care exercită o profesiune liberală”²¹. Nu există o definiție²² a profesiei liberale pe care să o găsim într-un act normativ. Se fac însă referiri la profesii

¹⁹ *Legea nr. 287/2009*, Titlu IV - Obligații Complexe, Capitolul II – Obligațiile solidare, Art.1446:

(1) *Obligația solidară conferă fiecărui creditor dreptul de a cere executarea întregii obligații și de a da chitanță liberatorie pentru tot.*

(2) *Executarea obligației în beneficiul unuia dintre creditorii solidari îl eliberează pe debitor în privința celorlalți creditori solidari.*

²⁰ *Legea nr. 287/2009*, Titlu V – Executarea obligațiilor, Capitolul 1 – Plata, Secțiunea a 6-a – Întârzierea creditorului – Obligațiile solidare, Art.1523 – *Procedura ofertei de plată și a consemnării este prevăzută de Codul de procedură civilă.*

²¹ DEX, Op. Cit., pag. 570; s-a exprimat însă opinia potrivit căreia folosirea expresiei de profesie liberă este criticabilă, deoarece, *a contrario*, sugerează și existența unor profesii care nu sunt libere, ceea ce ar reprezenta munca forțată sau obligatorie, cu violarea art. 4 din Convenția europeană a drepturilor omului (CEDO) și art. 42 din Constituția României, republicată. Sensurile celor două sintagme nu se suprapun întru totul. „Profesiunea liberă” înseamnă *profesiune exercitată de o persoană pe cont propriu, fără a fi angajată undeva*. „Profesiune liberală” desemnează o *ocupație intelectuală, care ține de cultura spiritului (arhitectură, filozofie, drept, medicină) sau / și care depinde de un „ordin”, de un organism profesional neconvențional, cu un mod special de remunerare (George Pruteanu – comentariu pe forumul personal www.georgepruteanu.ro din 17.09.2006).*

²² Pe plan doctrinar, o definiție a profesiei liberale a fost dată de Constantin Tufan în Revista de Drept Comercial, nr.10/1997, p. 71, în sensul că „profesiunea liberală este acea profesie dobândită de o persoană juridică

liberale, iar în accepțiunea legiuitorului român²³ sunt enumerate ca profesii liberale următoarele: profesiile medicale, profesia de avocat, notar, consultant de plasament de valori imobiliare, arhitect sau „*alte profesii reglementate, desfășurate în mod independent, în condițiile legii*”.

3.3. Înregistrarea în Registrul Comerțului

O.U.G. nr. 44/2008 reglementează accesul la activitatea economică, procedura de înregistrare în Registrul Comerțului și de autorizare a funcționării și regimul juridic al persoanelor fizice autorizate să desfășoare activități economice, precum și al întreprinderilor individuale și familiale.

Cererea de înregistrare în Registrul Comerțului și de autorizare a funcționării se depune la Registrul Comerțului de pe lângă tribunalul din județul în care solicitantul își stabilește sediul profesional și va fi însoțită de documentația prevăzută în anexa care face parte integrantă din prezenta ordonanță. Înregistrarea în Registrul Comerțului a persoanei fizice autorizate, a întreprinderii individuale și a întreprinderii familiale se va face în baza rezoluției motivate a directorului oficiului Registrului Comerțului de pe lângă tribunal.

Primăriile își pot constitui birouri de asistență și reprezentare a persoanelor fizice. Astfel, persoanele fizice pot opta să efectueze formalitățile privind înregistrarea și autorizarea funcționării și prin intermediul birourilor de asistență și reprezentare prim completarea unei cereri de reprezentare, obținându-se astfel certificatul de înregistrare contra unei taxe, taxă ce va fi stabilită în mod independent de către fiecare primărie în parte.

Persoana fizică autorizată nu poate angaja cu contract de muncă terțe persoane pentru desfășurarea activității pentru care a fost autorizată și nici nu va fi considerată un angajat al unor terțe persoane cu care colaborează²⁴. Această dispoziție va fi coroborată, în primul rând cu art. 2 lit. i) din Ordonanță²⁵, potrivit căruia persoana fizică autorizată este „*persoana fizică autorizată să desfășoare orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind în principal forța sa de muncă*”, iar, în al doilea rând, cu art. 16²⁶, conform căruia persoana fizică autorizată poate colabora, în exercițiul activității pentru care a fost autorizată cu alte persoane fizice sau juridice, dar și cu art. 17 alin. (2)²⁷

prin pregătire superioară în cadrul sistemului de învățământ, exprimată prin specialitatea înșușită și care urmează să fie exercitată, în mod liber și independent, prin orice formă de organizare ar dori fiecare”.

²³ De exemplu, potrivit Codului fiscal al României, art. 47 (1) „*veniturile din activitățile independente cuprind veniturile comerciale, veniturile din profesiile libere și veniturile din drepturi de proprietate intelectuală, realizate în mod individual și / sau într-o formă de asociere, inclusiv prin activități adiacente*”.

²⁴ ORDONANȚA DE URGENȚĂ nr. 44/2008 din 16 aprilie 2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, Art. 17:

(1) PFA nu poate angaja cu contract de muncă terțe persoane pentru desfășurarea activității pentru care a fost autorizată și nici nu va fi considerată un angajat al unor terțe persoane cu care colaborează potrivit art. 16, chiar dacă colaborarea este exclusivă.

(2) Cu toate acestea, o persoană poate cumula calitatea de persoană fizică autorizată cu cea de salariat al unei terțe persoane care funcționează atât în același domeniu, cât și într-un alt domeniu de activitate economică decât cel pentru care PFA este autorizată.

²⁵ ART. 2 În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

i) persoană fizică autorizată - persoana fizică autorizată să desfășoare orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind în principal forța sa de muncă;

²⁶ ART. 16: În scopul exercitării activității pentru care a fost autorizată, PFA poate colabora cu alte persoane fizice autorizate ca PFA, întreprinzători persoane fizice titulari ai unor întreprinderi individuale sau reprezentanți ai unor întreprinderi familiale ori cu alte persoane fizice sau juridice, pentru efectuarea unei activități economice, fără ca aceasta să îi schimbe statutul juridic dobândit potrivit prezentei secțiuni.

²⁷ ART. 17: (1) PFA nu poate angaja cu contract de muncă terțe persoane pentru desfășurarea activității pentru care a fost autorizată și nici nu va fi considerată un angajat al unor terțe persoane cu care colaborează potrivit art. 16, chiar dacă colaborarea este exclusivă.

(2) Cu toate acestea, o persoană poate cumula calitatea de persoană fizică autorizată cu cea de salariat al unei terțe persoane care funcționează atât în același domeniu, cât și într-un alt domeniu de activitate economică decât cel pentru care PFA este autorizată.

conform căruia persoana fizică autorizată poate cumula această calitate cu cea de salariat al unei terțe persoane.

Persoanele fizice au calitatea de angajat propriu, ceea ce înseamnă că trebuie să fie asigurate în sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, al asigurărilor sociale de sănătate și al asigurărilor pentru șomaj. Ca dezavantaj poate fi considerată imposibilitatea extinderii, întrucât nu pot angaja alte persoane cu contract individual de muncă pentru desfășurarea activităților pentru care s-a obținut autorizația.

Se pot angaja în schimb, prin încheiere unei convenții civile, această variantă fiind mai avantajoasă decât un contract de muncă deoarece angajatorul va plăti taxe mai mici la stat și astfel poate face economii importante cu salariile.

Alte avantaje legate de persoana fizică autorizată sunt acelea că aceasta poate înregistra anumite cheltuieli personale (chiar mâncare, îmbrăcăminte, medicamente) care diminuează impozitele către bugetul de stat.

Deosebirea esențială dintre persoana fizică autorizată și întreprinderea individuală rezultă din posibilitatea sau imposibilitatea angajării de personal salariat.

Potrivit art. 19 alin. (1) din O.U.G. nr. 44/2008²⁸, persoana fizică autorizată nu poate cumula și calitatea de întreprinzător persoană fizică titular al unei întreprinderi individuale. Această soluție va rezulta și din faptul că nu se poate garanta cu același patrimoniu pentru două activități distincte, pentru că, potrivit art. 20 alin. (1)²⁹ coroborat cu art. 26³⁰, atât persoana fizică autorizată, cât și titularul întreprinderii individuale vor răspunde pentru obligațiile asumate în cursul exercitării activității comerciale cu patrimoniul personal. De asemenea, un alt motiv ar mai fi acela că regimul juridic al persoanei fizice autorizate este reglementat în mod diferit de regimul juridic al întreprinzătorului persoană fizică titular al întreprinderii individuale, în O.U.G. 44/2008. Alineatul (2)³¹ al aceluiași articol vine în completare și precizează următorul lucru: „creditorii își vor executa creanțele potrivit dreptului comun, în cazul în care persoana fizică autorizată nu are calitatea de comerciant.”

3.4. Sediul

În ceea ce privește sediul întreprinderii individuale sau al persoanei fizice autorizate constatăm că se folosește denumirea de sediu profesional, care este cel declarat prin cererea de înregistrare la Registrul Comerțului. Pentru stabilirea sediului profesional este necesar ca persoana fizică autorizată, titularul întreprinderii individuale sau oricare membru al întreprinderii familiale să dețină un drept de folosință asupra imobilului la adresa căruia acesta este declarat (art. 9 alin. (2))³². De asemenea, O.U.G. nr. 44/2008 prevede și posibilitatea persoanei fizice autorizate, întreprinderilor

²⁸ ART. 19: (1) PFA își desfășoară activitatea folosind în principal forța de muncă și aptitudinile sale profesionale. Ea nu poate cumula și calitatea de întreprinzător persoană fizică titular al unei întreprinderi individuale.

²⁹ Art. 20: (1) PFA răspunde pentru obligațiile sale cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul său, iar în caz de insolvență, va fi supusă procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările ulterioare, dacă are calitatea de comerciant, potrivit art. 7 din Codul comercial.

³⁰ Art. 26: Persoana fizică titulară a întreprinderii individuale răspunde pentru obligațiile sale cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul, iar în caz de insolvență, va fi supusă procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006, cu modificările ulterioare.

³¹ Art. 20 (2) Creditorii își vor executa creanțele potrivit dreptului comun, în cazul în care PFA nu are calitatea de comerciant.

³² ART. 9: (1) PFA, întreprinzătorul persoană fizică titular al întreprinderii individuale și întreprinderea familială au sediul profesional declarat prin cererea de înregistrare în registrul comerțului și de autorizare a funcționării.

(2) Pentru stabilirea sediului profesional este necesar ca PFA, titularul întreprinderii individuale sau oricare membru al întreprinderii familiale, de la caz la caz, să dețină un drept de folosință asupra imobilului la adresa căruia acesta este declarat.

individuale sau familiale, de a avea puncte de lucru, ca locații în care își desfășoară activitatea, în cazul în care aceasta nu se desfășoară exclusiv la sediul profesional.

4. Diferența specifică (*diferencia specifica*):

În lumina noului Cod civil, comerciantul nu va mai fi definit potrivit activității pe care o desfășoară. Noțiunea de comerciant va rămâne însă definită potrivit criteriului procedural, mai exact obținerea autorizațiilor prevăzute de lege sau înmatricularea în Registrul Comerțului, indiferent dacă este vorba despre o persoană fizică-comerciant organizată sub forma persoanei fizice autorizate, întreprinderii individuale sau sub forma întreprinderii familiale, în privința persoanelor fizice autorizate, desfășurarea activităților economice sub forma întreprinderilor individuale sau întreprinderilor familiale, fie că sunt societăți comerciale.

Articolul 6 al proiectului legii de aplicare a noului Cod civil³³ prevede că noțiunea de profesionist va include noțiunea de comerciant, întreprinzător și agent economic.

Prin urmare va dobândi calitatea de comerciant orice persoană, fizică sau juridică, atât timp cât va exploata o întreprindere comercială.

Dacă comparăm art. 3 alin (3) din noul Cod civil cu art. 6 alin. (2) din proiectul legii de aplicare a noului Cod civil putem trage concluzia că activitatea de producție, comerț ori prestare de servicii va putea fi exercitată atât de profesioniști, pe de o parte, cât și de comercianți, pe de altă parte.

Din acest punct de vedere, cadrul legislativ actual nu stabilește, într-o opinie, *diferencia specifica* respectiv activitățile de „comerț” care, în mod normal, ar trebui să-l particularizeze, să-l individualizeze pe comerciant și să-l deosebească de ceilalți „profesioniști”. Mai mult decât atât, activitățile de producție, comerț sau prestări de servicii vor putea fi realizate, în egală măsură, atât de către profesioniști, cât și de către comercianți.³⁴

Putem spune astfel că se păstrează raportul dintre *genus proximus* și *diferencia specifica*: orice comerciant va putea fi un profesionist, însă nu toți profesioniștii vor fi comercianți.

În altă ordine de idei, dacă luăm în considerare faptul că o întreprindere poate fi o întreprindere comercială sau întreprindere civilă, ajungem la concluzia că profesionistul care va exploata o întreprindere comercială va dobândi calitatea de comerciant.

În privința societăților comerciale, acestea sunt calificate ca fiind comerciale, prin urmare profesioniștii vor deveni comercianți potrivit criteriului formal, criteriu care este considerat modern, atât timp cât societatea va fi constituită într-una din formele de societăți comerciale prevăzute de lege.

5. Impactul asupra dreptului comercial :

Una dintre consecințele abandonării dualismului impune includerea în noul Cod civil a mai multor contracte speciale, mai exact a unor contracte ce sunt de regulă folosite de către comercianți în activitatea lor. Astfel se regăsesc în proiect, pe lângă contractele deja consacrate, contractul de vânzare-cumpărare comercială sau mandatul, contractul de agenție, de antrepriză, contracte bancare, contractul de comision, de consignație, de expediție, de furnizare, de depozit hotelier, de intermediere, contractul de report, de transport.

³³ Proiectul legii de aplicare a Noului Cod civil. art. 6 (2) În toate actele normative în vigoare, expresiile „acte de comerț” sau „fapte de comerț” se înlocuiesc cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări de servicii”, după caz.

³⁴ Dreptul comercial – între tradiționalism și modernism, Prof. Univ. Dr. Smaranda Angheni, Curierul Judiciar nr. 9/2010.

Având în vedere faptul că, în condițiile noului Cod civil, aceste contracte pot fi încheiate atât de comercianți, cât și de profesioniști, concluzia firească la care se poate ajunge este aceea că natura operațiunilor realizate de un comerciant nu mai prezintă un criteriu principal de definire a comerciantului. În sensul că deosebirea dintre contractele civile și cele comerciale va consta în privința obiectului, contractele comerciale având ca obiect tratarea de activități comerciale iar în privința caracterului oneros sau gratuit, contractele comerciale vor fi întotdeauna cu titlu oneros.

Putem aprecia că, de *lege lata*, în lumina noului Cod civil, gratuitatea va fi numai de natura și nu de esența contractelor mai sus amintite.

În acest sens putem lua drept exemplu contractul de intermediere în care intermedierea este remunerată numai dacă părțile au dispus în acest sens sau dacă intermediarul este un profesionist³⁵. Caracterul gratuit fiind numai de natura și nu de esența contractului de intermediere.

În articolul final al Codului se face trimitere la legea pentru punerea în aplicare a Codului civil, lege care nu este în măsură să rezolve toate aspectele problematice pe care le presupune această operațiune. În acest sens facem referire la raporturile Codului civil cu legile civile și comerciale care în urma adoptării vor abroga doar o parte dintre actele normative ce reglementează raporturile de drept privat.

Noțiunea de profesionist nu are în vedere numai comercianții, astfel după cum s-ar putea susține la o primă analiză, ci și necomercianții, cum ar fi membrii unor profesii liberale.

Art. 3 din noul Cod civil³⁶ stă la baza definirii acestui nou termen de profesionist în care se precizează că sunt considerați profesioniști *toți cei care exploatează o întreprindere*. Termenul de profesionist fiind introdus ca un nou termen juridic, probabil în locul celui de comerciant, de fapt nu este definit în mod clar și poate crea confuzie în lipsa unor delimitări ulterioare mai clare din partea legiuitorului.

Tot în art. 3 din noul Cod civil se precizează că dispozițiile acestuia se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

În *Vocabulaire juridique*³⁷, la termenul „*professione*” – se precizează că în materia dreptului consumatorului termenului de consumator i se opune termenul de „*professionist*”, ca fiind orice persoană fizică sau juridică care, în contractele de vânzare sau în contractele de prestări servicii acționează în cadrul activității sale profesionale private sau publice.

Tot aici, cu privire la termenul de profesie, într-o altă accepțiune, se precizează că se poate referi la cazul unui sector economic la care se atașează o întreprindere în funcție de activitatea sa, activități ce sunt diverse și sunt exercitate de salariați.

Prin urmare această accepțiune a termenului „*professionist*” din noul Cod ar putea și ar trebui să fie riguros clarificată, poate printr-o lege specială.³⁸

6. Concluzii:

Odată cu adoptarea, în anul 1865, a Codului civil român, ce reprezintă o copie aproape fidelă a Codului civil francez, s-au pus bazele dreptului civil modern cu principiile și instituțiile sale și s-a introdus, pe această cale, terminologia juridică modernă. Concepția generală, principiile, instituțiile

³⁵ **Art. 2.097.** (2) În lipsa convenției părților sau a unor prevederi legale speciale, intermediarul are dreptul la o remunerație în conformitate cu practicile anterioare stabilite între părți sau cu uzanțele existente între profesioniști pentru astfel de contracte.

³⁶ *Legea nr. 287/2009 privind Codul civil* din 25 ianuarie 2009, Titlu preliminar, Capitolul I – Dispoziții generale

³⁷ *Vocabulaire Juridique*, Gérard Cornu, Editura PUF, 2007.

³⁸ Codul civil adoptat prin legea 287/2009. O perspectivă valabilă în raporturile de drept European?, Marina Uliescu, Revista Studii de Drept Românesc, an 21 (56), nr. 4, pag. 313-318, București.

dreptului civil, terminologia juridică dar mai ales rigoarea reglementării au făcut ca acest Cod să supraviețuiască transversând, aproape inexplicabil, perioada de aproape cinci decenii a dreptului socialist.

Proiectul noului Cod civil îmbrățișează concepția monistă, așa cum, de altfel, se regăsește în sistemul de drept romano-germanic și în alte state europene cum ar fi, de exemplu, Elveția, Olanda, Italia sau Franța.

Modelul care a stat, însă la baza elaborării noului Cod civil român este Codul civil al provinciei Québec din statul federal Canada, cod ce a fost adoptat în anul 1991. Este de la sine înțeles că acest model este eliptic de reglementările care trebuie să se regăsească în cazul unui stat unitar prin comparație cu reglementările unei provincii care se completează cu reglementările la nivel federal.

Codul civil român exclude reglementările privind societățile comerciale, prin neluarea în considerare a unor coduri moniste europene care fac parte din tradiția juridică romano-germanică, reglementări ce se regăsesc în Codul civil elvețian, olandez sau italian.

Având în vedere că elaborarea acestui Cod nu a respectat procedura clasică de elaborare a codurilor, prevăzută de altfel și de dispozițiile legale în vigoare din Legea 24/2000, cu modificările ulterioare, dispoziții imperative care prevăd că în elaborarea codurilor, comisiile de specialitate trebuie să întocmească tezele prealabile pe baza unor studii și a unei ample documentări științifice, pentru a putea fi analizate, dezbătute, și care să cuprindă concepția generală, principiile și noile soluții ale viitoarei reglementări, noul cod civil nu a beneficiat, astfel, de sugestiile celor cărora li se adresează.

Una dintre principalele scopuri asumate de către autorii noului cod civil a fost cu siguranță unificarea dreptului privat, renunțându-se, prin consecință, la dualitatea tradițională, consacrată prin promulgarea succesivă a celor două coduri comerciale în secolul XIX.

Într-o opinie³⁹, Unificarea dreptului privat prin includerea în Noul Cod civil a principalelor dispoziții care reglementează „*materia comercială*” nu aduce cu nimic atingere existenței dreptului comercial – ca ramură de drept privat, parte integrantă a sistemului de drept românesc.

În acest sens, cel mai bun argument este că în materie comercială există o bogată legislație specială care reglementează regimul juridic al comercianților, în principal Legea nr. 31/1990, republicată și modificată, O.U.G. nr. 44/2008, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței etc., legislație care, adăugându-se dispozițiilor din noul Cod civil constituie un argument hotărâtor în privința legitimității dreptului comercial și al autonomiei acestuia.

Această concepție monistă a proiectului presupune că, în ceea ce privesc raporturile de drept privat, Codul civil constituie dreptul comun (*jus commune*) în sistemul nostru legislativ.

Cu toate acestea, modificările aduse sistemului de drept privat nu pot decât să anuleze în mare parte autonomia dreptului comercial dar, în conjunctura în care în ultimile decenii dreptul consumatorilor s-a consolidat, mai ales, prin transpunerea numeroaselor acte normative aparținând dreptului comunitar, pare greșit să afirmăm că dualitatea va dispărea cu desăvârșire.

Dimpotrivă, dualitatea tradițională a fost substituită cu una nouă. Pe de o parte, raporturile juridice contractuale de drept privat vor fi reglementate de către normele noului Cod civil iar, pe de altă parte, o nouă dualitate de sistem va fi caracteristică dreptului contractelor, acesta fiind formată din dreptul comun și normele incidente asupra contractelor cu consumatorii.

³⁹ *Dreptul comercial – între tradiționalism și modernism*, Prof. Univ. Dr. Smaranda Angheni, Curierul Judiciar nr. 9/2010

Referințe bibliografice

- **Gheorghe Moroianu**, Statutul profesiilor liberale, Ed. Universul juridic, București, 2008.
- **Gérard Cornu**, Vocabulaire Juridique, Editura PUF, 2007.
- **Gérard Cornu**, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, Recueil Dalloz chronique, 2002.
- Introduction in Code civil du Québec annoté, Tom 1, art 1à 1370, 2009, Ed. Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, pag. XII.
- **Marina Uliescu**, Codul civil adoptat prin legea 287/2009. O perspectivă valabilă în raporturile de drept European?, Revista Studii de Drept Românesc, an 21 (56), nr. 4, București.
- **P. Demetrescu**, Întreprinderea în noul Cod civil italian, RDC nr. 1-2/1943.
- **Smaranda Angheni**, Dreptul comercial – între tradiționalism și modernism, Curierul Judiciar nr. 9/2010.
- **Stanciu D. Cărpenu**, Dreptul comercial în condițiile Noului Cod civil, Curierul Judiciar nr. 10/2010.

GENERAL CONTRACT TERMS – PROTECTION OF THE WEAKER PARTY

Erzsébet SZÉPLAKY*

Abstract

The aim of my thesis is to get a comprehensive picture of the general contract terms and all the essential characteristics of its application. My research method is working up specialised literature and legal cases. My data collection covered both printed and electronic publications, furthermore explanations, judgments, decisions and the study of student opinions. According to my hypothesis, the party contracting the one who works out the general contract terms is in the "weaker" position. In the vast majority of the cases, when the party is confronted by general contract terms, it is not careful and cautious enough. He has no time and patience to read through several pages of small print documents. He accepts it without interpretative reading and understanding. Hoping to make a good deal, therefore, it might be only later, or never, that he realizes he has signed a contract containing an unfair–unjustified advantage–condition. He was deceived by the complex, poorly understandable, ambiguous wording. My aim is, therefore, to discuss the concept of the general terms and conditions, to present the legalisation of general contract terms, particularly with special regard to unfair terms. It is important to emphasise whether there is a possibility of legal remedy and if there is, what tools are in the hands of consumers against the unfair terms. I also examined how the weaker party can profit from the right of contest and what the application of public action actually means.

My results showed that the unfair term has been examined with appropriate thoroughness, objectivity and in a prudent manner by the Hungarian system of justice and interest enforcement and it provides reasonable protection to the injured party who is in the weaker position.

Keywords: *general contract terms, unfair terms, prevention – correction (action against unfair terms), individual right to challenge, public action*

Introduction

With the evolution of mass production and the consumer society, a tendency has gradually come into the foreground, namely, that the producer, provider gets in contact with more and more people when he provides the same or a similar product or service. In this situation, the entrepreneur has a contractual relationship with the same number of partners. This type of development and the requirement of rationality require the entrepreneur to incorporate the types of contractual relations into contracts containing general contract terms. One of the contract party establishes the prices according to market circumstances and the other relevant content conditions of the contract which will be important at the signing of the contract. The contractor is only willing to contract with another party or business partners if he accept the conditions of the contract. However, the business partners do not participate in putting together the content of the contract. Two options are allowed to them: either they accept the contract terms established unilaterally by the contractor and sign the contract or they do not accept it and do not contract.

The general contract terms was worked out for most service providers who provide (bulk) services to the mass. These include credit institutions, insurance companies, transport companies, utilities providers, travel agencies, telephone companies and many others.

* Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary; (szeplakye@gmail.com). This study has been elaborated under the coordination of Dr. Leszkoven László

Problems of the application of possible abuses and unfair contract clauses

The general contract terms, like a legal institution in Private Law, within this in the law of obligations, are located in the general part of Contract Law.

One principle of Contract Law is that of liberty of contract. This means that the parties can decide relatively free whether they enter into a contract at all; if yes, with whom, what type of contract they enter into and with what kind of content. The general contract terms, however, constitute a special part of contract law, in which instead of the principle of liberty of contract, the signs of one-sided forming of the contract can be discovered. Thereby, the application of the general contract terms make the liberty of contract "formal".

The wide scale application of the general contract terms, however, is made easier by the provision of the Hungarian Civil Code (Act IV of 1959), on the basis of which, from the point of view of classification, the length, form and mode of attachment of the general terms and conditions are neutral as well as the circumstance whether the conditions appear within the deed or detached from that. So, the party applying the general contract terms can easily and quickly enter into a contract with the partners.

Besides this advantage, however, a significant disadvantage of the application of standardized contracts must be considered, too. With the application of general contract terms we can see an increase in the frequency of opportunities of abuse.

In the relationship between the parties of different bargaining positions a situation occurs, in which the economically superior party takes advantage of its position and works out one-sided contract clauses which prove to be unfair terms to the other party with regard to their content. That is applied by party working out the general contract terms in order to gain unfair advantage against the contracting party.

Against the abuse of the dominant partner an appropriate legal protection must be ensured (civil, consumer protection and competition).

For the interest of the entities who do not have equal social opportunities -(as Lajos Vékás said "for the protection of the socially disadvantaged party"¹ (Vékás: 1999)-there is a need to intervene with the legal and non-legal means. There is a need for the full protection of the party who is in the weaker position (including the interests of consumers, too). Thus, the different national laws and the various community laws need to complement each other. Furthermore it is important that the state bodies and the civil society cooperate closely together.

Preventive and corrective means for the protection of the weaker party

As in social politics, law also has an important role in problem prevention and in solving the current problems.

As long as the problem does not occur, so the dominant economics parties do not abuse with the "vulnerable" status of the disadvantaged consumers, the preventive action is required which will help to inform and teach the costumers. Besides, giving information also has an important role in making laws which create the proper conditions to operate a balanced market competition.

If the problem has already occurred and the consumers exit from the market relationship in a negative way, correction enjoys priority. There are two opportunities for remedy from which the customer can choose: judicial and extrajudicial legal remedy.

On the whole we can say that the legal certainty and the requirement of justice require a certain degree of protection of the aggrieved party or the prevention of injury.

¹ Vékás, Lajos (1999): The constitutional delimitation of contract law. In Journal of Jurisprudence, 2. no., 54. p

To understand this issue it is important to get to know what we understand by the general contract terms according to the effective Hungarian Civil Code (Act IV of 1959).

The general contract term is qualified as the condition that is worked out by one of the parties one-sidedly for the purpose of entering into several contracts, is pre-defined without the cooperation of the other party, and that has not been negotiated individually (Civil Code, 205/A.§(1).

The general contract term is, therefore “a document, which is used in contracting, usually worked out unilaterally, by which the person who applies it becomes the part of future contracts, the number of which is not pre-defined”².

The essential elements of the general contract terms are unilateralism and pre-elaboration. Within the regulation of general contract terms the Civil Code also contains specific rules related to the consumer agreement. This definition shows the first and most essential conceptual elements are unilateralism and pre-elaboration. The conditions are not individually negotiated and are created without the cooperation of the contracting person.

So it belongs to law presumption that the other party does not participate in the contractual arrangements. Consequently, if the conditions have not been worked out unilaterally but with a consensus, we can not talk about the application of general contract terms. In this case the obligation of proving the existence of the consensus between the parties burdens the party who uses the general contract terms.

The next important question is when and how the general contract term becomes a part of the contract. The answer can be found in the nr. 37 resolution of the Economic College of the Supreme Court that the Hungarian Civil Code took over after the amendment of 1997. By the act IV of 1959 on Civil Code the general contract terms will only become part of the contract if the party applying it has allowed the other party to get to know the contents of the general contract terms and if the other party has accepted it expressly or implied conducts.

So if the party who has worked out the general contract term does everything so that another party may get to know the designed parameters in that case it has complied the obligation of informing. In spite of this if the other party does not read the parameters, just merely accepts them, it cannot refer to the consequences or the occurring legal sanction even to make a mistake and other defects. The contract between the parties is concluded.

The general contract terms appear in contract (as for example the contract which was given by driving schools to the students in which the students have to fill their data and have to sign it) or out of contract (for instance public utility undertaking, telecommunication providers, public transport system etc business regulations). They use the latter phrase that the general contract terms appear out of contract because the conditions, the comprehensive, several pages long regulations of service providers "do not fit" into their contents.

In case of a legal dispute the law enforcer's work becomes easier. If the party who labour the general contract term, writes a kind of clause into the contract, that the general contract terms was recognised and accepted by the other party. This happen in the easiest way if the acceptance was in a written form. By implied conduct the contracting party comply their obligation if it begins to fulfil the contract themselves.

If the general contract term contains unfair terms, the law will creates the possibility of judicial enforcement.

In the effective Hungarian legislation, the modification of law was happened by the transposition of Council Directive 1993/13 due to the Act III of 2006.

The aim of guideline of European Union is the market, competition and consumer protection. The guideline emphasises the special protection of costumers as opposed to unfair terms. The 3rd clause of the guideline determines the definition of unfair terms. The clause is qualified unfair if it

² Kónyáné, Simics Zsuzsanna (1991): A brief analysis of the problems of standardized contracts. In *Kovács István- album*-179. p

gets included within the contract not as a result of the agreement between the parties. It is in contrast with the requirement of bona fides, under the contract, in point of the rights and obligations of contracting parties, the unfair terms cause disproportionality for the detriment of consumers. The pre-standard structured contracts are typical examples that the contracts are formed without consensus, in a way that consumers can not influence the content.

What does unfair clause mean in the Hungarian legal regulation? This definition is not contained in the previous regulation. However due to the so-called regulation of consumer protection it has been clearly formulated.

*An unfair clause is a contract clause which is stated for the disadvantage of the contracting party unreasonably and unilaterally.*³ In the investigation of unfair terms the court has to pay attention to the circumstances of all conditions. In the course of unfair terms we have to examine the nature of the service, the relation of the term concerned with other contracting terms and with other contracts. The judgement of the Supreme Court⁴ is a good example to support this. The judgement stated that the complex examination of all conditions is necessary to determine if general contract term becomes unfair or is unduly disadvantageous to the other party therefore violates the requirement of bona fides.

Overall we can say that the condition becomes unfair if the parties do not form the contract terms together, their rights, obligations are disproportionate, disrupt the balance and are detrimental for the customer. This practice is in contrast with the principle of Code Civil that of bona fides, fairness and cooperation, and implements the principle of the abuse of rights and leads to the infringement of other people's rights and legitimate interests and also leads to unauthorized advantages.

The Hungarian Civil Code – fulfilling Hungary's obligation of legal harmonization—authorizes legislators to make a government decree. The government decree determines which condition is considered to be unfair till the opposite is proven. Government decree No.18 of 1999 (II.5.) gives an illustrative list of these unfair terms, thereby providing assistance to the contracting parties and for law enforcers. This is absolutely unfair or prohibited beside the terms of contract. The government decree makes a difference between the presumably unfair and the prohibited terms, thereby fulfilling the obligations of legal harmonization in harmony with the guidelines of the EU. These are the so-called grey and black lists. The legal transactions which contain prohibited terms are illegal and result in the consequence of voidness. The unfair terms of the grey list can be regarded as unfair till the opposite is proven.

Laying down the rules both on a communal and a national level have made work easier for those present in the economic sphere as well as for those in law enforcement. It enables firms, companies and businessmen—being familiar with unfair conditions—to formulate only such conditions unilaterally which do not exhaust any of the points listed in the laws, thereby they do not cause the injury of their contracting partners.

The unambiguous setting down of conditions also helps the consumer in deciding whether it is worth appealing to the court (for legal remedy). We must not forget about the courts, either, for whom an unmistakably formulated law makes the actual law enforcement, the assessment of a possible invalidity easier.

For the assessment of dishonesty—beyond being unilaterally worked out—the condition set down also has to be disadvantageous for the other contracting party. The fact that one party works out one of the set of conditions does not necessarily mean a disadvantage to the other party. Disadvantage can only be assessed if it provides the other party with disproportionately less rights and sets out more obligations.

³ Act IV of 1959 on Civil Code paragraph 209., item (1)

⁴ The judgement of the Supreme Court can be found in the following place: Legf. Bír. Gfv. XI.30.366/2006.

Unfair conditions, especially the causing of disadvantage ”committed to the injury” of consumers requires complex action and intervention both with regard to the means of law and the means outside it. Consequently, it is important to provide and keep the interests of consumers in view.

Action against unfair conditions

According to Act IV of 1959 of the Hungarian Civil Code, the lawmaker differentiates between consumer and non-consumer contracts from the point of view of legal consequence. Sanctions—namely the possibility of voidableness—are applied against unfair conditions, set down in the general contract terms of a non-consumer contract. The injured party is the one entitled to contest. This contest involves two conditions, the quality of the general terms and conditions and the unfair condition.

In case of consumer contracts, the applied unfair condition is void/nullity. Voidness may only be referred to in favour of the consumer and not in that of the other party (this is called unilateral/one-sided voidness). Similarly, the unfair condition also proves to be void if the contract of the parties has come into existence one-sidedly, based on pre-determined and discussed conditions and not by the application of the general contract terms.

The Hungarian Civil Code authorizes bodies determined in separate laws to bring a public action (*popularis actio*) to the court. This type of action may be aimed at ascertaining invalidities and—if the act does not set down otherwise—it can only refer to consumer contracts.

The circle of those entitled to bring an action involves such organizations which, on the part, possess public power and, on the other part, they are bodies that represent and protect the interests of the major group of those injured parties affected by the unfair term. On the basis of this, the prosecutor, the authority possessing a license of public power in the given branches (the Economic Competition Bureau in the economic field, the National Consumer Protection Authority in the field of consumer-protection), and the organizations protecting interests have authority.

It is important that the detaining judgement in the given case is of *erga omnes* effect, which means that it is binding on everybody involved, thereby the injured consumers can ask the detained economic organization to execute the points comprised in the judgement.

In the Hungarian law, the Civil Code defines two types connected to the general contract terms: the specific and preventive public action. In the first case—in connection with the unfair condition already applied—the bodies entitled to bring an action may ask the court to ascertain the invalidity. In the second case, there is an opportunity for the validation of rights in court in the event of an unfair condition not yet imposed but already made obvious. A preventive public action may also be brought against those who publicly offer the application of the unfair contract condition.

In case of a successful contest, the invalidity of the unfair term is binding on every party contracting the applier of the condition. This means that this condition cannot be imposed with the same content when entering into new contracts. Similarly, it cannot be applied in case of contracts signed before the contest but not yet completed. If an unfair condition appears within a contract establishing a permanent legal relationship and a detaining judgement is passed, the judgement will not be binding on the non-completed obligations but it will include the ones due in the future.

It is important that the concept of the general terms and conditions be enlisted among the laws and the study of the disadvantageous conditions of unique consumer contracts also has to be enabled.

In view of law enforcement, the circle of those entitled to bring a public action has to be extended to professional chambers and to bodies representing interests. Thereby, in my opinion, a ‘protective organisation’ may operate in favour of the protection of consumer interests, which—with collective power—is able to put pressure on those economic participants who carry out unfair measures against consumers in weaker positions in the interest of profit-raising.

I consider it a consumer-protecting guarantee to ensure that the judgement will be made public if the superior economic participant causes a disadvantage to the inferior one and the court, therefore, verdicts it guilty. This is a corrective step in view of the detained party as well as of those who 'plan' the infringement of lawful rights, and serves as a retarding force regarding further causes of damage. That also functions as a preventive measure. Thereby, as I see it, a legislative approach emerges that is preventive and corrective at the same time.

It contributes to the solving of the problem through jurisdiction and prevents the spread of similar problems. The inclusion of the public leads to decaying trust in the long run, which may lead to the change of the competitiveness of the given economic unit (company) and the instability of its economic power.

Without the demand on fullness, I consider it important to note the possibility of resorting to law outside court in favour of the protection of consumer rights: the conciliatory body and arbitration. The general acts controlling legal remedy refer to the enforcement of consumer rights, on the other hand, however—with regard to the peculiar consumer cases—specific solutions had to be found for settling disputes. I believe we must emphasize the basic right of consumers within the European Community that the consumer rights be enforced within the framework of quick, effective and cheap actions. It would also be important, however, if the practice, by which the majority of the disputable cases of consumers could be settled outside court, spread even more. That is why I consider advantageous the chance of free or preferential legal advising.

Finally, I consider legal aid and law-enforcement civil organisations preventive, which help the disadvantaged consumer. Civil organisations have many-sided tasks regarding consumer protection.

Conclusions

In legal practice, the application of the general contract terms is not per se illegal. (Leszkoven: 2009). Illegality only occurs if the principle of contract equilibrium disrupts to the detriment of the other party. This phenomenon is considered to be the abuse of the principle of dispositivity, which means that “if one of the contract partners – referring to the freedom of difference—tries to amend the statutory and equitable distribution of contractual rights, obligations and contractual risks in an improper way.”⁵

This is important because the general contract term is able to destabilize the co-ordinated relationship between the parties. The party who works out the general contract term makes a benefit unilaterally and pays for its own benefit, the other party rights and obligations which deriving from the contract with the violation of bona fides and requirement of fairness. Therefore it is important to ensure adequate protection.

Literatures and cases have proved me that the Hungarian system of jurisdiction and lobbying investigates the unfair clauses in every single case with appropriate thoroughness, objectivity and circumspection, and ensures reasonable protection for the injured party who is in the weaker contracting position.

My dissertation was inspired by Lajos Vékás who said: “The problem of the socially weaker party should not be swept under the carpet, but the tools of private law have not been cut out for this...However, this option should not be completely abandoned, either.”⁶ As we can see, the problem is complex and it is an everyday phenomenon, and appropriate intervention may be necessary. The observation of the preventive-corrective aspect is important to protect the interests of the weaker parties.

⁵ Leszkoven, László (2009): A „general security” joint and several guarantee. In *Közjegyzők Közlönye* 1. no., 5. p

⁶ Vékás, Lajos (1999): The constitutional delimitation of contract law. In *Journal of Jurisprudence*, 2. no., 59.p

From the point of view of prevention, it is essential that the parties applying the general contract terms make the understanding of the points of general contract terms obvious (easily readable in practice). The civil consumer organisation should help the costumers as a weaker party to get information of their life, so that they can live with legal remedy in case of violation. To my mind from the aspect of the preventive-corrective control it is good that they apply public action. So, the judge delivers a negative statement against the enterprise organisations and it should be public. In addition, I "welcome" the idea that in the Hungarian system of jurisdiction a public action can be initiated against unfair clauses which have not been used yet by the party who worked them out, just recommend to use them. Thereby, it will be possible to take action against violations of law before it occurs.

Ultimately, I agree with viewpoint of Edina Molnár about her prosecutor's activities. According to her: "It would be better if the Prosecutors who work in a private law branch make a more active relationship with the consumer protection inspectorates, consumer-oriented NGOs and through them with the consumers operating mutual information.

They assist in the enforcement of consumer demand, not only the way of legal proceedings but even in the cooperation of the establishment of-court settlement as well. I would like to use an all-inclusive "prior administrative filter" application that investigates the general contract terms which are set up, but have not been applied yet. It is possible that "without unfair terms" parameters may be presented to customers. The future dictates that in this field a wide-ranging cooperation become real.

References

- Bassola, Bálint (2005): The meeting of civil and competition law in the field of general contract terms - connections and delimitations In *Competition law*, 11-35. p
- Bassola, Bálint (2003): Issue about unfair clauses in the general contract terms. http://www.ajk.elte.hu/TudomanyosProfil/kiadvanyok/elektronikus/seminarium/scire_aliquid/BassolaBalint-Klauzulak.pdf download:25 September 2010
- Bebök, Gabor–Kapa, Matyas (1997): General Contract terms. In *Collega*, 2 no., 13-14. p
- Bíró, György (2006): *Obligation law, common rules, doctrine of contract*. Miskolc: Novotni Foundation for the Development of Private Law.
- Bíró, György (1990): General contract terms based on consensual. General contract terms are in the long-term relationship among the business organisations. In *Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio jurídica et Política*, 4 Vol, 41-59. p
- Brett, András (2001): Consumer protection in the European Union. In *Napi Jogász*, 6 no., 40-42. p
- Brett, András (2001): Consumer protection in the European Union. II. part. In *Napi Jogász*, 7 no., 34–35. p
- Csécsy, Andrea (2009): Options of special assertion of claims in the consumer protection law. In Szikora, Veronika (eds.): *Challenges and opportunities in today's private law. Essays*. Debrecen: University of Debrecen, Faculty of Law and State, Department of Civil Law, 83, 102. p
- Cserne Péter: Contract theory between hermeneutics and legal policy. In http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=peter_cserne, downloads: 2. October 2010.
- Csiby Andrea Csilla (1995): Legislation of general contract terms. - the solution in Hungary and Germany . In *Economy legal notices*. 11 no., 167-174.p.
- Darázs, Lénárd (2007): Constitutional protection of the liberty of contract and competition. In *Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestinensis XLIV.*, 23–44. p
- Eörsi, Gyula (1975): *Comparative Civil Law. Types of law, groups of law and the way of development of law*. In Budapest: Publisher Academic.
- Fazekas, Judit (1995): Consumer Rights - Consumer Protection. In *Civil service Law Book Publisher*.
- Fazekas, Judit (1999): In the protection of consumers. In *Management*, No 8, 40. p
- Fazekas, Judit (2003): *Consumer protection law*. Miskolc: Publisher Novotni.
- Fehér, Ferenc (1982): Business rules and certain questions of general contract terms. .In *Hungarian Law*, 7. no., 616–627. p.

- Garai, Tamásné (1998): The place and role of the social organizations in consumer protection. In *Consumer Protection Code*. Budapest: KJK. 57-77. p
- Király, Miklós (2000): The impact of European Communities' guidelines to the law of contract in the field of consumer protection. In *Hungarian Law* 6. no, 325–336. p
- Kónyáné, Simics Zsuzsanna (1991): A brief analysis of the problems of standardized contract . In *Kovács István- album*-179-191. p
- Kónyáné, Simics Zsuzsanna (2000): Changes in civil rights legislation related to general contract terms. In *Bérczi Imre-jubileum. Acta Universitatis Szegediensis Acta Juridica Et Politica Tomus LVIII. Fasciculus*, 347–363.p.
- Leszkoven, László (2009): A „general security” joint and several guarantee. In *Közjegyzők Közlönye* 1. no., 3–9. p
- Menyhárd, Attila (1994): Some theoretical aspects of adhesion contracts.
- Harmathy, Attila (eds.): Civil law papers. Budapest: ELTE ÁJK, 19–36. p
- Molnár, Edina (2002): The unfair terms and the potential prosecution action for consumers. In *Prosecutors Page*. 2. no., 5-17.p.
- Móry, László (1987): *Contracting guidelines*. Budapest: Building Information Centre.
- Nemessányi, Zoltán (2004): Directive 93/13/EEC about applied unfair terms in the consumer contracts. In *European Court Judgments*, 1 no., 3-6. p.
- Németh, Anita (1998): Settlement of dispute in the consumer protection. In *Consumer Protection Code*. Budapest: KJK. 79-83. p
- Németh, László (2008): Litigation experience' of nullity of general contract terms and consumer contracts. In *Economics and Law*, 11 no.,15-23. p
- Osztoivits, András (2008): Jurisdiction clause as unfair contract terms - Questions and doubts in the mirror of the community and Hungarian law. In *Hungarian Law*, 8.no., 532–542. p
- Petrik, Ferenc (eds.) (2010): *Comment of Civil Rights for the practice. II. edition*. Budapest: Journal and Publishers Ltd.
- Proposal of Editorial Committee, V. Paper, Obligation Law, Part Two, The general rules of contract. In *Codification of Civil Law*. 2007/2 2007/3.
- Szentiványi, Iván (2001): The business rules of bank and the consumer protections. In *Economics and Law*, 1 no., 10-15. p
- Takács, Péter (1997): General contract terms – problems - question marks. In *Collega*, 4 no., 21-22.p
- Takács, Péter (1987): The standard contracts. Budapest: Publisher Academic.
- Tímár, Kinga: Opportunities for abuse in general contract terms. In <http://www.ajk.elte.hu/TudomanyosProfil/kiadvanyok/elektronikus/seminarium/Invia%20virtutis/T%C3%ADm%C3%A1r%20Kinga.pdf>, downloads: 5. September 2010.
- Török, Éva (2009): The specialty of standardized contracts in the Hungarian law. In *Collega*, 1. no., 355–366. p
- Ujváriné, Antal Edit (1999): Application and communication obligations of general contract terms in the insurance law. In *Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Juridica et Politica*, 16. Vol, 311 – 322 p
- Vékás Lajos (2004): The contest of paragraph 209. in the Civil Code before the European Court of Justice. In *European Law*, 6 no., 8-11. p
- Vékás, Lajos (1997): The constitutional foundations of contract law. In *Collega*, 4 no.,16–19. p
- Vékás, Lajos (1999): The constitutional delimitation of contract law. In *Journal of Jurisprudence*, 2 no., 53-60. p
- Violáné, Sümegi Kornélia (2003): The attack of general contract terms, particularly for the contract based on the law of Communications Act. In *Prosecutors Page*, 5.no., 5-21. p.

ACTELE JURIDICE ȘI RĂSPUNDEREA ÎNTREPRINDERII FAMILIALE

Floriana TUDOR*

Abstract

The current paper aims at depicting the main features of the family entrepreneurship activity by tackling comprehensively a few theoretical and practical situations that stem from the reading of Government of Romania Emergency Ordinance no. 44/2008. The core objective of the paper is on the one hand to display the powers enjoyed by the appointed representative in the deed of settlement related to the assets which are intended for commercial activities, and on the other hand to reveal some general aspects which may occur while managing the interests of the family entrepreneurship by the appointed representative on the other. Similarly, the paper intends to examine the legal nature, the circumstances and the extent of the legal liability of the members of the family entrepreneurship, in the context of the lack of the legal personality and own patrimony of the family entrepreneurship. The presentation of these complex issues is based on general principles of law corroborated with the legislation in force and leave the way open for a further deepening of the individual trader institution, together with the implications generated by both current and new legislation.

Cuvinte cheie: întreprindere familială, patrimoniu de afecțiune, reprezentant, acte de dispoziție, răspunderea întreprinderii familiale.

I. Precizări prealabile

Codul Comercial îi consideră comercianți pe de-o parte, pe aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită și, pe de altă parte, societățile comerciale (art. 7), așadar vorbim de două categorii principale și distincte de persoane care exercită comerțul: comercianții persoane fizice și societățile comerciale.

În momentul în care ne referim la comercianții persoane fizice avem în vedere faptul că pentru dobândirea acestei calități – cea de comerciant – trebuie să îndeplinească cumulativ trei condiții: a) săvârșirea de fapte de comerț obiective¹; b) săvârșirea faptelor de comerț să aibă caracter de profesiune²; c) săvârșirea faptelor de comerț în nume propriu³.

Desfășurarea activității economice de către persoanele fizice este reglementată de O.U.G. nr. 44/2008⁴ (în continuare Ordonanța) și se poate realiza sub trei forme: persoană fizică autorizată (PFA), întreprindere individuală și întreprindere familială.

Sub aspectul noțiunii de ”întreprindere familială”, Ordonanța, în art. 2 pct. h) o definește ca fiind o „întreprindere economică, fără personalitate juridică, organizată de un întreprinzător persoană fizică împreună cu familia sa”, iar în sensul Ordonanței familia este compusă din soț, soție, copiii acestora care au împlinit vârsta de 16 ani la data autorizării întreprinderii familiale, rudele și afinii până la gradul al patrulea inclusiv. Astfel că, odată cu introducerea prevederii privind vârsta minimă

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; florianatudor@gmail.com. Acest studiu este elaborat sub coordonarea Conf. Univ. Dr. Vasile Nemeș și Asist. Univ. Dan-Alexandru Sitaru.

¹ Săvârșirea faptelor de comerț obiective trebuie să aibă caracter efectiv, licit și moral. Simpla înregistrare în Registrul Comerțului nu îi conferă întreprinzătorului calitatea de comerciant.

² ”Profesiunea constă în exercitarea actelor în așa mod încât să formeze o ocupațiune perseverentă, să fie un exercițiu așa des și consecutiv, încât să constituie oarecum o specială condiție de existență și de viață socială. Profesiunea este starea unei persoane care face din repetarea unor acte ocupațiunea vieții sale și de la care ea cere resursele existenței sale sociale” (Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de Drept Comercial Român*, pag. 80, Editura Universul Juridic, București, 2009, nota de subsol nr. 1).

³ Prin aceasta se înțelege angajarea numelui și a patrimoniului comerciantului în raporturile cu terții.

⁴ O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale publicată în M.Of. nr. 328/25.04.2008.

prin care o persoană poate deveni comerciant⁵ se instituie o diminuare⁶ a incapacității minorului de a dobândi calitatea de comerciant⁷.

Prin lege, se impune alegerea unui reprezentant al întreprinderii familiale care este cel ce gestionează interesele acesteia. Condiția este ca reprezentantul să aibă vârsta de 18 ani, minorul de peste 16 ani putând dobândi doar calitatea de membru.

În conformitate cu art. 4 alin. (1) C fam. vârsta minimă de căsătorie este de 18 ani, însă pentru motive temeinice minorul care a împlinit vârsta de 16 ani se poate căsători în temeiul unui aviz medical și cu încuviințarea prealabilă a părinților săi [art. 4 alin. (2)] C. fam.. Prin încheierea căsătoriei, minorul dobândește capacitate deplină de exercițiu. Considerăm însă că minorul ce a dobândit capacitate de exercițiu deplină prin căsătorie nu poate avea calitatea de reprezentant al întreprinderii familiale. Aceasta deoarece pe de-o parte, legiuitorul, în art. 8 din Ordonanță face referire la persoanele fizice care au împlinit vârsta de 18 ani și nu la persoanele care au dobândit capacitate deplină de exercițiu⁸, deci are în vedere doar situația în care capacitatea deplină de exercițiu se dobândește odată cu împlinirea vârstei de 18 ani. Pe de altă parte, în doctrină⁹, se consideră că dobândirea capacității depline de exercițiu are ca fundament scoaterea minorului căsătorit de sub exigențele capacității restrânse de exercițiu și crearea unei egalități între soți .

Întreprinderea familială ia naștere în urma acordului de voință a membrilor unei familii ce urmează a desfășura activității economice în calitate de comercianți, însă pentru ca această activitate să fie desfășurată în temeiul legii, fiecare membru al întreprinderii familiale trebuie să îndeplinească o serie de condiții¹⁰. În egală măsură, actul constitutiv, fiind reprezentarea acordului de voință al membrilor exprimat în vederea constituirii întreprinderii familiale trebuie, la rândul său, să îndeplinească o serie de condiții, atât de formă, cât și de fond.

Conform art. 29 alin. 1 din Ordonanță, întreprinderea familială ia naștere printr-un acord de constituire. Acesta trebuie să conțină:

1. Numele și prenumele membrilor. Aceasta este o condiție de bază, astfel fiind posibilă identificarea membrilor cu toate consecințele ce le implică aceasta: verificarea cazierului fiscal, declarația pe proprie răspundere, dovada pregătirii profesionale care este *in personam* – în situația în care *obiectul* activității o necesită.

2. Reprezentantul desemnat. Prin acordul de constituire se desemnează un reprezentant al întreprinderii familiale. Rolul acestuia este de a gestiona și reprezenta interesele întreprinderii, însă pentru a-și exercita prerogativele calității deținute este necesară întocmirea unei procuri speciale sub

⁵ Prin art. 31 din Ordonanță se recunoaște calitatea de comerciant a membrilor întreprinderii familiale de la momentul înregistrării în Registrul Comerțului.

⁶ Considerăm a fi o diminuare și nu o înlăturare a incapacității minorului de a avea calitatea de comerciant, deoarece aceasta este compatibilă numai cu calitatea de membru într-o asociație familială.

⁷ Calitatea de comerciant persoană fizică poate fi dobândită doar de minorul care este membru într-o asociație familială, nu și în alte forme de organizare a comercianților persoane fizice sau a societăților comerciale având în vedere că pentru gestionarea acestora se necesită capacitate deplină de exercițiu, actele de dispoziție fiind indispensabile pentru un comerciant.

⁸ Capacitatea deplină de exercițiu se poate dobândi prin trei moduri:

- Prin împlinirea vârstei de 18 ani, afară de cazul când persoana respectivă este pusă sub interdicție judecătorească;

- Prin încheierea căsătoriei de către minorul de 16 ani;

- Prin ridicarea interdicției judecătorești (institute înainte ca persoana să fi împlinit 18 ani) la un moment ulterior celui la care persoana a împlinit 18 ani. (Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ediția a III-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008, pag. 495).

⁹ Stanciu D. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 91.

¹⁰ Principala condiție care atrage atenția în materia întreprinderilor familiale este cea referitoare la vârsta minimă necesară pentru a dobândi calitatea de membru și, de la momentul înscrierii în Registrul Comerțului, pe cea de comerciant. Astfel, prin noua reglementare, vârsta minimă necesară pentru a deveni membru într-o întreprindere familială este de 16 ani, iar pentru a deveni reprezentant al întreprinderii familiale vârsta necesară este cea de 18 ani.

forma unui înscris sub semnătură privată, semnat de către toți membrii întreprinderii care au capacitate deplină de exercițiu și reprezentanții legali¹¹ ai celor ce au capacitate restrânsă de exercițiu (art. 29 alin. 2 din Ordonanță).

În contextul în care reprezentantul întreprinderii este și reprezentantul legal al unui minor membru în întreprinderea familială, semnarea procurii speciale va avea o dublă natură juridică: civilă, prin prisma raporturilor de tutelă și comercială, prin prisma scopului comercial al acestei procuri.

3.Data întocmirii acordului constitutiv. Este relevantă prin prisma faptului că în termen de 7 zile de la încheierea acordului constitutiv cel desemnat ca reprezentant al întreprinderii familiale are obligația să solicite înregistrarea în Registrul Comerțului și autorizarea funcționării, iar dacă acesta nu formulează cererea în timpul prevăzut de lege, membrii înscriși în actul constitutiv pot formula cererea în locul său (art. 7 alin. 2 din Ordonanță), dar nedepășind termenul de 15 zile de la încheierea acordului constitutiv (art. 7 alin. 3 din Ordonanță). În caz de nerespectare a termenului de 15 zile, conform art. 7 alin. 4 din Ordonanță este necesară încheierea unui alt acord constitutiv.

De asemenea, orice modificare adusă acordului constitutiv trebuie declarată la Registrul Comerțului în termen de 15 zile de la încheierea actului adițional (art. 14 alin. 7 din Ordonanță). Ordonanța nu stabilește în mod expres o sancțiune aplicabilă nedeclarării modificărilor, însă conform art. 7 din Legea nr. 359/2004¹², prin înregistrarea în Registrul Comerțului se asigură opozabilitatea față de terți. Așadar, orice modificare adusă actului constitutiv ce nu va fi înregistrată în Registrul Comerțului în termenul dat va fi sancționată cu sancțiunea inopozabilității față de terți.

4.Participarea fiecărui membru la întreprindere. Această condiție face referire la contribuția¹³ adusă de fiecare membru la constituirea întreprinderii familiale. Membrii întreprinderii familiale pot alege fie participarea lor cu întreg patrimoniul, fie aleg a constitui un patrimoniu de afectatiune.

5.Condițiile participării. Această condiție face referire la modul în care participă fiecare membru în întreprinderea familială. În situația în care membrii aleg să nu constituie un patrimoniu de afectatiune, participarea acestora la întreprinderea familială va fi cu întreg patrimoniul. În aceste condiții, în acordul de constituire, membrii vor stipula cotele procentuale în care vor împărți veniturile nete ale întreprinderii.

În cea de-a doua situație, cea în care membrii aleg constituirea unui patrimoniu de afectatiune, în acordul de constituire se vor stabili cotele de participare ale fiecărui membru la constituirea acestuia care pot fi diferite de cotele procentuale în care se vor împărți veniturile nete, dacă membrii convin în unanimitate [art. 30 alin. (3)] din Ordonanță.

6.Cotele procentuale în care se vor împărți veniturile nete ale întreprinderii. Reprezintă o altă condiție de fond a acordului constitutiv, privind împărțirea veniturilor nete ale întreprinderii; împărțirea veniturilor nete se exprimă în cote procentuale. Ordonanța lasă la libera alegere a membrilor întreprinderii familiale atribuirea cotelor procentuale din veniturile nete.

7.Raporturile existente între membrii întreprinderii familiale. Membrii familiei trebuie să stipuleze în acordul constitutiv gradul de rudenie și de afinitate care, conform art. 2 lit. d) din Ordonanță, trebuie să fie până la gradul IV inclusiv.

8.Condițiile de retragere din întreprinderea familială. O ultimă cerință de fond a acordului constitutiv este stipularea condițiilor de retragere din întreprinderea familială.

Nerespectarea condițiilor de fond impuse de Ordonanță în vederea constituirii acordului constitutiv atrage nulitatea absoluta a acestuia [art. 29 alin. (1)].

¹¹ Prin „reprezentant legal” înțelegem, după caz, părinte, părinți, tutore, curator. (Gabriel Boroi, *op. cit.*, pag. 491).

¹² Privind simplificarea formalităților la înregistrarea în Registrul Comerțului a persoanelor fizice, a asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice publicată în M.Of. nr. 839 din 13 septembrie 2004.

¹³ Prin contribuție înțelegem contribuția atât în numerar, bunuri în natură, cât și în muncă.

Alături de condițiile de fond impuse de art. 29 alin. (1) din Ordonanță întâlnim drept condiție de validitate pentru acordul constitutiv forma scrisă a acestuia.

Dacă prin acordul constitutiv sau printr-un act adițional se constituie un patrimoniu de afectare în natură ce conține un bun imobil, forma autentică¹⁴ nu este necesară deoarece afectarea unui bun imobil unei alte fracțiuni din patrimoniu nu echivalează cu înstrăinarea acestuia.

Alin. (2) al aceluiași articol prevede faptul că reprezentantul în îndeplinirea mandatului său necesită o procură specială sub forma unui înscris sub semnătură privată.¹⁵

Așadar, simpla operațiune juridică (*negotium*) nu este suficientă nici pentru a încheia în mod valabil un acord de constituire a întreprinderii familiale și nici pentru a desemna în mod valabil un reprezentant al întreprinderii familiale.

II. Desfășurarea activității comerciale

Întreprinderea familială este înființată având la bază un scop economic. Pentru îndeplinirea activităților comerciale membrii întreprinderii familiale desemnează un reprezentant însărcinat cu gestionarea curentă a activităților întreprinderii [art. 32 alin.(1)] și cu încheierea actelor juridice necesare activității întreprinderii [art. 31 alin. (2) și (3)]. Toți membrii pot fie să participe cu întregul patrimoniu, fie să constituie un patrimoniu de afectare.

II.1. Natura și caracterele întreprinderii familiale

Făcând o analogie cu natura juridică a societăților comerciale ce se suține pe două teorii, teoria contractuală și teoria instituției și, coroborând aceste teorii cu caracterele întreprinderii familiale observăm faptul că întreprinderea familială are o natură contractuală. Ia naștere în urma manifestării în mod valabil a acordului de voință a mai multor persoane, acord ce se transpune în înscrisul constitutiv al întreprinderii. Nu putem vorbi de un caracter instituțional al întreprinderii familiale având în vedere faptul că aceasta nu are personalitate juridică – deci nu putem vorbi de o entitate de sine stătătoare –, nu are patrimoniu propriu și nu poate angaja terțe persoane cu contract de muncă.

Așadar, din textul Ordonanței se desprind caracterele întreprinderii familiale după cum urmează: lipsa unui patrimoniu propriu¹⁶ și lipsa personalității juridice¹⁷ [art. 30 alin. (1)] și imposibilitatea de a angaja terțe persoane cu contract de muncă [art. 28 alin (4)]. Această dispoziție trebuie înțeleasă și prin prisma Legii nr. 279/2005¹⁸ care, la art. 6 alin. (3) dispune că persoana fizică autorizată, respectiv asociația familială, pot organiza ucenicie la locul de muncă pentru maximum trei ucenici care se pregătesc concomitent.¹⁹

Un prim efect ce decurge din lipsa unui patrimoniu este faptul că răspunderea pentru obligațiile contractate în scopul exercitării activității întreprinderii va fi angajată cu întreg patrimoniul membrilor acesteia.

¹⁴ Instituită asupra actelor de dispoziție cu privire la imobile prin art. 2 și 3 Titlul X din Legea nr. 247/2005 privind circulația juridică a terenurilor, publicată în M.Of. nr. 653 din 22 iulie 2005.

¹⁵ Considerăm, însă că este necesară o procură specială având drept condiție de valabilitate forma autentică atunci când reprezentantul înstrăinează un bun imobil.

¹⁶ Posibilitatea creării unui patrimoniu de afectare nu implică constituirea unui patrimoniu propriu al întreprinderii familiale.

¹⁷ Ca o consecință a lipsei unuia din elementele esențiale ale persoanei juridice: patrimoniul propriu (Gabriel Boroș, *op. cit.*, pag. 519).

¹⁸ Legea 279/2005 privind ucenicia la locul de muncă - publicată în M.Of. nr. 907 din 11 octombrie 2005, completată și modificată.

¹⁹ Paul Bălățeanu, *Calitatea de angajator a subiecților de drept autorizate potrivit Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 44/2008*, în Revista Română de Drept al Muncii, nr. 1/2009.

Noutatea pe care o aduce Ordonanța constă în aceea că permite constituirea unui patrimoniu de afectare care va face obiectul principal al răspunderii patrimoniale, răspunderea cu patrimoniul personal fiind subsidiară.

Lipsa personalității juridice a întreprinderii familiale are drept efect inexistența acesteia ca o entitate de sine stătătoare, distinctă de membrii ce o compun. Așadar, raporturile cu terții se vor face prin reprezentantul desemnat al întreprinderii familiale, el angajând în această operațiune juridică numele și patrimoniul tuturor membrilor întreprinderii.

O altă caracteristică a întreprinderii familiale este că membrii acesteia dobândesc calitatea de comerciant persoană fizică de la data înscrierii în Registrul Comerțului (art. 31), instituindu-se astfel o prezumție de comercialitate *sui generis*.

II.2. Dreptul de reprezentare

Instituția reprezentării a fost definită în doctrină²⁰ ca fiind „un procedeu tehnico-juridic prin care o persoană, numită reprezentant, încheie acte juridice cu terții, în numele și pe seama altei persoane, numită reprezentat, cu consecința că efectul actelor juridice încheiate se produc direct în persoana reprezentatului”. Din interpretarea prevederilor Ordonanței, temeiul instituției reprezentării²¹ îl constituie contractul de mandat comercial²² cu reprezentare totală, reprezentantul fiind singura persoană ce poate angaja, în mod valabil, întreprinderea în raporturile cu terții. Este de precizat faptul că în conformitate cu art. 374 alin. 2 C. com. mandatul comercial se presupune remunerat (mandat cu titlu oneros).

În temeiul caracterului total al reprezentării și al lipsei personalității juridice, reprezentantul este persoana ce are calitate procesuală activă și pasivă, având dreptul de a reprezenta întreprinderea familială în fața instanțelor de judecată.

Este de precizat faptul că reprezentarea totală nu exclude autorizarea prealabilă de către membrii întreprinderii familiale a încheierii anumitor acte juridice.

Legea nu face nicio distincție cu privire la calitatea de membru în întreprinderea familială a reprezentantului, așadar considerăm că reprezentantul poate fi atât o persoană ce nu are calitatea de membru, cât și o persoană ce deține această calitate. În acest din urmă caz, reprezentantul, la încheierea actelor juridice, angajează atât numele său²³, cât și patrimoniul său²⁴.

II.3. Patrimoniul de afectare

Conform art. 2 pct. j) din Ordonanță patrimoniul de afectare reprezintă totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau ale membrilor întreprinderii familiale, afectate scopului exercitării unei activități economice, constituite ca o fracțiune distinctă a patrimoniului persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, separată de gajul general al creditorilor personali ai acestora.

Legea lasă la latitudinea părților fie participarea cu întreg patrimoniul la desfășurarea activităților întreprinderii familiale, fie constituirea unui patrimoniu de afectare.

²⁰ Stanciu D. Cârpenaru, *op.cit.*, pag. 151.

²¹ Esențial în instituția reprezentării este intenția reprezentantului de a reprezenta și aducerea la cunoștință terțului a calității sale de reprezentant (*contemplatio domini*). (Stanciu D. Cârpenaru, *op.cit.*, pag. 152).

²² „Contractul de mandat comercial poate fi definit ca acel contract în temeiul căruia o persoană (mandatarul) se obligă să încheie în numele și pe seama altei persoane care i-a dat împuternicirea (mandantul) anumite acte juridice care pentru mandant sunt fapte de comerț.” (Stanciu D. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 540 *apud* I.N. Fințescu, *Curs de drept comercial*, Vol. I, pag. 380).

²³ În temeiul calității de membru în întreprinderea familială.

²⁴ Fie cotele părți din patrimoniul său general stipulate în acordul constitutiv, fie cotele părți cu care participă la constituirea patrimoniului de afectare.

Pentru întreprinderea familială ce alege a-și constitui un patrimoniu de afectare în conformitate cu art. 30 alin. (2), Ordonanța, în art. 30 alin. (3) oferă membrilor întreprinderii familiale posibilitatea, ca în urma unui acord unanim, aceștia să stabilească cotele de participare la veniturile și pierderile întreprinderii diferit de cotele de participare la constituirea patrimoniului de afectare. Din aceasta rezultă că, independent de cotele procentuale aduse la constituirea patrimoniului de afectare, chiar și o singură persoană poate beneficia de întregul venit sau poate suporta toate pierderile. Ne aflăm deci în fața unei clauze leonine²⁵ care, prin excepție de la orice altă situație, în cadrul întreprinderii familiale este acceptată.

Afectarea unei fracțiuni din patrimoniul general al fiecărui membru din întreprinderea familială nu echivalează cu înstrăinarea acestei fracțiuni, ci cu indisponibilizarea sa față de restul patrimoniului general²⁶. Așadar, afectarea bunurilor din patrimoniul general în patrimoniul de afectare se face cu titlu de împrumut de folosință (comodat) sau de locațiune.

În doctrină se face distincția între fond de comerț și patrimoniul de afectare. Prima definiție a fondului de comerț a fost dată de art. 1¹ pct. c) Legea 298/2001²⁷ conform cu care fondul de comerț reprezintă ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale (mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial), utilizate de un comerciant în vederea desfășurării activității sale.

O primă distincție între cele două este faptul că patrimoniul de afectare reprezintă o universalitate de drept²⁸, în timp ce fondul de comerț reprezintă o universalitate de fapt²⁹.

Atât definiția conferită de lege, cât și definițiile doctrinare, consacră drept elemente ale fondului de comerț firma³⁰, emblema³¹, clientela³², vadul comercial³³, brevete de invenții, bunuri mobile, imobile. Patrimoniul este constituit atât din drepturi, cât și din obligații. Așadar, o a doua diferență între cele două este faptul că fondul de comerț cuprinde doar activele, în vreme ce patrimoniul de afectare este compus atât din active, cât și din pasive.

Relația dintre fond de comerț și patrimoniul de afectare este o relație de la parte la întreg, fondul de comerț fiind numai o parte componentă a patrimoniului de afectare.

Indiferent de forma aleasă de membrii întreprinderii familiale (cu sau fără patrimoniul de afectare) constituirea unui fond de comerț este inerentă.

Având în vedere faptul că participarea fiecărui membru la întreprindere poate fi constituită atât din numerar și bunuri în natură, cât și din aport în muncă, în conformitate cu prevederile art. 13 din Codul Muncii prestația în muncă oferită de minorul membru în întreprinderea familială este legală³⁴.

²⁵ Acele înțelegeri care favorizează pe unul sau pe unii din membrii întreprinderii familiale în detrimentul celorlalți (Stanciu D. Cârpenaru, *op cit.*, pag. 187).

²⁶ Art. 32 alin. (2) Legea 287/2009 privind Noul Cod Civil publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

²⁷ Legea 298/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, publicată în M.Of. nr. 313 din 12 iunie 2001.

²⁸ Patrimoniul cuprinde drepturile și obligațiile cu conținut economic ce aparțin unui subiect de drept, privite însă în *totalitatea lor*, fără a ne interesa *identitatea fiecărui drept* sau *identitatea fiecărei obligații*. Aceasta înseamnă că patrimoniul apare ca o universalitate juridică (Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ediția a III-a, revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008, pag. 9).

²⁹ Stanciu D. Cârpenaru, *op.cit.*, pag. 135.

³⁰ Firma este un element obligatoriu al fiecărui comerciant. În cazul întreprinderii familiale firma este compusă din numele civil al membrului de familie la inițiativa căruia se înființează întreprinderea familială urmat de mențiunea „întreprindere familială” (Stanciu D. Cârpenaru, *op cit.*, pag. 138).

³¹ Emblema nu este obligatorie. Rolul emblemei este de semn distinctiv între comercianții de același gen.

³² Totalitatea persoanelor fizice și juridice care apelează la produsele, bunurile, serviciile unui comerciant.

³³ Reprezintă aptitudinea fondului de comerț de a atrage clientela.

³⁴ Art. 13 alin. (1) Codul Muncii prevede faptul că minorul dobândește capacitate de muncă la împlinirea vârstei de 16 ani, iar art. 8 alin. (1) pct. a) din Ordonanță prevede ca vârstă minimă pentru dobândirea calității de membru în întreprinderea familială vârsta de 16 ani.

II.4. Actele juridice ale întreprinderii familiale

Îndeplinirea activităților pentru care a fost creată întreprinderea familială se poate concretiza numai prin participarea în cadrul unor raporturi juridice. Pentru realizarea acestor raporturi juridice este inerentă încheierea de acte juridice³⁵.

În raport de importanța actelor juridice, dreptul comun le clasifică în: acte de conservare³⁶, acte de administrare³⁷ și acte de dispoziție³⁸.

Conform art. 32 alin. (1) din Ordonanță, deciziile privind gestiunea curentă a întreprinderii familiale se iau de către reprezentantul desemnat în condițiile art. 29 alin. (2)³⁹.

Raportându-ne la clasificarea din dreptul comun a actelor juridice și la prevederile art. 32 alin. (2) din Ordonanță⁴⁰, considerăm că gestiunea curentă a întreprinderii familiale, prin prisma interpretării juridice, face referire la încheierea actelor de conservare și de administrare.

Încheierea actelor de conservare este categoria care a ridicat cele mai puține probleme practice având în vedere faptul că „este întotdeauna un act avantajos pentru autorul său, deoarece presupune cheltuieli de o valoare mult mai mică decât valoarea dreptului ce se tinde a fi salvat”⁴¹.

În materia încheierii actelor de administrare se face distincția între cum privește administrarea un bun *ut singuli* sau administrarea unui patrimoniu. Referindu-ne la administrarea unui bun *ut singuli*, punerea acestuia în valoare se poate face fără a se ajunge la înstrăinarea lui. Vorbind despre administrarea unui patrimoniu, punerea în valoare se poate realiza și prin acte care, raportate la un singur bun pot reprezenta acte de înstrăinare, însă raportate la patrimoniu reprezintă o normală folosință, exploatare sau punere în valoare a patrimoniului⁴².

Drept urmare, considerăm că în cazul întreprinderii familiale, calificarea actelor juridice în acte de dispoziție sau de administrare se va face numai raportându-ne la un bun, privit în individualitatea sa și nu la întreg patrimoniu, prerogativa administrării întregului patrimoniu personal aparținând titularului acestuia, iar prerogativa administrării întregului patrimoniu de afecțiune fiind a titularilor fracțiunilor ce îl constituie⁴³.

În situația unui patrimoniu de afecțiune constituit, îndatoririle reprezentantului cuprind numai administrarea bunurilor afectate întreprinderii familiale, el neputând exercita acte de administrare asupra bunurilor ce cad în patrimoniul personal al fiecărui membru. Considerăm însă, că în situația neconstituirii unui patrimoniu de afecțiune, reprezentantul poate exercita acte de valorificare și folosire pentru exercitarea activității întreprinderii familiale asupra oricăruia din bunuri aflate în patrimoniul personal al membrilor, în limita cotelor de participare.

Totodată, este de precizat faptul că prin constituirea unui patrimoniu de afecțiune nu i se conferă reprezentantului prerogativa administrării acestui patrimoniu, obiectul administrării făcând referire numai la bunurile ce fac parte din patrimoniul afectat întreprinderii familiale.

³⁵ În momentul în care spunem „acte juridice” ne referim atât la *negotium iuris*, cât și la *instrumentum probationis*.

³⁶ Prin care se urmărește preîntâmpinarea unui drept subiectiv.

³⁷ Prin care se urmărește o punere în valoare a unui bun sau a unui patrimoniu. Este importantă distincția administrării unui bun singular, deoarece aceasta se poate face fără înstrăinarea lui. Însă, în cadrul administrării unui patrimoniu, se pot încheia anumite acte care, raportate la un singur bun pot echivala cu act de înstrăinare, dar raportate la întreg patrimoniu echivalează cu act de administrare prin care se exploatează și/sau valorifică patrimoniu respectiv.

³⁸ Prin care se realizează ieșirea din patrimoniu a unui bun sau grevarea acestuia cu sarcini reale.

³⁹ Adică în temeiul unei procuri speciale sub forma unui înscris sub semnătură privată semnată de către toți membrii întreprinderii familiale.

⁴⁰ Care prevede că „actele de dispoziție asupra bunurilor afectate activității întreprinderii familiale se vor lua cu acceptul majorității simple a membrilor întreprinderii, cu condiția ca această majoritate să includă și acordul proprietarului bunului care va face obiectul actului”.

⁴¹ Gabriel Boroi, *op. cit.*, pag. 193.

⁴² Gabriel Boroi, *op. cit.*, pag. 194.

⁴³ Deoarece în temeiul art. 32 alin. (2) Legea 287/2009 privind Noul Cod Civil publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009 afectarea unei fracțiuni patrimoniale unui anumit scop nu echivalează cu înstrăinarea acesteia.

În contextul în care o persoană ce nu are împuternicire pentru a reprezenta interesele întreprinderii familiale, încheie un act juridic în numele și pe seama membrilor întreprinderii, actul este valabil însă patrimoniul și numele ce va fi angajat vor fi cele ale persoanei ce a încheiat actul respectiv, membrii întreprinderii familiale fiind ținuti de acest act numai în măsura ratificării ulterioare a actului prin intermediul reprezentantului.

Rezultă așadar că reprezentantul se bucură de puteri depline în gestionarea și administrarea intereselor membrilor întreprinderii familiale, el fiind ținut de obținerea unei autorizări prealabile din partea membrilor întreprinderii numai în contextul înstrăinării unor bunuri ale acestora [art. 32 alin. (2)] și în contextul dobândirii de bunuri a căror valoare depășește 50% din valoarea bunurilor afectate desfășurării activității întreprinderii și a sumelor de bani aflate la dispoziția acesteia [art. 32 alin. (3)].

II.5. Regimul actelor de dispoziție ale întreprinderii familiale

În continuarea prevederilor art. 32, în alineatele (2) și (3) din Ordonanță, legiuitorul condiționează atât efectuarea actelor de dispoziție asupra bunurilor ce intră în patrimoniul de afecțatiune al întreprinderii familiale, cât și activitatea de dobândire a bunurilor ce depășesc o anumită valoare, de preexistența unui acord fie din partea membrilor și a proprietarului bunului, fie doar din partea membrilor întreprinderii.

În conformitate cu prevederile art. 32 alin. (2) pentru încheierea valabilă a actelor prin care se înstrăinează bunurile afectate activității întreprinderii familiale este necesar acordul majorității simple⁴⁴ a membrilor întreprinderii familiale, cu condiția ca această majoritate să includă și acordul proprietarului bunului care va face obiectul actului. În esență, art. 32 face vorbire de necesitatea unui dublu acord prealabil încheierii actelor de dispoziție: acordul majorității membrilor și acordul proprietarului bunului ce urmează a fi înstrăinat.

Se impun anumite lămuriri în contextul apariției unor divergențe între membrii întreprinderii familiale și proprietarul bunului ce va face obiectul actului de dispoziție.

În situația în care toți membrii întreprinderii familiale, exceptând proprietarul bunului în cauză, își dau acordul pentru înstrăinarea bunului, bunul nu va putea face obiectul unui act de dispoziție încheiat în mod valabil. Proprietarul bunului este singurul ce are atributul de dispoziție asupra bunului afectat întreprinderii familiale. Acordul celorlalți membri ai întreprinderii familiale este necesar deoarece înstrăinarea unui bun ce este afectat activității întreprinderii familiale poate fie să profite, fie să dăuneze bunului mers al întreprinderii.

În schimb, în contextul în care membrii întreprinderii familiale nu sunt de acord cu înstrăinarea unui anumit bun, însă proprietarul acelui bun este de acord, acesta din urmă are drept de *veto* cu privire la bunul ce este proprietatea sa. În temeiul subrogației reale cu titlu universal, contravaloarea bunului înstrăinat va avea drept destinație fracțiunea din patrimoniul personal ce a fost afectată desfășurării activității economice. Considerăm însă că, dacă prin încheierea unui act de dispoziție având la bază doar acordul proprietarului bunului ce face obiectul actului s-a adus un prejudiciu celorlalți membri ai întreprinderii familiale, aceștia au dreptul la despăgubiri în temeiul abuzului de drept săvârșit de proprietarul bunului.

În ipoteza în care reprezentantul întreprinderii familiale exercită acte de dispoziție asupra unor bunuri afectate activității întreprinderii, fără acordul membrilor întreprinderii familiale și fără acordul proprietarului bunului, actul va fi lovit de nulitate conform regulilor aplicabile la vânzarea lucrului altuia. În baza principiului salvagădării actelor juridice, actul astfel încheiat va fi sancționat cu nulitate relativă indiferent de situația în care cumpărătorul era în cunoștință de cauză sau în eroare cu privire la calitatea de proprietar a vânzătorului. În temeiul depășirii limitelor mandatului, reprezentantul va răspunde în nume propriu pentru eventualele prejudicii cauzate, adevăratul proprietar putând însă ratifica ulterior actul astfel încheiat (*ratihabitio mandato aequiparatur*).

⁴⁴ Majoritate care întrunește un număr de voturi egal cu minimum jumătate plus unu din numărul membrilor prezenți.

Totodată, o altă situație ce se poate ivi în practică este cea în care reprezentantul întreprinderii familiale exercită acte de dispoziție cu privire la un bun al unui membru din întreprindere, bun ce nu a fost afectat activității comerciale și aparține patrimoniului general al acestuia din urmă. În acest context considerăm că în temeiul depășirii limitelor mandatului și în temeiul vânzării lucrului altuia, sancțiunea aplicabilă este fie nulitatea relativă, fie cea absolută după distincțiile făcute în dreptul comun⁴⁵. Având în vedere faptul că vorbim de fracțiunea civilă a patrimoniului unui comerciant (fracțiune ce nu a fost afectată activității comerciale de către proprietar), considerăm că în această situație nu putem apela la principiul salvagădării actelor juridice ce guvernează raporturile juridice comerciale.

De asemenea, o altă situație posibilă ar putea fi referitor la efectuarea unor acte de dispoziție asupra bunurilor afectate activității comerciale, bunuri ce aparțin unui membru minor al întreprinderii familiale. În această situație, simplul acord al proprietarului bunului (în speță al minorului) și al celorlalți membrii nu este suficient. Regula în materia actelor de dispoziție asupra bunurilor unui minor este ca acestea să fie încheiate personal de către minor, dar cu dublă încuviințare prealabilă, atât a ocrotitorului legal, cât și a autorității tutelare⁴⁶. Astfel, chiar dacă reprezentantul întreprinderii familiale este una și aceeași persoană cu ocrotitorul legal al minorului, aceasta, în calitatea sa de reprezentant legal poate încuviința încheierea actului.

Nerespectarea condițiilor de fond pentru încheierea în mod valabil a unui act de dispoziție ce are ca obiect un bun ce aparține unui minor este sancționată cu nulitatea absolută dată fiind starea privilegiată a minorului prin instituirea unor protecții sporite pentru patrimoniul acestora.

În temeiul dreptului de a gestiona interesele întreprinderii familiale, reprezentantul, se bucură de prerogativa încheierii actelor juridice prin care se dobândesc bunuri pentru activitatea întreprinderii. Ordonanța, în art. 32 alin. (3) prevede că actele prin care se dobândesc bunuri pentru activitatea întreprinderii familiale se încheie de reprezentant fără autorizarea prealabilă a membrilor, dacă valoarea bunului cu privire la care se încheie actul nu depășește 50% din valoarea bunurilor care au fost afectate întreprinderii potrivit art. 30 alin. (2) și a sumelor de bani aflate la dispoziția întreprinderii la data actului. Bunurile dobândite sunt coproprietatea membrilor în cotele prevăzute la art. 29 alin. (1) sau la art. 30 alin. (3), după caz.

Din interpretarea *per a contrario* a textului alin. (3) al art. 32 reiese faptul că legiuitorul restrânge puterile reprezentantului, impunând drept condiție de fond autorizarea prealabilă a membrilor dacă bunul ce urmează a fi dobândit depășește 50% din valoarea bunurilor ce sunt afectate întreprinderii prin constituirea unui patrimoniu de afecțiune și a sumelor de bani aflate la dispoziția acesteia.

Prin instituirea acestei impuneri, legiuitorul urmărește să protejeze atât buna gestionare a reprezentantului privind activul aflat la dispoziția întreprinderii, cât și interesele membrilor întreprinderii care sunt cei în măsură a decide cu privire la necesitatea unei investiții ce depășește jumătate din activul întreprinderii.

În lipsă de stipulație expresă cu privire la majoritatea necesară pentru ca acest acord să fie dat în mod valabil, considerăm, prin analogie cu alin. (2) al art. 32 că este necesar acceptul majorității simple a membrilor întreprinderii familiale.

⁴⁵ „Când părțile (sau cel puțin cumpărătorul) au fost în eroare, socotind că bunul vândut aparține vânzătorului, s-a admis că vânzarea este *anulabilă* (lovită de nulitate relativă) pentru eroare asupra calității esențiale a vânzătorului (considerat proprietar al lucrului vândut). [...] Când părțile au încheiat contractul *în cunoștință de cauză*, știind că lucrul vândut este proprietatea unei alte persoane (și deci problema erorii nu se mai pune), soluția este controversată. [...] Alți autori, la opinia cărora ne raliem, au considerat că *vânzarea-cumpărarea lucrului altuia în cunoștință de cauză*, reprezentând o operațiune speculativă, *are o cauză ilicită și deci este nulă absolut* (în baza art. 968 C.civ.)”. (Liviu Stănculescu, *Drept civil. Contracte și succesiuni*, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008., pag. 53-54).

⁴⁶ Gabriel Boroi, *op.cit.*, pag. 494.

Bunurile dobândite – atât cele ce impun acordul prealabil datorită valorii lor raportată la activul întreprinderii depășesc 50% din acesta, cât și cele ce nu necesită un astfel de acord – vor fi deținute de membri în coproprietate conform fie cotelor de participare ale fiecăruia dintre aceștia, fie conform cotelor de participare la veniturile și pierderile întreprinderii, în funcție de prevederile actului constitutiv.

Considerăm că actele juridice ce necesitau acordul membrilor întreprinderii și care au fost încheiate fără acordul prealabil al acestora, sunt lovite de nulitate relativă, nefiind îndeplinită o condiție de fond, membrii întreprinderii putând însă acoperi ulterior actul. De asemenea, tot în temeiul depășirii limitelor mandatului, reprezentatul răspunde cu numele și patrimoniul său pentru eventualele prejudicii cauzate.

Dat fiind faptul că textul Ordonanței nu face mențiuni cu privire la condiționarea actelor de dobândire a bunurilor, în cazul întreprinderii familiale ce nu are un patrimoniu de afecțaiune, și deoarece criteriile prevăzute în art. 32 alin. (3) sunt cumulative și nu alternative, suntem de părere că reprezentantul unei întreprinderi familiale fără patrimoniu de afecțaiune poate încheia în mod valabil acte de dobândire fără necesitatea unui acord prealabil din partea membrilor.

Opiniile ne sunt întărite și de art. 34 alin. (2) ce prevede că în situația în care nu a fost constituit un patrimoniu de afecțaiune, bunurile dobândite potrivit art. 32 alin. (3) se împart conform cotelor prevăzute în art. 29 alin. (1). Acest text de lege se impune a fi interpretat prin prisma neexistenței unui criteriu legal față de care se poate raporta valoarea bunului ce urmează a fi dobândit.

III. Răspunderea întreprinderii familiale

O instituție pilon a raporturilor juridice de drept privat este reprezentată de răspunderea civilă⁴⁷. Ca natură juridică, „răspunderea civilă este o sancțiune specifică dreptului civil aplicată pentru săvârșirea faptei ilicite cauzatoare de prejudicii”⁴⁸.

Fiind vorba de o sancțiune cu caracter civil⁴⁹, aceasta are drept scop apărarea drepturilor subiective civile atât prin prevenirea prejudiciilor⁵⁰, cât și prin repararea prejudiciilor produse⁵¹.

În cadrul întreprinderii familiale regăsim angajarea membrilor acesteia în raporturi juridice între ei, cât și angajarea în raporturi juridice cu terții, ca regulă prin intermediul reprezentantului.

Existența unui acord de constituire ce echivalează cu un contract între membri, nu exclude și o eventuală răspundere a acestora pe temei delictual. Aceeași regulă considerăm că este valabilă și în raporturile cu terții, în funcție de natura obligației încălcate (legală sau contractuală)

⁴⁷ În dreptul comun răspunderea civilă este prezentă sub două forme: răspunderea civilă delictuală și răspunderea civilă contractuală. Condiții esențiale pentru antrenarea răspunderii civile sunt: existența unei fapte ilicite prin care s-a încălcat o obligație (legală sau convențională), ca element obiectiv; existența vinovăției, ca element subiectiv; existența unui prejudiciu și existența unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul creat (Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *op.cit.*, pag. 144).

Angrenarea răspunderii civile contractuale implică crearea unei situații premisă constituită din: a) preexistența unui contract anterior producerii prejudiciului; b) contractul să fie valabil încheiat; c) contractul să fie încheiat între păgubit și păgubitor; d) prejudiciul trebuie să rezulte cauzal din neexecutarea, neexecutarea corespunzătoare sau executarea cu întârziere a unei obligații contractuale (Mihail Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972).

⁴⁸ Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008, pag. 126.

⁴⁹ De unde reiese faptul că sancțiunea este aplicată în detrimentul patrimoniului autorului sau a celui chemat să răspundă, putând fi transmisă moștenitorilor autorului sau a celui chemat să răspundă.

⁵⁰ Prin conștientizarea faptului că producerea de prejudicii atrage după sine și obligația de a le repara.

⁵¹ Prin instituirea unei obligații de dezdăunare în sarcina patrimoniului celui chemat să răspundă pentru prejudiciu.

În conformitate cu prevederile art. 31 din Ordonanță, membrii întreprinderii familiale răspund solidar și indivizibil pentru datoriile contractate de reprezentant în exploatarea întreprinderii cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit și, în completare, cu întreg patrimoniul corespunzător cotelor de participare de la art. 29 alin. (1).

III.1. Regimul răspunderii în cadrul întreprinderii familiale

1. Regimul răspunderii contractuale

În temeiul procurii speciale prin care a fost însărcinat cu gestionarea intereselor întreprinderii familiale, reprezentantul este cel ce angajează întreprinderea în raporturile cu terții.

Ordonanța prevede, în art. 31, răspunderea solidară și indivizibilă a membrilor întreprinderii familiale pentru datoriile contractate de reprezentant în exploatarea întreprinderii cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit și, în completare, cu întreg patrimoniul corespunzător cotelor de participare de la art. 29 alin. (1).

Textul acestui articol face vorbire despre o răspundere civilă contractuală ce se instituie în sarcina membrilor întreprinderii familiale. Aceștia, în situația nerespectării termenilor contractuali⁵² asumați în numele lor de către reprezentant, sunt ținuți să răspundă în mod solidar și indivizibil.

Prevederea caracterului solidar⁵³ și indivizibil pentru obligațiile comerciale contractate de către reprezentant se caracterizează prin împiedicarea divizării creanței între codebitori și are ca efect dreptul creditorului de a cere oricărui codebitor plata întregii datorii fără ca aceasta din urmă să aibă posibilitatea de a-i opune beneficiul diviziunii⁵⁴ și îi conferă siguranța încasării creanței prin aceea că datoria nu se poate divide între comoștenitorii debitorilor obligați indivizibil.

Răspunderea membrilor întreprinderii față de terții cocontractanți se va face cu patrimoniul de afecțiune și, în subsidiar, cu patrimoniul personal, conform cotelor de participare la patrimoniul de afecțiune. Prin urmare, creditorul întreprinderii familiale este obligat să urmărească mai întâi patrimoniul de afecțiune constituit, iar în completare patrimoniul personal al membrilor. În temeiul caracterului indivizibil și solidar al obligației, oricare dintre codebitori poate fi ținut a plăti întreaga creanță. Obligația de plată a creanței în regres are, față de ceilalți codebitori, caracter divizibil. Astfel că, odată ce un singur debitor a achitat creanța creditorului, acesta are drept de regres împotriva celorlalți codebitori pentru a-și recupera suma de bani. Obligația de plată a debitorilor este divizibilă în conformitate cu cotele procentuale prevăzute în art. 29 alin. (1).

Întreprinderea familială ce nu are constituit un patrimoniu de afecțiune dă dreptul creditorului de a urmări patrimoniul personal al membrilor întreprinderii, fiecare fiind ținut solidar și indivizibil în conformitate cu cotele părți specificate în art. 29 alin. (1).

Legiuitorul, prin folosirea sintagmei „cote de participare prevăzute la art. 29 alin. (1)”, face referire la cotele prevăzute pentru împărțirea veniturilor nete ale întreprinderii. Interpretarea este valabilă și în cazul întreprinderii familiale cu patrimoniu de afecțiune, în cadrul căreia cotele procentuale în care se vor împărți veniturile sau pierderile sunt diferite de cotele de participare la constituirea patrimoniului de afecțiune [art. 30 alin. (3)]. Totodată, în temeiul acestei prevederi, același membru poate stabili cote de participare la veniturile întreprinderii diferite de cele de participare la pierderile întreprinderii. Deși tendința este spre a stabili o răspundere patrimonială

⁵² „Contractul trebuie înțeles în sens larg, nu numai cu luarea în considerare a clauzelor expres prevăzute, dar și a urmărilor pe care echitatea, obiceiul sau legea le dau obligațiilor după natura lor (art. 970 C. civ.)” Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, pag. 137.

⁵³ Prin art. 42 C.Com. se instituie o prezumție relativă de solidaritate în sarcina debitorilor pentru obligațiile comerciale.

⁵⁴ Creditorul poate urmări pe oricare dintre codebitori, aceștia din urmă fiind toți debitori principali. Acțiunea creditorului de a urmări pe unul dintre codebitori nu îl împiedică a urmări și pe un alt debitor pentru încasarea întregii creanțe. Plata integrală făcută de unul dintre codebitori stinge datoria tuturor debitorilor, debitorul ce a făcut plata putându-se întoarce împotriva celorlalți codebitori, cu precizarea că obligația între debitor are caracter divizibil. (Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, pag. 399-413).

raportată la cotele procentuale stabilite pentru pierderile întreprinderii, legitorul raportează cotele procentuale pentru răspundere la cele prevăzute în art. 29 alin. (1) din Ordonanță; articol în care se face referire numai la cotele procentuale stabilite pentru veniturile nete ale întreprinderii. Așadar, răspunderea membrilor unei întreprinderii cu patrimoniu de afecțiune se va face, în completare, cu patrimoniul personal proporțional cu cotele părți stabilite, în unanimitate, pentru participarea la veniturile întreprinderii⁵⁵. Prin această prevedere se stabilește o răspundere mai pregnantă în sarcina titularului sau titularilor clauzei leonine ce face referire la obținerea unor cote procentuale mărite din venitul întreprinderii și protejarea membrilor ale căror cote de participare la suportarea pierderilor sunt mult mai mari decât cele de la participarea la venituri.

Obligațiile contractate de către reprezentant prin depășirea limitelor mandatului sau fără a beneficia de împuternicire, nu va produce efecte față de membrii întreprinderii familiale⁵⁶, în sarcina acestora neputându-se reține o eventuală răspundere contractuală. Reprezentantul este cel ce va răspunde, în nume propriu și cu propriul patrimoniu, pentru obligațiile astfel contractate. Soluția este similară și în cazul în care reprezentantul este un membru al întreprinderii familiale.

Dacă însă membrii întreprinderii familiale sunt în culpă cu privire la redactarea defectuoasă a procurii sau dacă ratifică actul încheiat de către reprezentant, obligațiile contractate vor produce efecte față de aceștia, iar pentru încălcarea obligațiilor se vor aplica prevederile art. 31 din Ordonanță.

În lipsă de stipulație expresă cu privire la regimul juridic al răspunderii în raporturile dintre membrii întreprinderii familiale, considerăm că în caz de nerespectare a prevederilor actului constitutiv se va antama răspunderea contractuală, în nume propriu și cu patrimoniul personal, al membrului ce este în culpă. Dacă prin nerespectarea actului constitutiv de către unul sau mai mulți membri ai întreprinderii familiale s-au cauzat prejudicii și față de terți, considerăm că față de aceștia, autorul sau autorii prejudiciului vor răspunde tot în nume propriu și cu patrimoniul personal.

Datorită naturii juridice a acordului constitutiv de faptă comercială obiectivă conexas (accesorie), regulile aplicabile instituției răspunderii contractuale vor fi cele din materie comercială, în acest sens reamintim și prezumția de solidaritate a debitorilor instituită de art. 42 C. Com. .

Între membrii, nu este exclusă nicio răspundere contractuală guvernată de regulile dreptului civil, însă în acest caz temeiul răspunderii va fi un contract civil, contract al cărui obiect excede aria de activitate a întreprinderii familiale.

Răspunderea civilă contractuală poate subzista și între reprezentant și membrii întreprinderii. Raportul juridic dintre aceștia are la bază contractul de mandat comercial prin care atât reprezentantul cât și membrii întreprinderii familiale au drepturi și obligații. Pentru nerespectarea acestor obligații de oricare din părțile contractului se va antena răspunderea contractuală.

Având în natura comercială a mandatului și caracterul sinalagmatic al acestui contract prin prisma faptul că ne aflăm în fața unui act juridic ce se presupune a fi remunerat, considerăm că membrii întreprinderii familiale, în situația nerespectării clauzelor prevăzute în contractul de mandat, vor răspunde față de reprezentant pentru prejudiciile cauzate acestuia, în mod solidar⁵⁷ și indivizibil, cu patrimoniul de afecțiune și în completare cu patrimoniul personal conform cotelor de participare la veniturile întreprinderii sau, în situația neconstituirii unui patrimoniu de afecțiune, cu întreg patrimoniul personal, conform cotelor prevăzute pentru participarea la veniturile întreprinderii. Un exemplu în acest sens este cel în care membrii întreprinderii familiale nu își îndeplinesc obligația de plată a remunerației stipulată în contractul de mandat.

⁵⁵ Membrii întreprinderii familiale răspund corespunzător cotelor de participare la împărțirea veniturilor stabilite în acordul de constituire. (Stanciu D. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 73.).

⁵⁶ Stanciu D. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 153. .

⁵⁷ „Când mai mulți mandanți au numit un mandatar pentru aceeași operație juridică, ei vor fi ținuți să răspundă solidar” (L. Stănculescu, *op. cit.*, pag. 226, *apud* D. Alexandresco, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român*, tom. VIII, București, 1925, pag. 603).

În situația în care reprezentantul este cel ce încalcă obligațiile acesta va răspunde față de membrii întreprinderii familiale în nume propriu și cu patrimoniul personal⁵⁸. Soluția este similară și în cazul în care reprezentantul cumulează și calitatea de membru al întreprinderii familiale. O astfel de situație este cea în care reprezentantul încheie un act juridic prin care prejudiciează interesele membrilor întreprinderii familiale prin depășirea limitelor mandatului sau fără împuternicire.

Dată fiind complexitatea raporturilor patrimoniale ce se leagă între membrii întreprinderii familiale în contextul constituirii unui patrimoniu de afectățune, este important a prezenta soarta bunurilor afectate activității întreprinderii făcând referire la persoana care va răspunde pentru pierirea bunului și la modalitățile de reparare a prejudiciului.

După cum am mai precizat, afectarea unui bun personal patrimoniului de afectățune nu echivalează cu înstrăinarea acestuia și se poate face fie cu titlu de locățune, fie cu titlu de comodat. Părți ale acestui contract vor fi, pe de-o parte membrii întreprinderii familiale exceptând proprietarul bunului și, pe de altă parte membrul ce este proprietar al bunului afectat.

Așadar, în situația în care bunul pierde fortuit, contractul încetează datorită pieririi obiectului contractului⁵⁹. Însă, cu privire la calitatea de membru dacă aceasta este condiționată de bunurile afectate, considerăm că nu este.

Datorită faptului că legiuitorul, în cazul întreprinderii familiale cu patrimoniul de afectățune, lasă la latitudinea membrilor săi stipularea unor cote procentuale de împărțire a veniturilor diferite de cotele de participare la constituirea patrimoniului și datorită faptului că în Ordonanță nu există prevăzute condiții de excludere, considerăm că proprietarul este cel în măsură a decide fie înlocuirea bunului pierit, fie continuarea activității fără bunul respectiv, fie retragerea sa dacă sunt întrunite condițiile prevăzute în acordul constitutiv cu privire la retragerea membrilor. Totodată, neînstituirea unei prevederi în sensul de a-l exclude sau a-l obliga pe proprietar la înlocuirea bunului pierit, își poate găsi fundamentul și în faptul că răspunderea membrilor întreprinderii familiale se face, în completare, cu patrimoniul personal și apreciază în funcție de cotele procentuale stabilite pentru participarea la veniturile și pierderile întreprinderii și nu în funcție de cotele de participare efectivă la constituirea patrimoniului⁶⁰.

Dacă bunul era asigurat, în temeiul subrogației cu titlu universal, valoarea bunului va avea drept destinație fracțiunea afectată patrimoniului de afectățune.

Dacă însă bunul afectat activității întreprinderii familiale pierde, fie din culpa proprietarului, fie din culpa unui alt membru, suntem de părere că cel din culpa căruia a pierit bunul, răspunde pentru fapta sa, în nume propriu și cu patrimoniul personal pentru prejudiciile cauzate.

2. Regimul răspunderii delictuale

Între membrii întreprinderii familiale și reprezentant, între aceștia și terțele persoane cu care contractează se nasc obligații juridice, fie în temeiul legii, fie în temeiul convenției părților. Nerespectarea obligațiilor legale și cauzarea de prejudicii de oricare dintre aceste persoane, îl va face pe cel aflat în culpă să răspundă după regulile răspunderii civile delictuale pentru prejudiciile cauzate.

Pornind de la caracterele juridice ale întreprinderii familiale, insistând pe lipsa personalității juridice, considerăm că răspunderea delictuală se va face fie pentru fapta proprie, conform art. 998 și 999 C.civ., fie pentru fapta altei persoane conform art. 1000 alin. (2) și alin. (4).

În situația săvârșirii unui fapt ilicite de unul sau mai mulți membri ai întreprinderii familiale, aceștia vor răspunde pentru fapta sa în nume propriu și cu patrimoniul personal, indiferent de calitatea persoanelor prejudiciate (membrii al întreprinderii, reprezentant, terți).

⁵⁸ Aflându-ne în fața unui contract ce se bucură de prezumția de a fi cu titlu oneros, culpa reprezentantului se va aprecia în conformitate cu principiul *culpa levis in abstracto* [art. 1540 alin. (2)].

⁵⁹ Liviu Stănculescu, *op. cit.*, pag. 151.

⁶⁰ Nimic nu exclude posibilitatea ca, cotele de participare la constituirea patrimoniului de afectățune să fie egale cu cele pentru participarea la veniturile și pierderile întreprinderii.

Reprezentatul, la încheierea unui act juridic prin depășirea limitelor mandatului sau fără împuternicire, răspunde pentru eventualul prejudiciu cauzat părților cocontractante în nume propriu și cu patrimoniul personal.

Art. 1000 alin. (2) C.civ. prevede răspunderea părinților pentru faptele copiilor săi minori. Astfel, părintele minorului membru în întreprinderea familială, răspunde pentru faptele ilicite cauzatoare de prejudicii ale minorului, indiferent dacă părintele acestuia deține sau nu calitatea de membru. Pentru antrenarea acestei răspunderi pe lângă condițiile generale de antrenare a răspunderii delictuale (încălcarea unei obligații legale, vinovăție, existența unui prejudiciu și legătura de cauzalitate), se mai adaugă două condiții: copilul să fie minor și să aibă locuința la parinții săi⁶¹.

Art. 1000 alin. (4) C.civ. consacră răspunderea meșteșugarilor pentru faptele ucenicilor. În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 279/2005 privind unciencia la locul de muncă, întreprinderea familială poate organiza unciencia la locul de muncă pentru cel mult 3 persoane ce se pregătesc concomitent. Răspunderea pentru faptele cauzatoare de prejudicii ale ucenicului îi revine „persoanei fizice ce are îndatorirea de a se preocupa de pregătirea și supravegherea, în procesul pregătirii, a ucenicului”⁶². Pentru antrenarea acestei răspunderii este necesară îndeplinirea a două condiții speciale: ca ucenicul să fie minor și ca fapta cauzatoare de prejudicii să se fi săvârșit în timpul în care ucenicul se afla, sau trebuia să se afle sub supravegherea meșteșugarului⁶³.

În toate aceste situații, cel chemat să răspundă o va face în nume propriu și cu patrimoniul personal, regulile ce vor governa această instituție stabilindu-se după cum natura obligației încălcate este civilă sau comercială.

IV. CONCLUZII

Concluzionând asupra principalelor aspecte prezentate este necesar a reține că această formă de desfășurare a activităților economice nu permite dobândirea personalității juridice și constituirea unui patrimoniu propriu, caractere juridice ce nu fac ca această formă de comerciant persoană fizică să capete amploare și notorietate.

Elementul de noutate adus în prim-plan de O.U.G. 44/2008 este consacrarea a minim două patrimoniului a unei persoane fizice – patrimoniul personal/civil și patrimoniul de afecțiune – și, prin excepție de la orice altă formă de desfășurare a activității comerciale, legalitatea clauzelor leonine.

Întreprinderea familială își poate desfășura activitatea numai prin intermediul unui reprezentant ale cărui prerogative acoperă încheierea tuturor formelor de acte juridice în numele și pe seama membrilor întreprinderii, doar două categorii de acte fiind condiționate de acordul prealabil al membrilor – cele prin care se înstrăinează bunurile din patrimoniul de afecțiune și cele prin care se dobândesc bunuri ce depășesc 50% din activul aflat la dispoziția întreprinderii.

Reprezentantul se înfățișează drept liantul dintre membrii întreprinderii și terții cu care aceștia intră în relații contractuale, pentru obligațiile asumate de către reprezentant, membrii fiind ținută solidar și indivizibil atât cu patrimoniul de afecțiune, cât și cu propriul patrimoniu în conformitate cu cotele procentuale stabilite de aceștia pentru participarea la veniturile și pierderile întreprinderii.

Organizarea unor activități comerciale sub forma întreprinderii familiale, poate prezenta anumite facilități fiscale, însă sub aspect patrimonial, condițiile trasate ambiguu de legiuitor cu privire la încheierea actelor juridice și la răspunderea civilă a membrilor întreprinderii o transformă pe aceasta într-o activitate bazată eminamente pe încrederea în reprezentant, încredere ce nu este dublată de prevederi legale ample.

⁶¹ Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *op.cit.*, pag. 222.

⁶² Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *op.cit.*, pag. 240.

⁶³ Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *op.cit.*, pag. 243.

Referințe bibliografice

I. Legislație

- Codul civil și legile conexe, Ediția a 3-a, revizuită, editare coordonată de conf. univ. dr. Flavius-Antoniou Baias, Editura C.H. Beck, 2009.
- Codul comercial; Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale; Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, 2010.
- Codul familiei și 2 legi uzuale, ediția a 10-a, București, Editura Hamangiu, 2010.
- O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale publicată în M.Of. nr. 328/25.04.2008.
- Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în Registrul Comerțului a persoanelor fizice, a asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice publicată în M.Of. nr. 839 din 13 septembrie 2004.
- Legea 287/2009 privind Noul Cod Civil publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.
- Legea nr. 298/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, publicată în M.Of. nr. 313 din 12 iunie 2001.
- Legea nr. 279/2005 privind ucenicia la locul de muncă - publicată în M.Of. nr. 907 din 11 octombrie 2005, completată și modificată.
- Legea nr. 53/2003 privind Codul Muncii, publicată în M.Of. nr. 72 din 25 februarie 2003, completată și modificată.

II. Doctrină națională

2.1. Cursuri, monografii, tratate

- Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ediția a III-a, revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Francis Deak, *Tratat de drept civil: contracte speciale*, Vol. II, Ediția a IV-a, actualizată de Lucian Mihai și Romeo Popescu, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ediția a III-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Liviu Stănculescu, *Drept civil. Contracte și succesiuni*, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Mihail Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972.
- Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de Drept Comercial Român*, Editura Universul Juridic, București, 2009.

2.2. Studii publicate în reviste de specialitate

- Paul Bălțățeanu, *Calitatea de angajator a subiectelor de drept autorizate potrivit Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 44/2008*, în Revista Română de Drept al Muncii, nr. 1/2009.
- Silvia Cristea, *Regimul juridic al persoanelor fizice autorizate*, în Monitorul Fiscalității Internaționale, nr. 6/2010.
- Andreea-Teodora Stănescu, *Considerații privind desfășurarea de activități economice în mod independent – STUDIA –*, în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 8/2009.
- Andreea-Teodora Stănescu, *Considerații privind dobândirea calității de comerciant de către persoana fizică autorizată*, în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 4/2010.
- Stanciu D. Cârpenaru, *Dreptul comercial în condițiile Noului Cod civil*, în Curierul Judiciar, nr. 10/2010.

III. Surse electronice

- <http://www.euroavocatura.ro>
- <http://www.avocatnet.ro>
- <http://www.cnpsv.ro>
- <http://www.scj.ro>
- <http://www.portal.just.ro>
- <http://legislatie.just.ro>
- <http://www.infolegal.ro>
- <http://www.juridice.ro>
- <http://www.clr.ro>

ÎNTRERINDERA FAMILIALĂ

Carmen-Maria MACARIE *

Abstract

*Seemingly simple questions like "How big is the market structure in which I want to enter?", "What is my market share and what are the market shares of my competition?" are born in our mind when we decide to set up the own business. Researchers and experts in the field of entrepreneurship through numerous studies have shown that the establishment of new businesses is a key element in development and economic revitalization. Newly created enterprises generate jobs and contribute to the development, implementation and dissemination of innovations having thus a positive impact on economic growth in general. In the **family business**, since it is composed of several members of a family, each member participate with a share in the formation of enterprise assets, being devoid of legal personality, has not its own patrimony. Members of the family enterprise can only be husband, wife, their children who have attained the age of 16 years on the authorization of the family business, family and affinity to the fourth degree inclusive. **Economic activities** of a family enterprise can be in agriculture, industry, tourism, construction, IT and commerce. The whole **procedure** of setting up and authorizing the operation of such enterprises is monitored by the **Trade Register**. The operating authorization is granted indefinitely or for a certain period, if it is requested to do so.*

Cuvinte cheie: family business, Trade Register, economic activities, authorization, procedure.

I. Introducere

Această lucrare își propune să analizeze aspecte legate de întreprinderea familială din momentul semnării actului de constituire de către membrii ei până la radierea din registrul comerțului, inclusiv se va prezenta procedura de insolvență a întreprinderii prevăzută de Legea 85/2006. Totodată, se dorește a fi un material util, care să răspundă întrebărilor frecvent întâlnite, întrebări referitoare la întreprinderea familială. În vederea acestui lucru, sursele legale prevăzute în Codul Comercial și în OUG 44/2008 stau la baza informării și dezvoltării pas cu pas a temei alese.

Consider că înainte de a prezenta întreprinderea familială este necesar a identifica accepțiunea de "comerciant", așa cum este prevăzută în Codul Comercial. Astfel, potrivit acestuia, subiecte ale raporturilor comerciale pot fi atât comercianții, cât și necomercianții. Art. 7/ Cod Comercial prevede că: "Sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț având comerțul ca profesie obișnuită, și societățile comerciale."¹

II. Cuprins

Au calitatea de comerciant persoanele fizice care săvârșesc fapte de comerț ca profesie obișnuită și societățile comerciale care au ca obiect activitatea comercială. Ca urmare a dispozițiilor citate, comerciantul poate fi definit ca orice persoană fizică sau juridică care desfășoară activitate comercială, adică săvârșește fapte de comerț cu caracter profesional.²

Principalele categorii de comercianți sunt: persoanele fizice și societățile comerciale, iar acestei ultime categorii i se adaugă: regiile autonome, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste și grupurile de interes economic.

* Studentă Macarie Carmen Maria, Facultatea de Drept, Universitatea Româno-Americană din București; (e-mail: karm3n_89@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect univ. dr Luminița Tulească

¹ Codul Comercial Român

² Stanciu D. Cârpenaru - Tratat de drept comercial român, Ed. Universul Juridic, București 2009

Persoana fizică are calitatea de comerciant, atât în cazul când săvârșește fapte de comerț cu caracter profesional în mod individual și independent, cât și în cazul când realizează această activitate în cadrul unei întreprinderi individuale ca întreprinzător titular sau ca membru a unei întreprinderi familiale, potrivit OUG 4/ 2008 sau ca asociat în participațiune în condițiile art.251/ Cod comercial. În aceleași condiții pot desfășura activități economice pe teritoriul României și cetățenii străini care provin din statele membre ale Uniunii Europene și din statele aparținând Spațiului Economic European. Persoana care organizează o întreprindere economică are calitatea de întreprinzător.³ Pentru o mai bună înțelegere a termenului de “întreprindere economică” este necesar a-l defini. Astfel, definim întreprinderea economică ca fiind acea activitate economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forță de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege.

Dobândirea calității de comerciant este reglementată de OUG nr 44/2008, publicată în Monitorul Oficial nr. 328 din 25 aprilie 2008, care a înlocuit Legea nr 300/2004 și actele normative bazate pe lege. Ordonanța de Urgență își propune să reglementeze accesul la activitatea economică a persoanelor fizice autorizate, precum și a întreprinderilor individuale și familiale, inclusiv procedura de înregistrare în registrul comerțului și de autorizare a funcționării acestora.

În condițiile OUG 44/2008, o persoană fizică poate desfășura activitate economică în cadrul unei întreprinderi familiale care se poate constitui din doi sau mai mulți membri ai unei familii. Prin familie, în sensul Ordonanței, se înțelege soțul, soția, copiii acestora care au împlinit vârsta de 16 ani la data autorizării întreprinderii familiale, rudele și afinii până la gradul al patrulea inclusiv. Întreprinderea familială (denumită până în urmă cu trei ani asociație familială) este o formă de organizare economică fără personalitate juridică, iar membrii ei au calitatea de comerciant persoană fizică. Activitățile economice desfășurate de o întreprindere familială pot fi în agricultură, industrie, turism, construcții, IT și comerț. Nu este aplicabilă ordonanța profesiilor liberale, acelor activități economice a căror desfășurare este organizată și reglementată prin legi speciale și activităților economice pentru care legea a instituit un regim juridic special, anumite restricții de desfășurare, nici serviciilor prestate în contextul libertății de prestare transfrontalieră a serviciilor reglementate prin Tratatul de instituire a Comunității Europene. Astfel medicii, experții contabili, auditorii, arhitecții, avocații, notarii nu vor putea să-și desfășoare niciodată activitatea prin intermediul unei întreprinderi familiale, ci doar prin intermediul unor forme de organizare reglementate de legile care guvernează profesiile respective.

Întreprinderea familială se constituie printr-un acord de constituire, încheiat între membrii familiei, în forma scrisă. Condiția formei scrise este cerută pentru validitatea actului de constituire. Acest acord cuprinde: numele și prenumele membrilor, reprezentantul întreprinderii familiale, data întocmirii acordului, participarea fiecărui membru la întreprindere, condițiile participării, cotele procentuale în care vor împărți veniturile nete ale întreprinderii, raporturile dintre membrii întreprinderii familiale și condițiile de retragere din întreprinderea familială. Lipsa elementelor menționate atrage nulitatea absolută a acordului de constituire.

Membrii unei întreprinderi familiale pot fi simultan persoane fizice autorizate sau titulari ai unor întreprinderi individuale. De asemenea, aceștia pot cumula și calitatea de salariat al unei terțe persoane care funcționează atât în același domeniu, cât și într-un alt domeniu de activitate economică decât cel în care și-au organizat întreprinderea familială. Ei sunt asigurați în sistemul public de pensii și au dreptul de a fi asigurați în sistemul asigurărilor sociale de sănătate și al asigurărilor pentru șomaj, în condițiile prevăzute de lege.

Întreprinderea familială nu poate angaja terțe persoane cu contract de muncă.

³ Conf. univ. dr. Olia-Maria Corsiuc – Revista de Drept Comercial, anul XIX, nr 9/2009, Ed. Lumina lex, București 2009

Fiind lipsită de personalitate juridică, întreprinderea familială nu are un patrimoniu propriu. Prin actul de constituire, membrii întreprinderii familiale pot prevedea constituirea unui patrimoniu de afecțatiune. Într-un astfel de caz, prin acordul de constituire sau printr-un act adițional, trebuie precizate cotele de participare a membrilor la constituirea patrimoniului de afecțatiune⁴. Dacă membrii întreprinderii convin în unanimitate, cotele de participare pot fi diferite de cele prevăzute pentru participarea la veniturile nete sau pierderile întreprinderii. Patrimoniul de afecțatiune cuprinde totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor membrilor întreprinderii familiale afectate scopului exercitării unei activități economice. El constituie o fracțiune distinctă a patrimoniului membrilor întreprinderii, care este separată de gajul general al creditorilor personali ai acestora.

Întreprinderile familiale trebuie să aibă un sediu profesional pe teritoriul României, în condițiile prevăzute de lege.

Reprezentantul întreprinderii familiale are obligația să solicite înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării, înainte de începerea activității economice. În cazul în care acesta nu formulează cererea în termen de 7 zile de la încheierea acordului de constituire prevăzut la art. 29 alin. (1)/OUG 44/2008, oricare membru al întreprinderii familiale poate să solicite înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării.⁵

Întreprinderea familială dispune de un termen de 15 zile de la încheierea acordului de constituire pentru a cere înregistrarea și autorizarea funcționării. Acordul trebuie reînnoit dacă acest termen a expirat înainte de depunerea actelor la registrul comerțului⁶.

Pentru a accede la activitățile economice prevăzute de lege, membrii întreprinderii familiale trebuie să îndeplinească anumite condiții referitoare la vârstă, reputație, sediu. Astfel, reprezentantul întreprinderii familiale care solicită autorizarea trebuie să fi împlinit vârsta de 18 ani, iar în cazul membrilor întreprinderii vârsta de 16 ani. În plus se cere să nu fi săvârșit fapte sancționate de legile financiare, vamale și cele care privesc disciplina financiar-fiscală, de natura celor care se înscriu în cazierul fiscal. De asemenea, se are în vedere existența unui sediu profesional asupra căruia se va deține un drept de folosință. Un alt element prevăzut de lege este declarația pe propria răspundere că îndeplinesc condițiile de funcționare stabilite de legislația specifică în domeniul sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului și al protecției muncii.

Interesele întreprinderii familiale sunt gestionate de reprezentantul desemnat prin acordul de constituire. Acesta acționează în temeiul unei procuri speciale, sub forma unui înscris sub semnătură privată, semnat de toți membrii întreprinderii, care au capacitate de exercițiu și reprezentanții legali ai celor cu capacitate de exercițiu restrânsă.⁷

În scopul exercitării activității pentru care a fost autorizată, întreprinderea familială, prin reprezentantul său, poate colabora cu alte persoane fizice autorizate ca PFA, întreprinzători persoane fizice titulari ai unor întreprinderi individuale sau reprezentanți ai unor întreprinderi familiale ori cu alte persoane fizice sau juridice, fără ca aceasta să îi schimbe statutul juridic dobândit.⁸

Înregistrarea în registrul comerțului a întreprinderii familiale se face în baza rezoluției motivate a directorului Oficiului Registrului Comerțului de pe lângă tribunalul în raza căruia se află sediul profesional al întreprinderii.

Dacă se consideră îndeplinite condițiile prevăzute de lege, directorul Oficiului Registrului Comerțului va dispune înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării întreprinderii familiale. Prin aceeași rezoluție va dispune și înregistrarea în registrul comerțului a declarației-tip pe propria răspundere dată conform prevederilor Legii nr. 359/2004, cu modificările și completările ulterioare.

⁴ Stanciu D. Cârpenaru - *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București 2009

⁵ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 44/2008, art. 2, lit j.

⁶ Stanciu D. Cârpenaru - *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București 2009

⁷ Stanciu D. Cârpenaru - *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București 2009

⁸ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 44/2008

Dacă documentele depuse în susținerea cererii sunt incomplete, directorul Oficiului Registrului Comerțului va dispune prin rezoluție motivată acordarea unui termen de maximum 15 zile pentru completarea acestora. Termenul va fi comunicat solicitantului fie pe loc, dacă este prezent, fie prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire. În toate cazurile se vor indica documentele care urmează să fie depuse până la termenul acordat. La cererea motivată a solicitantului, termenul de 15 zile poate fi prelungit.

În cazul în care nu sunt îndeplinite condițiile legale, directorul Oficiului Registrului Comerțului va dispune prin rezoluție motivată respingerea cererii de înregistrare în registrul comerțului și de autorizare a funcționării pentru întreprinderea familială, precum și a înregistrării declarației-tip dată pe propria răspundere .

Rezoluțiile directorului Oficiului Registrului Comerțului cu privire la înmatriculare și orice alte înregistrări în registrul comerțului, conform ordonanței de urgență, se execută de îndată, în baza lor efectuându-se înregistrările dispuse prin acestea, fără nicio altă formalitate.

În situațiile de refuz, plângerea va fi soluționată de judecătoria competentă teritorial. Nu sunt prevăzute taxe judiciare pentru această procedură.

După înregistrare, Oficiul Registrului Comerțului eliberează certificatul de înregistrare care conține codul unic și alte acte. Acest certificat atestă înregistrarea, autorizarea funcționării, cât și luarea în evidență de către autoritatea fiscală competentă.

Deciziile privind gestiunea curentă a întreprinderii familiale se iau de către reprezentantul desemnat.

Practica judiciară în materie comercială prezintă condițiile înregistrării și radierii din oficiu a unei asociații familiale așa cum este prevăzută în Legea 300/2004 privind autorizarea persoanelor fizice și a asociațiilor familiale care desfășoară activități economice în mod independent, lege în prezent abrogată prin OUG 44/2008. Astfel, potrivit art.16 alin.4 din legea menționată, înregistrarea în registrul comerțului a comercianților persoane fizice și asociațiilor familiale se face numai pe baza autorizației emise de primari. Este o dispoziție de excepție de la prevederile art.6(1) din Legea nr.26/1990 privind registrul comerțului.

În ce privește radierea din registrul comerțului, procedura este cea prevăzută de art.13 din Legea nr.300/2004, și anume aceasta trebuie să fie precedată de o cerere de renunțare la autorizația de funcționare formulată de persoana fizică sau asociația familială adresată autorității locale.

Problema în litigiu, supusă dezlegării instanței Curții Supreme, privește condițiile în care o asociație familială este radiată din oficiu din registrul comerțului.

În primă instanță, cererea a fost respinsă ca fiind nefondată, de către Tribunalul Neamț. Împotriva hotărârii, reclamanta a declarat apel, iar Curtea de Apel Bacău l-a admis, schimbând în tot sentința atacată, a admis acțiunea și a constatat nulitatea radierii pârâtei.

Împotriva acestei hotărâri, pârâta a declarat recurs. S-a constatat ca procedura nu a fost respectată în cauză, întrucât emitentul autorizației nu a anulat autorizația și nu a transmis la Oficiul Registrului Comerțului o atare anulare pentru a se proceda la radierea pârâtei, neexistând o dispoziție a organului local competent de anularea autorizației, astfel că măsura radierii nu a fost legală.

Așa fiind, se reține că hotărârea atacată este temeinică și legală, astfel că recursul urmează să fie respins ca nefondat⁹.

Reprezentantul întreprinderii familiale ține contabilitatea în partidă simplă, respectiv un borderou sau registru de încasări și plăți în care se trec, de obicei, de mână, toate veniturile și cheltuielile lunare prin documente justificative (facturi, chitanțe, bonuri fiscale, dispoziții de plată sau încasare etc.). Întreprinderea familială este obligată să dețină registrul inventar, registrul jurnal și jurnalul de încasări și plăți, în care se trec toate încasările și cheltuielile lunare. Se consideră că datorită simplității, acest lucru poate fi realizat de oricine, de aceea nu este nevoie de o persoană specializată, cheltuielile fiind limitate la cele efectuate în scopul realizării de venituri, în conformitate

⁹ <http://www.scj.ro/SE%20rezumate%202008/SE%20r%201798%202008.htm>

cu reglementările Codului Fiscal. De asemenea, întreprinderea familială nu necesită o evidență contabilă și raportări trimestriale. Pe baza estimărilor efectuate trimestrial se declară și se plătește un impozit, urmând ca impozitarea finală să se facă pe baza declarației anuale. Estimarea este făcută de către cei care dețin astfel de autorizații.

Actele de dispoziție asupra bunurilor afectate activității întreprinderii se vor lua cu acceptul majorității simple a membrilor acesteia, cu condiția ca această majoritate să includă și acordul proprietarului bunului care va face obiectul actului.

Actele prin care se dobândesc bunuri pentru activitatea întreprinderii familiale se încheie de reprezentant fără autorizarea prealabilă a membrilor, dacă valoarea bunului cu privire la care se încheie actul nu depășește 50% din valoarea bunurilor care au fost afectate întreprinderii potrivit legii și a sumelor de bani aflate la dispoziția acesteia la data semnării actului. Bunurile dobândite sunt coproprietatea membrilor în măsura cotelor de participare la constituirea patrimoniului stabilite în acordul de constituire.¹⁰

Pentru obligațiile asumate prin actele juridice încheiate de reprezentant, în exploatarea întreprinderii, răspunderea aparține membrilor întreprinderii familiale. Aceștia răspund solidar și indivizibil cu patrimoniul de afecțaiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul corespunzător cotelor de participare la împărțirea veniturilor stabilite în acordul de constituire. În absența patrimoniului de afecțaiune, membrii întreprinderii familiale răspund cu întreg patrimoniul lor.¹¹

Întreprinderea familială își încetează activitatea și este radiată din registrul comerțului în următoarele cazuri: mai mult de jumătate dintre membrii acesteia au decedat; mai mult de jumătate dintre membrii întreprinderii cer încetarea acesteia sau se retrag din întreprindere;

Cererea de radiere, însoțită de copia certificată pentru conformitate cu originalul a actelor doveditoare, după caz, se depune la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă tribunalul unde își are sediul profesional, de către orice persoană interesată.

Aspecte interesante sunt relevate de problematica insolvenței. Pentru o mai bună înțelegere a procedurii în cadrul întreprinderii familiale, se consideră că este necesară mai întâi o prezentare generală a Legii nr 85/2006 privind procedura de insolvență. Legea insolvenței stabilește la art 1 alin (1), sfera persoanelor cărora li se aplică procedura “generală” de insolvență într-o manieră descriptivă, enumerând trei categorii concrete de comercianți și anume: societățile comerciale, societățile sau organizațiile cooperatiste și grupurile de interes economic, o categorie de necomercianți-societățile agricole și o categorie generică de subiecte, desemnată sub denumirea de “orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară activități economice”. Se poate afirma, utilizând o formulă sintetică similară celei din legea franceză, preferabilă enumerării imprecise din art. 1 din Legea insolvenței, că procedura insolvenței se aplică oricărei persoane fizice sau juridice ce desfășoară activități economice sub formă de întreprindere.

Interesul practic al stabilirii calității de comerciant în cazul persoanei fizice este acut și în privința bunurilor de afecțaiune profesională, la care se referă Codul Familiei, cât și recenta OUG nr 44/2008. Bunurile care sunt utilizate de comerciant pentru exercițiul profesiei sale sunt bunuri care nu pot fi urmărite direct de creditorii personali ai comerciantului. Aceste bunuri fac parte din patrimoniul profesional de afecțaiune al comerciantului, ele neputând fi urmărite de creditorii personali ai acestuia (creanțele acestora contra comerciantului nu rezultă din comerțul său) decât după ce au urmărit fără succes celelalte bunuri din patrimoniul comerciantului. Câtă vreme există calitatea de comerciant, creditorii acestuia sunt separați în două categorii, respectiv, în creditorii comerțului și creditorii personali ai comerciantului, cele două categorii neputând interfera decât în caz de insucces al urmăririi silite a unor bunuri din patrimoniul comerciantului neafectate de exercițiul comerțului. Creditorii comerțului au, deci, o oarecare preferință la urmărirea bunurilor din

¹⁰ Stanciu D. Cărpenaru - Tratat de drept comercial român, Ed. Universul Juridic, București 2009

¹¹ Stanciu D. Cărpenaru - Tratat de drept comercial român, Ed. Universul Juridic, București 2009

patrimoniul profesional de afecțiune, dar ei nu vor încerca o executare silită în cursul comerțului debitorului, pentru a nu-l exclude din comerț, ci vor pretinde această preferință în caz de faliment al debitorului. Datorită acestei separații de patrimoniu, creditorii personali ai comerciantului nu pot nici să sechestreze bunurile din patrimoniul profesional de afecțiune. În fine, în cazul comerciantului căsătorit, bunurile care fac obiectul profesiei acestuia sau servesc exercițiului profesiei sale nu sunt bunuri comune ale soților și nici supuse împărțelii de după divorț, ci sunt bunuri proprii ale comerciantului căsătorit.

Comerciantul este un întreprinzător, el își asumă riscul de a câștiga sau de a pierde din competiția cu ceilalți comercianți. În caz de faliment, el nu numai că răspunde cu întregul său patrimoniu, inclusiv după deces, când datoriile sale se transmit moștenitorilor, ci poate fi și exclus din viața profesională pentru o perioadă de 5 ani ulterioară închiderii falimentului. Așadar, momentul în care s-a născut acest risc asumat înseamnă începutul calității de comerciant și, deci, apariția posibilității declarării acestuia în faliment. Momentul în care dispăre acest risc asumat înseamnă și dispariția calității de comerciant. Comerciantul inactiv sau retras nu poate fi declarat în faliment.

Așa cum rezultă din art. 1 alin. (2) din legea nr 85/2006, comerciantul persoană fizică poate fi supus procedurii falimentului atât în cazul în care desfășoară activitate comercială în mod individual, cât și în cazul în care desfășoară această activitate în cadrul unei întreprinderi familiale. Aceasta din urmă este o entitate fără personalitate juridică și, deci, fără responsabilitate juridică proprie, motiv pentru care este greu de explicat de ce legea face aplicabilă procedura falimentului întreprinderii familiale însăși. Este adevărat că, în baza art 41/ Cod Proc Civilă, ca orice entitate colectivă fără personalitate juridică, întreprinderea familială poate sta în judecată în nume propriu, dacă are organe de conducere (art 42./Cod Proc. Civ. permite judecătorului să desemneze un curator special care să stea în judecată în numele entității colective, în cazul în care nu există organe desemnate ale acesteia). Aparent, din moment ce actele juridice și faptele de comerț săvârșite în cadrul întreprinderii familiale nu sunt actele sau faptele proprii ale acesteia, deoarece nu are personalitate juridică, ci sunt acte sau fapte personale ale asociaților, înseamnă că actul, faptele sau complexul de operațiuni ale unuia sau mai multor asociați care au cauzat falimentul se pot răsfrânge asupra celorlalți asociați, care devin responsabili solidar pentru falimentul asociaților lor și sunt și ei supuși falimentului. O astfel de consecință este conform unei opinii, inadmisibilă, fiind nu numai ilegală, în lipsa unei reglementări care să permită o astfel de răspundere solidară, ci și de-a dreptul ilegitimă. De aceea în în literatura de specialitate, se consideră că înțelesul exact al textului art 1 alin (2) pct 1-2 din legea insolvenței este acela că procedura falimentului se aplică debitorului persoană fizică ce exercită comerțul individual sau în cadrul unei întreprinderi familiale.¹²

Într-o altă opinie, prezentată într-o abordare imediată apariției Legii 85/2006 s-a arătat că procedura insolvenței nu se poate aplica asociației familiale, deoarece aceasta este lipsită de personalitate juridică.¹³ Astfel, s-a susținut că nefiind subiect de drept, procedura insolvenței se aplică reprezentantului asociației familiale, care încheind actele juridice în nume propriu este debitor pentru obligațiile asumate. Săvârșind fapte de comerț în condițiile art. 7/Cod Comercial, reprezentantul asociației familiale dobândește calitatea de comerciant.

De asemenea, se consideră că celorlalți membri ai asociației familiale nu li se aplică procedura deoarece, neîncheind acte juridice, ei nu pot deveni debitori și nici comercianți.

Odată cu intrarea în vigoare a OUG 44/2008 în locul asociației familiale se reglementează întreprinderea familială.

Așa cum am arătat mai sus, aceasta este o întreprindere economică, fără personalitate juridică, organizată de un întreprinzător persoană fizică, împreună cu familia sa.

¹² Gheorghe Piperea- Drept Comercial, vol 1 ,Ed. C.H. Beck, Curs universitar, București 2008

¹³ Stanciu D. Cărpenaru- Drept comercial român, ediția a VI-a , București 2007

Potrivit ordonanței, membrii întreprinderii familiale sunt comercianți persoane fizice de la data înregistrării întreprinderii în registrul comerțului, ei răspunzând solidar și indivizibil pentru datoriile contractate de reprezentant în exploatarea întreprinderii.

În privința aplicării procedurii insolvenței, în absența oricărei dispoziții legale în acest sens, se impune concluzia ca, în caz de insolvență, procedura simplificată se aplică tuturor membrilor întreprinderii familiale. Soluția, la care mă raliez și eu, se justifică în temeiul calității de comerciant recunoscută de lege tuturor membrilor întreprinderii familiale.

Membrilor întreprinderii familiale nu li se aplică soluția executării silite, în condițiile art. 126 din Legea 85/2006, deoarece ea privește entități cu personalitate juridică ai căror membrii au o răspundere nelimitată și solidară pentru obligațiile persoanei juridice.¹⁴

În cele ce urmează aș dori să fac o comparație între întreprinderea familială din România și o asocierie familială din India. După cum am prezentat în lucrarea de față, întreprinderea familială este o întreprindere economică constituită din 2 sau mai mulți membri ai unei familii: soț, soție, copii, rude și afini până la gradul al patrulea. În India, familia nedivizată hindusă (numită Hindu Undivided Family) este formată din mai multe generații, în care membrii de sex masculin sunt rude de sânge, iar femeile sunt mame, fiice necăsătorite, văduve sau rude până la gradul al patrulea, toți locuind sub același acoperiș. Întreprinderea familială română nu are personalitate juridică. În cazul întreprinderii hinduse se pune, de asemenea întrebarea dacă poate fi considerată a fi persoană juridică, în condițiile legii. Ea nu are o existență separată de membrii săi, nu-și poate exercita anumite drepturi în nume propriu, fiind necesară reprezentarea de un membru, concluzionez astfel că nu are personalitate juridică. În ceea ce privește reprezentantul întreprinderii, în România acesta este ales de către membrii ei, prin acordul de constituire, fiind cel care gestionează interesele întreprinderii. În cadrul familiei hinduse, cel care ia toate deciziile este capul familiei, de obicei este cel mai vârstnic dintre membri, purtând denumirea de Kartha, fiind singurul care va administra întregul patrimoniu. Curtea Supremă de Justiție Indiană a statuat că o Kartha a unei familii hinduse sau un membru adult al familiei cu capacitate deplină de exercițiu poate intra într-un parteneriat cu o firmă. În astfel de cazuri, individul este cel care a devenit partener, nu întreaga asociație familiară. Abia în anul 2005, în urma unui amendament, femeilor hinduse li s-au acordat egalitate în drepturi cu bărbații, în materia moștenirii, ca rezultat al faptului că fiica este de asemenea copârtaș. Experții sunt de părere că în absența membrilor de sex masculin sau dacă aceștia sunt minori, o femeie poate deveni Kartha, dar de obicei, femeile hinduse nu se implică în afaceri. Întreprinderea familială română ia naștere în baza unui acord de constituire, încheiat între membrii, pe când în cazul celei hinduse statutul de membru se dobândește la nașterea persoanei. Ambele asocieri sunt supuse regimului impozitării.¹⁵

III. Concluzie

În concluzie, după părerea mea, asocierile între membrii familiei oferă o unitate care există pe o perioadă lungă de timp, fiecare membru care lucrează în cadrul acestora investește și dorește să utilizeze cele mai bune produse pentru bunul mers al lucrurilor și pentru a-și dezvolta afacerea. Părerea mea este susținută de faptul că întreprinderea familială neavând un patrimoniu propriu, membrii ei pot prevedea constituirea unui patrimoniu distinct de patrimoniul lor, numit patrimoniu de afecțatiune, cu care se răspunde, solidar și indivizibil, pentru obligațiile asumate prin actele juridice încheiate de reprezentant, în exploatarea întreprinderii, aceste argumente fiind prezentate în detaliu, pe parcursul articolului.

¹⁴ Stanciu D. Cărpenu - *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București 2009

¹⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Hindu_joint_family

Referințe bibliografice:

- Cod Comercial Român
- Cod Civil Român
- Cărpenaru, D., Stanciu – Drept comercial român, ediția a VI-a, București 2007
- Cărpenaru, D., Stanciu- Tratat de drept comercial român, Ed. Universul Juridic, București 2009
- Corsiuc, Ovia Maria- Revista de drept comercial, anul XIX, nr.9/2009, Ed. Lumina lex, București 2009
- Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale
- Piperea, Gheorghe- Drept comercial român,, vol 1,Ed. C.H. Beck, Curs universitar, București 2008
- <http://www.scj.ro/SE%20rezumate%202008/SE%20r%201798%202008.htm>
- Legea 300/2004 privind autorizarea persoanelor fizice și a asociațiilor familiale care desfășoară activități economice în mod independent
- Legea 85/2006 privind procedura insolvenței
- http://en.wikipedia.org/wiki/Hindu_joint_family

CONTRACTUL DE FACTORING

Ovidiu Florian PETRACHE *
Ionuț Daniel GOGORIȚĂ **

Abstract

Factoring represents a financing method in which a business owner places the market his debt accounts, to be purchased by a third-party funding source so that the former could gather some capital through the offered facility of a granted discount for the purchaser. One of the most ancient forms of business financing, factoring is the cashmanagement tool chosen by many companies. Factoring is very common in certain industries, such as the clothing industry, where long term recoverable debt accounts are part of the business cycle.

Keywords: *factoring, contract, adherent, cession, invoice.*

1. Definiție și reglementare. Contractul de factoring reprezintă un contract încheiat între două părți: o parte (furnizor) și o altă parte, întreprinderea de factoring (cesionar), prin intermediul căruia furnizorul cedează cesionarului creanțele ce au luat naștere din contracte de vânzare de mărfuri încheiate între furnizor și clienții acestuia. Doctrina franceză¹ da o noțiune factoringului ca fiind aceeași procedură prin care un client, aderentul sau furnizorul, transmite creanțele sale unei societăți de factoring numită factor – instituție de credit supusă regulilor Codului monetar și financiar², care, în schimbul unei remunerații, se angajează să le recupereze de la debitorii, garantând executarea lor chiar în cazul imposibilității de plată din partea debitorului, și să achite anticipat, în tot sau în parte, creanțele transferate către sine. Reprezentând o emanație a dreptului anglo-saxon, contractul de factoring a îndeplinit o funcție importantă în progresul comerțului internațional.³

Factoringul reprezintă o tehnică financiară având o strânsă conexiune cu sectorul bancar; în momentul actual, aproape toate ramurile esențiale ale industriei pot fructifica relațiile de factoring, cele mai des întâlnite fiind industria textilă, producătorii de echipament industrial și de birou, electronice și alimentele procesate.

2. Cadrul legislativ. Aceasta se regăsește, pe plan internațional, în: a) Convenția UNIDROIT privind contractul internațional de factoring încheiată la Ottawa în 1988; b) Convenția de la Roma 1980 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale; c) Convenția ONU de la New York 2001 privind cesiunea de creanță în comerțul internațional;

În legislația națională, următoarele acte normative contin mențiuni referitoare la contractul de factoring :

a) Ordonanța de Urgență 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie;

b) Legea nr. 151/1997 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie;

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București, (ionutdaniel.gogorita@yahoo.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Nemeș Vasile și asist. Univ. drd. Dan Alexandru Sitaru

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București, (ionutdaniel.gogorita@yahoo.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Nemeș Vasile și asist. Univ. drd. Dan Alexandru Sitaru

¹ Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2003, Paris, p. 373.

² Codul monetar și financiar, anexa la ordonanța 2000-1223 din 14 decembrie 2000, denumit în continuare a Codul monetar și financiar”, cu amendamentele ulterioare, în special art. L.613-13.

³ Convenția UNIDROIT privind contractul internațional de factoring, Ottawa 1988, Preambul.

c) Anexa la Ordinul 1418/1997 al ministrului de stat, al ministrului finanțelor și al guvernatorului BNR privind planul de conturi pentru societățile bancare și normele metodologice de utilizare a acestuia;

d) Legea 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractual. Contractul de factoring era reglementat în legislația română în OUG 10/1997⁴ în art. 2 lit. b) "factoring este un contract încheiat între o parte, denumită aderent, furnizoare de mărfuri sau prestatoare de servicii, și o societate bancară sau o instituție financiară specializată, denumită factor, prin care aceasta din urmă asigură finanțarea, urmărirea creanțelor și protecția riscurilor de credit, iar aderentul cedează factorului, cu titlu de vânzare sau de gaj, creanțele născute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii pentru terți." Factoringul era considerat în mod greșit în ordonanța respectivă ca fiind un instrument de plată⁵.

Definiția furnizată mai sus suprapune contractul de factoring cu contractul comercial de gaj.

Prin Legea nr. 151/1997 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie se îndreaptă eroarea la care am făcut referire anterior, enunțându-se printre instrumentele de plată⁶ doar cambia și biletul la ordin, contractele de factoring și forfetare nemaifiind privite drept instrumente de plată. Un alt act legislativ în care este menționat contractul de factoring este Legea 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale în care factoringul și forfetarea sunt vazute în mod just drept mecanisme de mobilizare a creanțelor, iar contractul de factoring este definit ca "un contract încheiat între o parte, denumită aderent, furnizoare de mărfuri sau prestatoare de servicii, și o societate bancară sau o instituție financiară specializată, denumită factor, prin care aceasta din urmă asigură finanțarea, urmărirea creanțelor și prezervarea contra riscurilor de credit, iar aderentul cedează factorului, cu titlu de vânzare, creanțele născute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii pentru terți". Aceasta constituie singura definiție legală în vigoare care definește în mod corect operațiunea factoring ca fiind o preluare de creanțe născute din vânzarea de mărfuri sau prestarea de servicii către terți în proprietate de către factor de la aderent, respectiv o cesiune de creanță, și nu drept garanție a unei obligații de plată, asumată anterior⁷.

Trebuie să avem în vedere, de asemenea, și capitolul VI „Regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare” din Legea nr. 99/1999⁸ privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice, art. 85: „ Când bunul afectat garanției, constând într-o creanță banească, este cesionat, cesionarul trebuie să notifice cesiunea, în scris, debitorului cedat.

Notificarea se poate face fie prin act sub semnătură privată, fie prin intermediul instanței, sau printr-un act autentificat de notarul public. Notificarea trebuie să facă referire despre creanța cedată, suma de plată, numele sau, modul și locul plății. Din momentul în care debitorul primește notificarea, acesta se poate elibera de obligație numai prin efectuarea plății către cesionar în modul indicat în notificare. Cu toate acestea, dacă debitorul cere ca cesionarul să prezinte dovada cesiunii, iar acesta nu o face în termen de 15 zile de la data cererii, debitorul poate să continue efectuarea plăților către cedent. Dovada cesiunii se poate face prin copia certificată de pe contractul de cesiune, sau de pe contractul de garanție, ori prin copia de pe înregistrarea cesiunii la arhivă”.

3. Factoringul ca varietate a cesiunii de creanță. Cesiunea de creanță constituie o convenție prin care un creditor (cedent) transmite o creanță a sa unei alte persoane (cesionar). Debitorul

⁴ În prezent, această ordonanță este abrogată.

⁵ A se vedea Lucian Sauleanu, *Drept bancar*, Editura Sitech, Craiova 2007 cu privire la enumerarea instrumentelor de plată (ordinul de plată, cecul, cambia, instrumentele de plată electronică) care constituie mecanisme care conduc la efectuarea unor plăți rapide, eficiente și sigure.

⁶ Legea 151/1997 a fost publicată în M. Of. nr. 172 din 28 iulie 1997.

⁷ Pentru o analiză detaliată cu privire la legislația națională în acest domeniu, a se vedea Brândușa Vartolomei, *Contractul de factoring*, Ed. Lumina Lex, București 2006, cap. VI, p. 224.

⁸ Publicată în M. Of. 236 din 27 mai 1999.

creanței transmise (cedate) poartă denumirea de debitor cedat. Contractul de factoring constituie un contract complex, înglobând atât o cesiune de creanță, cât și o subrogare convențională care este consimțită de creditor; astfel, acesta reprezintă o varietate a cesiunii de creanță, reglementată în dreptul civil, care este dreptul comun în materie. În acest sens, în situația în care prevederile în materie comercială sunt insuficiente, se aplică dispozițiile existente în dreptul comun. În ceea ce privește cesiunea de creanță, notificarea subrogării se face de către aderent debitorului sau pentru a-i devenii opozabilă sau pentru a se obține acceptul acestuia, în timp ce în cazul operațiunilor de factoring notificarea se efectuează numai pentru a-l înștiința că plata trebuie efectuată doar către factor.

În cazul factoringului, factorul devine proprietarul creanțelor transmise și preia de la aderent sarcina încasării creanțelor, preluând în același timp și riscurile legate de insolabilitatea debitorilor sau al neachitării creanțelor la scadență. Creanța care constituie obiectul contractului de factoring trebuie să se nască dintr-un contract de vânzare-cumpărare sau dintr-un contract de prestări servicii încheiat cu debitorul, în timp ce creanța care face obiectul cesiunii de creanță poate fi de orice tip (existând, însă, unele creanțe incesibile, cum ar fi pensia de întreținere⁹). Cesiunea de creanță se poate face fie cu titlu gratuit, fie cu titlu oneros (de exemplu, contractul de donație¹⁰); în ceea ce privește operațiunile de factoring, acestea operează numai cu titlu oneros. Notificarea cesiunii se poate face în cazul cesiunii de creanță doar prin intermediul executorului judecătoresc¹¹, în timp ce în cazul contractului de factoring notificarea debitorului poate fi făcută prin orice mijloc: scrisoare, fax etc.¹²

4. Caracterile juridice ale contractului de factoring.

Contractul de factoring este un contract nenumit deoarece, deși utilizat frecvent în practică, nu este reglementat în nicio lege specială în legislația română. Mai mult decât atât, contractul de factoring reprezintă un contract complex, întrucât cuprinde atât o cesiune de creanță, cât și o subrogare convențională consimțită de creditor¹³.

Contractul de factoring este un contract cu titlu oneros, factorul percepând pentru fiecare operațiune de factoring un comision de finanțare în cuantumul plafonului stabilit între factor și aderent și un comision de factoring stabilit de comun acord cu aderentul.

Contractul de factoring este un contract sinalagmatic deoarece ambele părți își asumă obligații reciproce pe toată perioada de derulare a contractului de factoring. Acesta constituie, de asemenea, un contract accesoriu, întrucât existența sa nu este una izolată, ci este determinată de raporturile preexistente între aderent și debitor, raporturi din care iau ființa creanțele ce sunt cesionate în favoarea factorului; factoringul presupune bineînțeles, o convenție prealabilă încheiată între factor și aderent care va fi executată prin intermediul diferitelor operațiuni de factoring¹⁴. Contractul de factoring este un contract consensual deoarece presupune validitatea consimțământului. În practica bancară, contractul de factoring se încheie numai în formă scrisă. Contractul de factoring este un contract cu executare succesivă, stabilindu-se un plafon între aderent și factor, aderentul cesionând factorului creanțele pe care le are asupra debitorului în cuantumul respectiv, creanțe dovedite prin facturi acceptate de debitor. Acest tip de contract este intuitu personae, factorul acceptând aderentul

⁹ Constantin Stănescu, Corneliu Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a 8-a, București, Ed. All Beck, 2002, p. 377

¹⁰ Francisk Deak, *op.cit.*, p. 223

¹¹ Constantin Stănescu, Corneliu Bârsan, *op. cit.*, p. 379

¹² Convenția de la Ottawa, art. 1: "b) o notificare în scris cuprinde, de asemenea, telegramele, faxul, la fel că și orice alt mijloc de telecomunicații de natură să lase o urmă materială".

¹³ Cesiunea de creanță este reglementată în Codul civil, cap. VIII "Despre strămutarea creanțelor și altor lucruri necorporale", art. 1391-1404, iar subrogarea convențională consimțită de creditor este reglementată în cap. VIII "Despre plată", art. 1107.

¹⁴ Pascal Ancel, *Manuel de droit du crédit*, Litec, Paris, 1994, p. 159.

după o verificare serioasă a bonității acestuia. De asemenea, acesta este un contract de adeziune, clauzele contractului fiind stabilite de către factor și impuse aderentului care are numai posibilitatea de a le accepta sau nu (posibilitatea de negociere există doar într-o mică măsură în ceea ce privește includerea unei clauze compromisorii sau modificarea duratei¹⁵).

5. Participanții la operațiunea de factoring sunt aderentul, factorul și debitorul cedat.

Aderentul¹⁶ reprezintă un comerciant (persoană fizică sau persoană juridică) care prestează acte de comerț constând în producerea și comercializarea de mărfuri, sau numai comercializarea de mărfuri – în nume și pe cont propriu, sau prestări de servicii.

Majoritatea aderentilor sunt societăți comerciale.

Factorul – poate fi numai o persoană juridică având calitatea de comerciant. Factorul trebuie să fie o instituție de credit sau o societate comercială specializată, autorizată conform condițiilor legislației naționale. Legea bancară nr. 58/1998¹⁷ în art. 11 lit. b) enumeră, printre activitățile permise băncilor, operațiunile de factoring. De asemenea, factori mai pot fi și instituțiile financiare nebancale menționate în Ordonanța nr. 28/2006¹⁸ privind reglementarea unor măsuri financiar fiscale.

La nivel global, în majoritatea țărilor dezvoltate, factorii se constituie sub forma companiilor de factoring, care reprezintă societăți comerciale specializate¹⁹. Debitorul cedat poate să fie orice comerciant, persoană fizică sau persoană juridică. Nu este debitor cel care-și procură mărfurile și serviciile în calitate de consumator final cu titlu personal, pentru uz personal și nici cel care nu are calitatea de comerciant.

6. Clasificarea operațiunilor de factoring.

În practică se întâlnesc mai multe tipuri de factoring. Din punctul de vedere al momentului achitării creanțelor achiziționate de la aderent și a serviciilor suplimentare oferite acestuia există :

-factoring tradițional, clasic (old line factoring)- plata creanțelor cesionate de aderent se face de către factor în momentul acceptării acestora, în momentul în care factorul intră în posesia lor; astfel, își asumă finanțarea și gestionarea creanțelor preluate, precum și asumarea riscului de neplată;

-factoring la scadență (maturity factoring)- factorul plătește facturile la momentul scadenței acestora, asumându-și gestionarea facturilor și riscul de neplată a acestora de către debitorii cedați;

-factoring de agent (agency factoring²⁰)– factorul cumpără creanțele aderentului, după ce le acceptă le plătește anticipat, preia riscul de neplată din partea debitorilor; gestiunea creanțelor rămâne însă în sarcina aderentului. Acesta va urmări plata facturilor și o va încasa de la debitori, în nume propriu, remițând-o de îndată factorului.

Aderentul de comportă ca un intermediar, agent²¹, al factorului.

Din punctul de vedere al confidențialității operațiunii există :

-factoring închis (scontare confidențială a facturilor) – acest tip de factoring oferă clientului posibilitatea de a păstra confidențialitatea cu privire la faptul că a apelat la un factor;

¹⁵ Brândusa Vartolomei, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶ Brândusa Vartolomei, *op. cit.*, p. 48-53

¹⁷ În prezent, abrogată prin OUG nr. 99/2006.

¹⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 89 din 31 ianuarie 2006.

¹⁹ În România, există o singură societate specializată de factoring, și anume Compania de Factoring IFN S.A., ai cărei acționari majoritari sunt Banca Transilvania și Intermarket Bank AG Austria (una din cele mai mari companii austriece specializate în finanțarea de creanțe). Aceasta oferă trei servicii de bază, și anume finanțarea facturilor, gestiunea creanțelor, ce include administrarea creanțelor, managementul debitorilor și colectarea creanțelor la scadență, precum și protecția împotriva riscului de neplată (www.companiadefactoring.ro).

²⁰ Thierry Bonneau, *op. cit.*, p. 373

²¹ Bowles, Mallor, Barnes, Phillips, Lagvardt *Law of Commercial Transactions and Business Associations: concepts and cases*, Irwin Publishing House, 1995, p. G-2: "agency – a legal relationship in which an agent acts under the direction of a principal for the principal's benefit".

-factoring deschis prin intermediul căruia aderentul cedează factorului toate creanțele, notificând debitorii în acest sens.

Din punctul de vedere al dreptului de regres pe care banca îl poate exercita asupra aderentului, există :

-factoring cu regres (factoring with recourse) - în caz de neplată, factorul își va recupera sumele neîncasate de la aderent prin exercitarea dreptului de regres, prin debitarea contului curent al aderentului sau prin valorificarea garanției;

-factoring fără regres (non-recourse factoring) - factorul plătește aderentului contravaloarea acceptată a facturii sau facturilor, o parte imediat după emiteră și restul în termen de un anumit număr de zile de la data scadenței facturii, chiar dacă nu încasează (total sau parțial) una sau mai multe dintre facturi. În intervalul respectiv de zile de la scadența facturii(lor), banca încearcă să recupereze sumele de la debitor sau, eventual, de la societatea de asigurare-reasigurare la care s-a asigurat împotriva riscului de neîncasare. Factorul nu se îndreaptă către aderent în vederea recuperării contravalorii facturilor, neavând drept de regres asupra acestuia.

Din punctul de vedere al participanților la operațiunea de factoring, putem deosebi între:

-factoring intern – în acest caz, nu putem vorbi despre un contract comercial internațional; acesta se desfășoară pe teritoriul aceleiași țări, în cadrul acestei operațiuni intervenind un singur factor;

-factoring internațional – acest tip de factoring presupune existența unui contract comercial internațional, în cadrul operațiunii intervenind doi factori (factorul de export și cel de import). Factorul de export achiziționează creanțele exportatorului (numit și aderent) asupra importatorului, cedându-le apoi factorului de import.

Distingem, de asemenea, factoring de tip back-to-back; această constituie o forma specifică companiilor care își derulează operațiunile de export prin intermediul unor subsidiare al căror capital și resurse administrative sunt reduse pentru că acestea se bazează exclusiv pe suportul financiar și administrativ al companiei mamă / exportatorului.²²

7. Derularea contractului de factoring.

Contractul de factoring cuprinde următoarele elemente:

- documentele ce fac obiectul factoringului (facturile);
- suma pe care factorul o pune la dispoziția aderentului la momentul cedării facturilor;
- garanția constituită pe baza finanțării;
- suma pe care factorul se obligă să o achite la data încasării facturilor(factoring indisponibil);
- dobanda percepută de factor pentru operațiunea factoring;
- comisionul de factoring;

Operațiunea de factoring funcționează astfel:

- ADERENTUL emite factura și livrează bunurile ;
- DEBITORUL acceptă factura ;
- ADERENTUL transmite factura la FACTOR ;
- FACTORUL finanțează aderentul cu 80% ;
- FACTORUL efectuează plata către aderent (din finanțarea de 80% își deduce dobanda și comisionul său de factoring) ;
- DEBITORUL finanțează diferența (precizez că diferența va fi transmisă aderentului de către factor la încasarea facturii(lor) de la debitor);

²² Gh. Caraiani, R. Andreica, R. Mustea, *Factoringul în comerțul internațional*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 50.

8. Clauzele specifice ale contractului de factoring²³.

Cele două clauze specifice ale contractului de factoring sunt clauza de exclusivitate și clauza de globalitate.

Clauza de exclusivitate presupune obligația aderentului de a prezenta numai factorului toate facturile sale înglobând creanțele asupra debitorilor, factorul având opțiunea de a accepta numai facturile care prezintă un grad sporit de certitudine privind plata lor la scadență de către debitori.

Clauza de globalitate este clauza conform căreia aderentul cedează factorului totalitatea creanțelor sale. Aceasta are ca scop evitarea situației în care aderentul cedează factorului doar creanțele incerte, cele dificil de recuperat, și recuperează el însuși creanțele certe, economisind comisionul de factoring.

9. Efectele contractului de factoring – trebuie să facem diferența între efectele pe care le produce contractul de factoring între părți și efectele între factor și debitorii cedați.

Efectele între părți. Dreptul de creanță se transferă din patrimoniul aderentului în patrimoniul factorului păstrându-și natura, aderentul având obligația de a remite factorului la intervalele convenite facturile din perioadele respective, garanțiile și documentele justificative, precum și declarația prin care aderentul transmite factorului în plină proprietate creanțele reprezentând prețul mărfurilor sau prestațiilor, furnizate și acceptate de clienți, cu dispoziția ca plata să se facă direct factorului²⁴. Data cesiunii creanțelor diferă în funcție de operațiunea de factoring: în cazul factoringului clasic factorul dobândește proprietatea creanțelor transmise de aderent împreună cu toate drepturile și garanțiile aferente, de la data nașterii creanței (sau la câteva zile după aceasta), în timp ce în situația factoringului la scadență dobândirea dreptului de proprietate coincide cu data exigibilității creanței. Factorul are dreptul de a percepe comisionul de factoring și, în anumite cazuri, comisionul de finanțare. De asemenea, factorul este însărcinat cu păstrarea evidenței operațiunilor de factoring.

Ulterior subrogării, factorul devine singurul creditor, în această calitate putând intenta acțiunile în plata contra debitorului și fiindu-i opozabile toate excepțiile inerente creanțelor născute anterior subrogării. Factorul dobândește concomitent cu proprietatea creanțelor toate drepturile aderentului față de debitorii săi, pierzând însă acțiunea în regres împotriva aderentului platit, cu excepția acțiunii în repetițiune a plății nedatorate pentru inexistența totală sau parțială a creanței²⁵.

Efectele față de debitorul cedat se produc doar în situația în care debitorul cedat este notificat în acest sens. Notificarea subrogării se face de către aderent debitorului său pentru a-l înștiința că plata trebuie efectuată doar către factor. Pe această cale a notificării se evită o plată cu bună credință către alte persoane.

10. Încetarea contractului.

Acesta fiind un contract nenumit, părților ce sunt contractante le revine sarcina stabilirii cazurilor de încetare a contractului, incluzându-se conținutul și clauzele operării rezilierii convenționale a factoringului încheiat de părți. În situația pasivității părților, încetarea contractului de factoring va fi guvernată de regulile obligațiilor comerciale privind încetarea contractului.

În acest sens, contractul își va înceta existența la data expirării termenului pentru care a fost constituit.

Rezilierea contractului de factoring, în tăcerea contractului, va urma regulile dreptului comun privind rezilierea contractelor, principalele cauze ce pot fi invocate fiind neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor părților contractante.

²³ Michel de Juglart, Benjamin Ippolito, *op. cit.*, p. 355; Pascal Ancel, *op. cit.*, p. 159; Thierry Bonneau, *op. cit.*, p. 374.

²⁴ Oana Ghita, Adina Calota Ponea, *Contractul de factoring – modalitate specială de mobilizare a creanțelor utilizată de instituțiile de credit*, Revista de Științe Juridice, nr. 3/2006, p. 89-94.

²⁵ <http://factoring.3x.ro/aspectej.php#Efectele>

Demn de a fi menționată este și situația în care incapacitatea, revocarea sau moartea părților nu constituie cauze de încetare a contractului de factoring de unde și rezervele apărute cum că acest contract ar prezenta un veritabil caracter intuitu personae.

11. Factoringul pe plan internațional.

Pe plan global, comerțul internațional este impulsivat și de organizații de profil, cum ar fi Factors Chain International²⁶. FCI a fost înființată în 1968 ca o organizație care reunește companii independente de factoring²⁷, reprezentând în prezent cea mai mare rețea de factoring din lume, reunind 235 factori din 63 de țări²⁸. Crearea sa a avut ca scop introducerea conceptului de factoring în țările în care acest serviciu nu era încă disponibil, precum și crearea unui cadru pentru factoringul internațional care să dea posibilitatea factorilor din țara exportatoare și cea importatoare să coopereze.

O altă organizație internațională care are același obiect de activitate este International Factors Group²⁹, înființată în 1963, acesta fiind prima asociație internațională a companiilor de factoring. Conform unui studiu³⁰ efectuat la nivel european, țările care au utilizat primele factoringul sunt Germania și Finlanda (1959), iar țara care a introdus cel mai curând această tehnică este Malta (2006); în 16 țări membre UE există o asociație națională a companiilor de factoring (uneori parte dintr-o asociație de leasing). În general, numărul de companii de factoring este relativ constant în ultimii 5 ani, în timp ce România constituie o excepție, statisticile arătând că acest număr a crescut de la 3 la 8 (alături de Polonia și Grecia, care au înregistrat și ele creșteri semnificative în ultimii ani). Numărul total de companii de factoring din UE era de 316 în 2006 (țările cu cele mai numeroase companii fiind Marea Britanie și Irlanda – 57, Italia – 35, Franța - 31). Studiul arată că, din totalul companiilor de factoring, 78,5% constituie sucursale ale băncilor, 12,5% sunt divizii ale băncilor și 9% sunt acționari nebancari, industria de factoring fiind clar dominată de banci, care preferă, astfel, să aibă un organism specializat de factoring.

În ceea ce privește modalitatea de plată, 40% constituie finanțarea facturilor (cu sau fără recurs), 47% factoring cu recurs, 22% fără factoring cu recurs. În termen de cifră de afaceri în ceea ce privește factoring-ul, cea mai mare piață o constituie Marea Britanie și Irlanda cu 226 miliarde Euro, urmată de Italia și Franța, în timp ce România constituie o piață emergentă cu 550 milioane de Euro. În comparație cu factoringul național (tradițional), care este dominant (cu 78%), factoringul internațional deține 22% din cota de piață. În ceea ce privește reglementările guvernamentale, doar în 6 țări există un control direct asupra factoringului (legi separate de factoring sau în cadrul legislației bancare), și anume Austria, Franța, Grecia, Italia, Portugalia și Spania. Se relevă, de asemenea, că reglementarea guvernamentală nu este necesară, întrucât nu există o corelație între aceasta și penetrarea factoringului pe piață. Din moment ce majoritatea companiilor de factoring sunt sucursale sau divizii ale băncilor, există deja un control indirect din partea mediului bancar.

12. Probleme din practica

În practica economică de multe ori un contract de factoring definitivat cu o bancă este “deghizat” el reprezentând în fapt și în drept un simplu contract de credit.

În studierea mai atentă a contractelor încheiate de unele bănci veți găsi termenul de finanțarea aderentului în mai multe paragrafe. În aceste situații banca nu-și asumă (integral) riscul neîncasării

²⁶ <http://www.factors-chain.com>

²⁷ Organizația are sediul la Amsterdam.

²⁸ Membrii de naționalitate română ai FCI sunt Banca Comercială Română S.A., BRD – Groupe Société Générale, Compania de Factoring IFN S.A., ING Commercial Finance IFN S.A., UniCredit Tiriac Bank S.A.

²⁹ Asociația are sediul la Bruxelles.

³⁰ Studiul *Market analysis on Factoring in EU 25+2* întocmit de către International Factors Group pentru Fondul European de Investiții, proiectul JEREMIE disponibil pe www.ifgroup.com.

facturii ci doar finanțează activitatea aderentului într-o anumită limită (70-90%). Practic, facturile nu sunt vândute factorului ci doar depuse garanție. În acest caz vorbim de un simplu credit și nu de un contract de factoring, riscul neîncasării facturilor rămânând în sarcina aderentului.

Se încheie un contract de factoring cu o bancă (factorul) în baza căruia societatea (aderentul) primește 80%-100% din valoarea facturilor remise la export. Factorul are drept de regres împotriva aderentului (dacă contractul nu prezintă clauze împotriva³⁴), acesta trebuind să plătească în locul clientului sumele cu care factorul l-a finanțat plus dobânda datorată stipulate în contractul de factoring.

Este doar un contract de creditare deoarece:

Banca nu achiziționează creanțele asumându-și riscul de nerecuperare ci finanțează aderentul pe o perioadă ce nu depășește termenul de încasare al creanței. Bani erau încasați de bancă în contul creditului deschis pentru finanțarea temporară a aderentului (societatea ce avea nevoie temporară de lichidități).

Dacă nu se încasau creanțele societatea trebuia să achite creditul primit de bancă. În aceste condiții nu mai putem spune că vorbim de un veritabil contract de factoring, ci de un contract de creditare.

Contractul de factoring (adevărat) poate fi tranzacționat pe bursă ca orice alt contract de credit dar acest tip de pseudo contract de factoring nu poate deoarece elementul principal "suportarea riscului de neplata a debitorului cedat"³³ lipsește. Prin semnarea unui astfel de contract nu puteți scoate din patrimoniu facturile deoarece ele nu au fost vândute băncii ci au fost depuse ca garanție.

Într-un veritabil contract de factoring ori de cesiune de creanțe societatea de intermediere financiară/banca va prelua toate riscurile și drepturile asupra creanței asumându-și inevitabil riscul de neîncasare. În acest caz cedentul este obligat prin contract să elimine din activ creanțele iar cesionarul lor să le includă, devenind proprietarul de drept al lor. Cum un astfel de contract nu se face pe benevol societatea care cedează/vinde creanțele va plăti un comision iar societatea care preia/cumpără creanțele va încasa un venit. Societatea de intermediere financiară va trebui să colecteze și TVA³⁵ pe factură emisă.

Vânzarea unor creanțe prin cesionare se poate face doar prin semnarea unui contract în care se specifică valoarea creanței și detaliile referitoare la aceasta: clientul, numărul facturii, valoarea și data emiterii, termenul de încasare și eventual alte informații cerute de societatea de intermediere financiară. Nu puteți vinde o creanță depusă garanție deoarece contractul de gaj va interzice înstrăinarea bunului gajat.

Sunt numeroase firme de recuperare ce prestează doar încasarea facturilor și nu preiau riscul de neîncasare. În asemenea situații de fapt rămâneți proprietarul creanței ca în cazul pseudo contractelor de factoring, societății de recuperare urmând să-i achitați comisionul perceput pentru serviciul de stimulare în vederea lichidării datoriei clientului rău platnic.

Cele mai vândute creanțe sunt cele generate de operațiunile de export și cele care nu prea mai au șanse de încasare decât prin îndelungi demersuri juridice. Societățile care recurg la vânzarea creanțelor o fac în primul rând din cauza lipsei de lichidități ori a altor cauze (credite de trezorerie dezavantajoase ori imposibil de obținut).

Societățile care se ocupă de factoring achită valoarea contractului imediat așteptând încasarea creanței la termenul de scadență iar societățile care se ocupă de recuperarea de creanțe achită, de regulă, după o anumită perioadă sau doar la scadență deoarece preiau creanțe ce au termenul contractual de încasare depășit sau cu șanse minime de recuperare.

³⁴ Aceasta tehnica face diferența în veritabile contracte de factoring, între factoringul cu regres (cu recurs) și cel fără regres.

³³ În acest sens, I. Cernăianu, op. citată pg 59; B. Vartolomeu, op. cit. pg. 79

³⁵ Codul fiscal, anul 2007, prevedea printre altele că operațiunile de factoring sunt scutite de taxă.

Comisionul datorat se contabilizează ca un venit în avans deoarece creanțele nu au fost încă recuperate ori încasate. Dacă creanțele nu se vor încasa/recupera de către societatea de intermediere financiară înregistrarea se va storna iar societatea nu va înregistra niciun venit din operațiune.

13. Avantajele factoringului. Factoringul evită primirea plății la diferență de săptămâni sau chiar luni după livrare. Această tehnică bancară are marele avantaj că determină creșterea vânzărilor pe piețele străine prin oferirea unor termeni competitivi de vânzare. De asemenea, ea oferă un nivel de protecție adecvat în vederea diminuării beneficiului nerealizat pentru clienții din afara țării. Comisiunile remise factorului se bazează pe volumul de vânzări, astfel încât costul fluctuează în funcție de vânzări, scăzând costurile de operare în timpul perioadelor de vânzări reduse. Prin intermediul factoringului, se asigură lichidități pentru mărirea capitalului rulant, importatorii nu trebuie să deschidă o scrisoare de credit nouă și se oferă o putere mărită de cumpărare fără blocarea liniilor de credit existente.

- Factoringul reprezintă o soluție viabilă de finanțare pentru termenele lungi de plată a facturilor ;

- Factoringul acordă posibilitatea creșterii cifrei de afaceri și/sau realizării de investiții ;

- Factoringul dezvoltă flexibilitatea firmei de a-și asuma termene de plată diversificate, termene de plată mai bune, în loc de prețuri mai mici;

Prin utilizarea factoringului:

- se micșorează creanțele neîncasate, crește viteza de rotație a activelor ;

- încasările pot fi planificate pe zile ;

- datorită finanțării continue în funcție de rulaj se pot face investiții oricând;

- se îmbunătățește lichiditatea firmei ca urmare a accelerării cash-flow ului ;

- stimulează posibilitățile de extindere pe piață deoarece clienții vor aprecia condițiile de plată mai favorabile

- se creează suportul financiar de creștere dinamică a companiei

În opinia noastră contextul economico-financiar actual, și anume criza economică mondială, va impulsiona tot mai multe companii să apeleze la acest tip de serviciu evitând astfel problemele cu fluxul de numerar și asigurându-se de riscul de neplată al partenerilor de afaceri .

Reticența băncilor de a acorda credite, situația clienților care nu se vor mai califica pentru accesarea unui credit, fluxul de numerar mult mai sensibil în condițiile de criză vor determina antreprenorii să-și protejeze afacerea apelând la soluții financiare oferite de societățile specializate .O inițială formă de factoring³⁶ ce ar putea fi utilizată în sectorul farmaceutic, ar arăta astfel: C.N.A.S. având calitate de CLIENT, va depune la bancă (FACTORUL) facturile validate primite de la farmacia (ADERENȚII), farmaciile urmând să încaseze în momentul depunerii facturilor de către C.N.A.S. la bancă 85% din valoarea facturilor. Diferența ramașă de 15% va fi acoperită de către bancă farmaciilor în momentul în care C.N.A.S. returnează către FACTOR întreaga sumă creditată. Din cei 15%, banca își va opri comisioanele aferente operațiunii de factoring. Comisiunile plătite de farmacia vor fi de aproximativ 0.85% din valoarea facturilor cesionate (1% din cei 85% achitați inițial de către bancă farmaciei), plus comisionul de finanțare, care este la nivelul dobânzilor pe termen scurt din sistemul bancar. Pentru farmacia avantajul acestui tip de operațiune ar fi deblocarea rapidă a lichidităților. Dezavantajul major este că acest model de factoring poate fi aplicat doar asupra facturilor validate și înregistrate la C.N.A.S.

O a-2-a formă de factoring ar putea fi următoarea: farmaciile (CLIENTII) depun facturile de la furnizorii de medicamente (ADERENȚII) la bancă (FACTORUL). Bancă decontează furnizorilor imediat 85% din valoarea facturilor depuse, urmând, că și la cazul anterior, diferența de 15% să fie

³⁶ <http://infofarm.ro/utile/factoring-avantaje-si-dezavantaje>

achitată către furnizor în clipa în care farmacia returnează băncii valoare integrală a facturilor depuse. În acest fel comisioanele vor fi suportate de distribuitorii de medicamente și nu de farmacii.

Dar, există și dezavantaje. În oricare dintre cele două forme de factoring, banca are dreptul de a accepta sau respinge facturile, ori de la C.N.A.S. ori de la farmacii pe criteriul insolvabilității. Mai exact, că banca să accepte facturi emise de farmacii către C.N.A.S., trebuie să se asigure că C.N.A.S. are posibilitatea de plată la scadență, ceea ce în perioadă actuală e puțin probabil, deci sunt șanse mari să nu fie funcțional această prima formă de factoring. Similar, în cazul celei de-a doua forme de factoring, banca trebuie să aibă garanția că farmaciile vor returna banii la scadență facturilor de la furnizori. Dar, pentru acest lucru, farmaciile depind de decontarea facturilor de către C.N.A.S., care momentan nu dispune de fonduri, sau de prima formă de factoring, care, după cum am precizat mai sus este improbabilă. Și cum majoritatea facturilor emise de distribuitori au deja termenele de plată depășite, este practic imposibil ca bancă să le accepte în sistem factoring.

În concluzie, fără o intervenție clară și hotărâtă din partea Statului Român în negocierile cu băncile, farmaciile și distribuitorii de medicamente în care acesta să-și asume în mod clar și transparent plata facturilor către farmacii sau plata facturilor cesionate către bancă, este puțin probabilă ieșirea din actuala criza a medicamentelor.³⁷

În opinia noastră contextul economic actual, în fapt criza mondială, vor determina tot mai multe firme să apeleze la acest tip de serviciu evitând astfel problemele cu fluxul de numerar și asigurându-se de riscul de neplata al partenerilor de afaceri.

Reticiența băncilor de a acorda credite, situația clienților care nu se vor mai califica pentru accesarea unui credit, fluxul de numerar mult mai sensibil în condițiile de criză vor determina antreprenorii să-și protejeze afacerea apelând la soluțiile financiare propuse de societățile specializate.

14. Somație Plată. Cesiune de creanță. Societate fără calitate procesual activă

Printr-o sentință, a fost admisă excepția lipsei calitatii procesuale active a reclamantei SC T FACTORING SRL, invocată din oficiu de instanța și a fost respinsă acțiunea formulată de reclamanta SC T FACTORING SRL în contradictoriu cu debitorul, ca fiind introdusă de o persoană fără calitate procesual activă. Pentru a pronunța această sentință, instanța a reținut că SC T FACTORING SRL a solicitat în contradictoriu cu debitorul emiterea unei somații de plată prin care părătul-debitor să fie obligat la plata sumei de xx lei, reprezentând contravaloarea serviciilor de telefonie, penalități convenționale de întârziere, precum și la plata cheltuielilor de judecată. De asemenea, instanța a reținut că, creditoarea este o societate cesionară a creanțelor unei companii de telefonie mobilă decurgând din serviciile de telefonie mobilă prestate de societatea cedentă. Astfel între societatea cedentă și debitoare s-a încheiat un contract de telefonie mobilă în temeiul căruia au fost emise facturi. Creanța neachitată de către debitoare companiei de telefonie este de xx lei. Scadența a fost depășită.

Instanța a pus în discuția părților din oficiu excepția lipsei calitatii procesuale active a reclamantei T FACTORING SRL. În soluționarea excepției, instanța a reținut următoarele: creditoarea este o societate comercială și anume societate cu răspundere limitată. Fiind o persoană juridică funcționează principiul specialității capacității de folosință. De unde rezultă că cesiunea de creanțe în care reclamanta-creditoare are calitatea de cesionar trebuie să facă parte, să fie inclusă în obiectul sau de activitate. Altfel înseamnă că s-ar încălca principiul specialității capacității de folosință a persoanei juridice, ceea ce ar conduce, fiind vorba de capacitatea de folosință a persoanei juridice, la nulitatea absolută a actului, adică a cesiunii de creanțe. În continuare ar însemna că acțiunea reclamantei-creditoare ar fi, în ipoteza aratăta, inadmisibilă. Dacă însă cesiunea de creanțe și valorificarea ulterioară a creanțelor astfel obținute ar face parte din obiectul de activitate al reclamantei-creditoare atunci rezultă următoarea schemă logică:

³⁷ <http://infofarm.ro/utile/factoring-avantaje-si-dezavantaje>

Reclamanta nu actioneaza în calitate de mandatar (reprezentanta) a companiei de telefonie mobila, ci in nume propriu si pe seama sa. Daca în realizarea scopurilor societatii colecteaza si valorifica creante rezulta ca operatiunea juridica încheiata între compania de telefonie si SC T FACTORING SRL este in realitate o operatiune de factoring, astfel cum este definita³⁸. La aceasta concluzie duce chiar denumirea reclamantei-creditoare: T Factoring!

Conform acestei prevederi legale, factoringul reprezinta un mecanism de mobilizare a creantelor, reprezentând contractul încheiat între o parte, denumita aderent, furnizoare de marfuri sau prestatoare de servicii, si o societate bancara sau o institutie financiara specializata, denumita factor, prin care aceasta din urma asigura finantarea, urmarirea creantelor si prezervarea contra riscurilor de credit, iar aderentul cedeaza factorului, cu titlu de vânzare, creantele nascute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii pentru terti.

Or, SC T FACTORING SRL nu este o societate bancara sau o institutie financiara specializata, ci o societate cu raspundere limitata (astfel cum rezulta din chiar denumirea ei!). Prin urmare, din aceasta perspectiva si privind activitatea bancara³⁹, operatiunea de cumparare a unui portofoliu de creante nu este legala, deoarece ea nu poate fi desfasurata decât de o societate bancara sau o institutie financiara specializata, acestea din urma în limita autorizatiei acordate de Banca Nationala a României.

Fata de faptul ca operatiunea în baza careia reclamanta-creditoare si-a justificat calitatea în aceasta cauza nu poate fi privita ca respectând cerintele legale în materie instanta urmând sa admita exceptia invocata din oficiu si sa respinga ca atare cererea.

Referinte bibliografice:

- 1. Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2003, Paris.
- 2. Conventia UNIDROIT privind contractul international de factoring, Ottawa 1988.
- 3. Lucian Sauleanu, *Drept bancar*, Editura Sitech, Craiova 2007
- 4. Brândusa Vartolomei, *Contractul de factoring*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 2006
- 5. Constantin Stasescu, Corneliu Bârsan, *Drept civil. Teoria generala a obligatiilor*, ed. a 8-a, Bucuresti, Ed. All Beck, 2002
- 6. Cesiunea de creanta este reglementata în Codul civil, cap. VIII "*Despre stramutarea creantelor si altor lucruri necorporale*", art. 1391-1404.
- 7. Bowles, Mallor, Barnes, Phillips, Lagvardt *Law of Commercial Transactions and Business Associations: concepts and cases*, Irwin Publishing House, 1995
- 8. Oana Ghita, Adina Calota Ponea, *Contractul de factoring – modalitate speciala de mobilizare a creantelor utilizata de institutiile de credit*, Revista de Stiinte Juridice, nr. 3/2006, p. 89-94.
- 9. <http://www.factors-chain.com>
- 10. Gh. Caraiani, R. Andreica, R. Mustea, *Factoringul în comerțul international*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 2004

³⁸ art. 6 alin. 2 din Legea nr. 469/2002 privind unele masuri pentru întarirea disciplinei contractuale

³⁹ in temeiul art. 11 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 587/1998

STUDIU COMPARATIV ÎNTRE SOCIETATEA EUROPEANĂ ȘI GRUPUL EUROPEAN DE INTERES ECONOMIC¹

Ana-Maria SINGUREANU²

Abstract

The paper entitled "Studiu comparativ între Societatea Europeană și Grupul European de Interes Economic" aims to outline two of the most important institutions for the promotion of export interests and have a growing importance in international legal relationship.

The appearance of European Economic Interest Group and European companies is the culmination of a cooperative effort by transnational companies. The establishment of these entities meet the need to harmonize legislation on commercial activity in our country with the European Union countries.

In this paper we try to find the differences and similarities between the two notions through the system called "comparison in the mirror", the definition, characteristics, method of establishment, operation and termination. The birth of the Commercial Company and European Economic Interest Group responds to a need because not only trade barriers are required to be removed but also production structures must be adapted to the Community dimension, to might be possible to create a functioning society and a European dimension, free of obstacles resulting from differences and limited territorial application of national company law.

The purpose of these two creations of European law is to separate from national roots and let them evolve in a single European framework.

Cuvinte cheie: *Societate Europeană, Grupul European de Interes Economic, cooperare între societățile din Comunitate, Comunitate Europeană, evoluție într-o legislație europeană.*

1. Aspecte introductive și definiții

În anul 1957 a luat ființă la Roma, Comunitatea Europeană, având denumirea de "Comunitatea Economică Europeană (CEE), datorită celor 6 state membre³. Scopul statelor a fost de a pune bazele unei uniuni mai strânse între popoarele europene și de a asigura printr-o acțiune comună progresul economic și social al țărilor, prin eliminarea barierelor care divizează Europa⁴.

Ulterior, datorită necesității dezvoltării mediului economic, la propunerea Olandei și ale Franței s-a creat o nouă formă de societate numită în acea perioadă "Societas Europaea". Acest concept a fost însușit de Thibierge și a fost rostit pentru prima în cadrul celui de-al 57-lea Congres al Notarilor Publici, în 1959 la Paris. Această idee a fost susținută de Comisia Europeană și a fost prezentat un memorandum cu privire la crearea Companiei Comerciale Europene în 29 aprilie 1966. Despre această propunere s-a discutat în anul 1976 și în anul 1981, apoi conceptul de Societate Europeană a fost readus în discuție în anul 1988 la propunerea președintelui Comisiei Europene de la acea dată, Jacques Delors⁵.

Comisia a prezentat Consiliului o propunere privind statutul Societății Europene, propunere care era împărțită în 2 capitole: primul capitol era referitor la regulamentul privind constituirea și formarea Societății Europene, iar al doilea făcea referință la locul lucrătorilor în cadrul Societății,

¹ * Studiul a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Nemeș Vasile și Asis. univ. drd. Sitaru Dan-Alexandru.

² Studentă, Facultatea de Drept, "Universitatea Nicolae Titulescu" din București (anamariasingureanu@yahoo.com)

³ Belgia, Germania, Franța, Italia, Luxemburg, Olanda

⁴ Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene,

⁵ Jacques Delors, membru al Partidului Socialist Francez. În structurile comunitare, prima poziție de importanță pe care a avut-o a fost aceea de parlamentar European. În Parlamentul European a fost în fruntea Comisiei responsabile pentru afaceri economice și financiare. Ulterior a ocupat funcția de ministru francez al economiei și al finanțelor.

respectiv participarea la deciziile luate în cadrul Societății Europene. Au existat însă numeroase și permanente neînțelegeri între statele membre cu privire la cel de al doilea capitol.

Datorită acestor neînțelegeri, abia în cadrul Consiliului European de la Nisa, s-a ajuns la un armistițiu, astfel în baza reglementărilor, Societatea Europeană își desfășoară activitatea pe întreg teritoriul Uniunii Europene fiind guvernată de două acte normative:

-Regulamentul CE nr.2157/2001 al Consiliului din 8 octombrie 2001

-Directiva 2001/86 CE a Consiliului din 8 octombrie 2001 care include pe lângă Statutul Societății Europene și implicarea lucrătorilor în cadrul Societății.

Grupul European de Interes Economic a fost reglementat prin Regulamentul CEE nr.2137/1985 din 25 iulie 1985 având ca sursă de inspirație modelul francez al Grupului de Interes Economic reprezentând instrumentul juridic prin care să se înlăture dificultățile juridice, fiscale sau administrative ce nu permiteau colaborarea întreprinderilor din cadrul Comunității Europene.

Până în data de 9 iulie 2008 erau înființate 1844 de GEIE, pe primul loc aflându-se Belgia cu un număr de 429, pe locul secund Franța cu 274, pe cel de al treilea loc poziționându-se Olanda cu un număr de 191, iar Spania se regăsește pe locul 4 cu un număr de 170.

În România această entitate este reglementată prin Legea nr.161/2003 în completare cu Regulamentul CEE nr.2137/1985.

.Apariția G.E.I.E și a Societăților Europene reprezintă depunerea cu succes a unui efort de cooperare transnațional în materia societăților. Importanța acestora e dată de necesitatea creării unui spațiu pentru dezvoltarea și armonizarea activității economice dintre persoanele fizice și juridice din diferitele state membre ale Uniunii Europene.

G.E.I.E sunt recunoscute și pot funcționa în condițiile legii în țările membre ale Uniunii Europene precum și în România.

În cele ce urmează vom încerca să facem un studiu comparativ între Societatea Europeană și Grupul European de Interes Economic. Ne vom referi pentru început, la definirea ambelor instituții:

Astfel, prin Regulamentul Consiliului (CE), nr.2.157/2001 din 8 octombrie 2001 a fost reglementat statutul societății europene.

“Societatea europeană este o formă asociativă, de tipul societății pe acțiuni, având ca obiect desfășurarea unei activități comerciale, la care participă societăți comerciale guvernate de legi naționale diferite”

Grupul European de Interes Economic este definit în lege ca fiind “o asocieră dintre două sau mai multe persoane fizice ori juridice, constituită pentru o perioadă determinată sau nedeterminată, în scopul înlăturării ori dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective”⁶

2. Principalele asemănări între Societatea Europeană și Grupul European de Interes Economic

2.1. O primă asemănare între Societatea Europeană și Grupul European de Interes Economic este necesitatea nașterii lor pentru că dezvoltarea armonioasă a activităților economice și o extindere continuă și echilibrată în cadrul Comunității depind de stabilirea și de buna funcționare a unei piețe comune care să ofere condiții similare celor de pe piața națională; Pentru realizarea acestei piețe unice și pentru consolidarea unității sale a trebuit creat, pentru persoane fizice, societăți sau alte entități juridice, un cadru juridic care să faciliteze adaptarea activităților lor la condițiile economice ale Comunității. Întrucât în acest scop este necesar ca aceste persoane fizice, societăți sau alte entități juridice să poată coopera efectiv la nivelul transfrontalier.

⁶ Stanciu D. Cărpenu “Tratat de Drept Comercial Român”, Universul Juridic, 2009, pag. 437

Modul general de constituire al celor două este deasemenea asemănător și anume printr-un contract de constituire, reprezentând exprimarea voinței membrilor, ambele dobândind personalitate juridică în urma îndeplinirii formalităților prevăzute de lege.

2.2. O a doua asemănare este aceea că în contract trebuie să fie incluse cel puțin următoarele:

-numele, precedat de sau urmat de cuvintele „Grupare europeană de Interes Economic” sau de inițialele G.E.I.E, respectiv denumirea unei Societăți Europene urmată de abrevierea SE, acronime rezervat în mod expres și exclusiv acestor creații de drept european. Ambele vor avea sediul sau vor fi înființate pe teritoriul Uniunii, în jurisdicția oricărui stat membru, în condițiile regulamentului. De asemenea sunt necesare a se include și adresa oficială a fiecăreia, respectiv, obiectul de activitate și durata de funcționare a celor două.

Atât la Societatea Europeană, cât și la Grupul European de Interes Economic, înregistrarea se face în statul în care își are sediul oficial, la registrul desemnat, rezultând astfel că se află sub prevederile legale ale unui stat membru, și în subsecvent, se află sub incidența unei legi naționale.

2.3. O a treia asemănare este ca ambele își pot schimba sediul. Astfel, referitor la G.E.I.E, conform articolului 13 din, REGULAMENTUL CONSILIULUI (CEE) nr. 2137/85 ”adresa oficială a unei grupări poate fi transferată în interiorul Comunității. Atunci când un astfel de transfer nu determină o schimbare a legislației, decizia de transfer se ia în conformitate cu condițiile stabilite în contractul de constituire a grupării. Atunci când transferul determină o schimbare a legislației, o propunere de transfer trebuie redactată, depusă și publicată. Orice astfel de decizie trebuie luată de membrii grupului în unanimitate. Transferul intră în vigoare la data la care gruparea este înregistrată, la biroul de înregistrare pentru noua adresă oficială. Această înregistrare nu poate fi efectuată până când nu se aduc dovezi că propunerea de a transfera adresa oficială a fost publicată. Radierea înregistrării unei grupări la registrul din raza vechiului sediu nu poate avea loc până când nu se aduc dovezi că gruparea a fost înregistrată la biroul de înregistrare pe raza căreia se află noul sediu. Publicarea noii înregistrări a grupării face ca noua adresă să fie opozabilă terților. Atâta vreme cât radierea înregistrării grupării din registrul unde se afla vechea adresă oficială nu a fost publicată, terții pot să se prevaleze în continuare de vechea adresă oficială, cu excepția cazului în care gruparea dovedește că terții respectivi aveau cunostință de noua adresă oficială.”⁷

Și în cazul Societății Europene, se poate transfera sediul social din cadrul statului membru din care făcea parte într-un alt stat membru în care intenționează să-și desfășoare activitatea, datorită caracteristicii de bază, conform careia se constituie la nivel comunitar. Și în acest caz trebuie să întocmească un proiect de transfer care să devină opozabil terților prin publicarea în Monitorul Oficial.

Pentru a-și putea transfera sediul într-un alt stat e necesar să își încheie activitatea în statul din care face parte ce presupune inclusiv lichidarea societății în cauză spre a-și muta sediul în statul membru dorit ce presupune și de această dată înregistrarea și definitivarea obiectului de activitate în concordanță cu legislația în vigoare a noului stat din care face parte.

2.4. O a patra asemănare se referă la funcționarea celor două instituții juridice. Astfel, potrivit structurii organelor sociale, atât Societatea Europeană cât și în cazul Grupului European de Interes Economic ambele au la bază sistemul „one tier system”⁸ și sunt formate din Adunarea Generală și structura administrativă de conducere având un consiliu unic.

În cazul Grupul European de Interes Economic, membrii, acționând în calitate de organ de conducere, pot lua orice decizie în scopul de a atinge obiectivele grupării. Fiecare membru deține un vot. Contractul de constituire a unei grupări poate, totuși să atribuie mai multe voturi anumitor membri, cu condiția ca niciun membru să nu dețină majoritatea voturilor.

⁷ REGULAMENTUL CONSILIULUI (CEE) nr. 2137/85 art.13

⁸ Atunci când consiliul de supraveghere lipsește, societatea are un singur organ de administrare. Acest organ de administrare are drept de conducere în sens larg a Societății Europene. În acest consiliu de administrare se va include gestiunea societății, cât și reprezentarea în fața terților. Adunarea Generală va fi organul cu putere de decizie.

În cazul Societății Europene, votul aplicabil în adunările generale va urma, în lipsă de normă europeană expresă, regulile specifice societăților de tip societăți pe acțiuni conform legislației naționale a locului de sediu.

La ambele Adunarea Generală rămâne organul suveran⁹ iar aceasta poate fi convocată la cererea unui singur membru în cazul Grupului European de Interes Economic sau în cazul Societății Europene de un membru care deține cel puțin 10% din capitalul social subscris, precum și la cererea organului de administrație și la cel de supraveghere în cazul Societății Europene dacă există un sistem “two tier”¹⁰.

2.5.O ultimă asemănare o putem deduce prin compararea procedurii în cazul dizolvării celor două entități, atunci când în cadrul Grupului nu se respectă termenul pentru luarea deciziei de dizolvare, orice membru sau persoană interesată poate cere instanței dizolvarea.O situație similară o identificăm și la Societatea Europeană când nu se întrunește Adunarea Generală Extraordinară, dar în acest caz existând posibilitatea adresării instanței de judecată competente care să pronunțe o hotărâre cu privire la dizolvare.

3. Principalele deosebiri între Societatea Europeană și Grupul European de Interes Economic

3.1.O primă deosebire o observăm încă din compararea celor două definiții respectiv faptul că Societatea Europeană este edictată ca fiind o formă asociativă, de tipul societății pe acțiuni, iar Grupul European de Interes Economic este o asociere dintre două sau mai multe persoane fizice sau juridice, cu toate că și G.E.I.E dobândește personalitate juridică, după cum am punctat mai sus.

3.2.O a doua deosebire, reieșită tot din definiție, este aceea că Societatea Europeană are ca obiect desfășurarea de activități comerciale, urmărindu-se obținerea de profit,iar scopul Grupului este să faciliteze sau să dezvolte activitățile economice ale membrilor săi și să îmbunătățească sau să sporească rezultatele acestor activități.Așadar scopul nu este de a obține profit pentru sine.Activitatea grupării trebuie să fie legată de activitățile economice ale membrilor și nu trebuie să fie mai mult decât auxiliară acestor activități.

3.3.Ceea ce este iar deosebit la societatea europeană față de Grupul European,este referitor la constituire, adică depășirea cadrului național,prin fuziune, înființarea unui holding, înființarea unei filiale, transformarea unei societăți de tip societatea pe acțiuni.Fiecare modalitate de constituire are o reglementare proprie,după cum vom arata în cele ce urmează:

3.3.1 La constituirea prin fuziune, societățile de tip societăți pe acțiuni se formează sub jurisdicția unui stat membru, având sediul social în spațiul Uniunii și sub condiția ca cel puțin două dintre ele să fie guvernate de legi naționale diferite.În cazul unei asemenea fuziuni se va aplica procedura privind fuziunile prin absorbție sau prin contopire(prin formare de societăți noi).În cazul fuziunii prin absorbție,societatea absorbantă va lua forma unei Societăți Economice în momentul încheierii fuziunii, iar în cazul fuziunii prin contopire,societatea nou formată va fi Societate Europeană¹¹.

Procedura constituirii are la bază o fază de întocmire și publicitate a actelor de fuziune cuprinzând proiectul de fuziune și raportul organelor de administrare însoțit de situațiile financiare, urmată de un control al autorității administrative al statului unde își are sediul social precum și exprimarea voințelor celor care participă în adunările generale ale acționarilor convocat.Din această operațiune rezultă atât efectele juridice,cât și cele patrimoniale și nepatrimoniale ale fuziunii.Pe lângă

⁹ Cristian Gheorghe,Drept Comercial European,Ed.Ch.Beck,2009,pag.167

¹⁰ Acest sistem are la bază două organe cu atribuții administrative.Unul este organul de administrare propriu-zis iar cel de al doilea este consiliul de supraveghere având atribuții de îndrumare și supraveghere a primului organ administrativ

¹¹ A se vedea Cristian Gheorghe ,”Drept Comercial European” Ed.Ch.Beck,pag 149

aceste efecte, din fuziune mai rezultă și nașterea Societății Europene în persoana societății absorbante.

În cazul fuziunii prin absorbție, punându-se în aplicare condițiile regulamentului european, va avea ca repercursiune următoarele consecințe: acționarii societății absorbite devin acționarii societății absorbante; toate activele și obligațiile fiecărei societăți absorbite sunt transferate la societatea absorbantă, societatea absorbită încetează să existe și societatea absorbantă adoptă forma de Societate Europeană¹².

O fuziune realizată prin contopire va avea următoarele efecte: acționarii societăților care fuzionează devin acționari ai Societății Europene, toate activele și obligațiile societăților care fuzionează sunt transferate către SE; și societățile care fuzionează încetează să existe.

3.3.2 Societatea de tip Holding a apărut datorită nevoii de a combate mai ușor amenințările din cadrul mediului economic prezent în fiecare stat membru. Operațiunea constă în principiu într-un schimb de acțiuni astfel: în schimbul acțiunilor deținute la societățile inițiale, acționarii primesc acțiuni la noua structură care va controla fiecare din societățile inițiatore. În acest mod se creează un nivel de control al societăților promotore iar vechii acționari își rezervă un loc în această structură nou creată, holdingul, în calitate de acționari finali.

Asemănător procesului de fuziune, procedura formării unui holding va avea la bază o fază de întocmire și publicitate a actelor de constituire a holdingului, precum și proiectul de constituire și raportul organelor de administrare însoțit de situațiile financiare, precedată de exprimarea voințelor sociale ale participanților în adunările generale ale acționarilor convocate în acest scop.¹³

3.3.3 Constituirea prin formarea unei filiale a unei Societăți Europene se poate realiza de către societățile comerciale, alte persoane de drept public sau privat care au sediul și centru administrativ în cadrul Uniunii și care funcționează sub legea unui stat membru. Elementul esențial este acela că cel puțin două dintre entitățile menționate trebuie să fie guvernate de legea a două state diferite sau au avut pentru cel puțin doi ani o filială înființată sub legea altui stat membru sau o sucursală situată în alt stat membru. Cazul prezentat de constituire este cel mai larg cu putință. Admite ca participanți orice entitate de drept public sau privat recunoscută de statele membre, inclusiv orice construcție care intră sub conceptul european de societate cu scopul formării unei societăți comerciale noi de tipul societății pe acțiuni. Trimiterea la regimul de înființare a societății naționale de tip societate pe acțiuni absolvă legiuitorul european de alte reglementări în acest domeniu.

3.3.4 O altă modalitate de constituire este transformarea unei societăți pe acțiuni preexistentă într-o Societate Europeană. Transformarea acesteia nu are ca efect dizolvarea ei sau dobândirea de personalitate juridică nouă. Sediul social nu va fi transferat în alt stat membru simultan cu transformarea. Pentru a putea transforma o societate pe acțiuni într-o Societate Europeană, trebuie să îndeplinească anumite formalități și documente necesare. Primul pas constă în întocmirea unui proiect de transformare de către organul de conducere sau administrație precum și un raport privind aspectele juridice și economice ale transformării și consecințele care decurg din adoptarea formei de Societate Europeană asupra acționarilor și lucrătorilor. Următorul pas constă în luarea deciziei de către Adunarea Generală prin care se aprobă transformarea societății pe acțiuni într-o Societate Europeană precum și întocmirea unui nou act constitutiv corespunzător noii forme de societate.

3.4. O nouă deosebire se referă la structura și funcționarea Societății Europene. Așa cum am analizat anterior, societatea are două sisteme de organe sociale. Unul este sistemul „one tier” care se aseamănă cu sistemul Grupul European de Interes Economic, iar altul este sistemul “two tier”, aici intervenind deosebirea. Sistemul “two tier” este compus din adunarea generală a acționarilor și structura administrativă de conducere a societății, reprezentată de consiliul de supraveghere și consiliul de management care are atribuții de alegere, îndrumare și supraveghere a primului organ

¹² A se vedea Cristian Gheorghe, „Drept Comercial European” Ed. Ch. Beck, pag 153

¹³ Regulamentul nr. 2157/2001 art. 32

administrativ. Conducerea Societății Europene, atât în privința gestiunii interne, cât și a reprezentării față de terți, revine ca atribuție expresă Consiliului director, de management.

3.5. Deosebirea dintre Grupul European de Interes Economic și Societatea Europeană reiese și din reglementările legale privitoare la dizolvare. Gruparea poate fi dizolvată prin decizia membrilor săi care dispun dizolvarea acesteia, pe când în cazul Societății făcându-se trimitere la Legea nr. 31/1990¹⁴, dizolvarea apare atunci când Consiliul de administrație, respectiv Directoratul, constată că, datorită unor pierderi, stabilite prin situația financiară anuală aprobată conform legii, activul net¹⁵ al societății s-a diminuat la mai puțin de jumătate din valoarea capitalului social subscris, va convoca adunarea generală extraordinară pentru a decide dacă societatea trebuie dizolvată. Consiliul de administrație, respectiv directoratul va prezenta adunării generale un raport privind situația patrimonială a societății, însoțit de observații ale cenzorilor sau după caz, ale auditorilor interni. Acest raport trebuie depus la sediul societății cu cel puțin o săptămână înainte de data adunării generale, pentru a putea fi consultat de orice acționar interesat. În cadrul Adunării Generale Extraordinare, Consiliul de Administrație, îi va informa pe acționari cu privire la orice fapte relevante survenite după redactarea raportului scris.¹⁶

În cazul în care Adunarea Generală Extraordinară nu hotărăște dizolvarea societății, atunci societatea este obligată ca, cel târziu până la încheierea exercițiului financiar ulterior celui în care au fost constatate pierderile și sub rezerva dispozițiilor să procedeze la reducerea capitalului social cu un quantum cel puțin egal cu cel al pierderilor care nu au putut fi acoperite din rezerve, dacă în acest interval activul net al societății nu a fost reconstituit până la nivelul unei valori cel puțin egale cu jumătate din capitalul social.

Dizolvarea poate fi cerută și în cazul în care obligația impusă societății nu este respectată. În oricare dintre aceste cazuri, instanța poate acorda societății un termen ce nu poate depăși 6 luni pentru regularizarea situației. Societatea nu va fi dizolvată dacă reconstituirea activului net până la nivelul unei valori cel puțin egale cu jumătate din capitalul social are loc până în momentul rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești de dizolvare.

Pentru aceste situații se aplică legislația statului unde se află sediul Societății Europene.

O grupare trebuie dizolvată printr-o decizie a membrilor săi care constată expirarea perioadei stabilite în contractul de constituire a grupării sau existența oricărei alte cauze de dizolvare prevăzute în contract sau constată îndeplinirea scopului grupării sau imposibilitatea realizării scopului

O grupare trebuie deasemenea să fie dizolvată printr-o decizie a membrilor săi sau a membrului rămas, în cazul în care condițiile stabilite la art 4 din Regulamentul nr. 2157/2001, respectiv când nu mai conține două societăți, firme, sau alte entități juridice, care își au administrația centrală în state membre diferite, sau două persoane fizice, care își desfășoară activitățile lor principale în state membre diferite, sau o societate, firmă, sau altă entitate juridică și o persoană fizică, dintre care prima își are administrația centrală într-un stat membru, iar cea de-a doua își desfășoară activitatea principală în alt stat membru.

Deasemenea o Grupare poate fi dizolvată la cererea oricărei persoane interesate, sau a unei autorități competente, în cazul încălcării art.3, și art.12 sau art.31 alin 3 din Regulament, respectiv regulile imperative privitoare la scopul grupării:

- acela de a facilita, sau dezvolta activitățile economice ale membrilor săi, sau îmbunătățirea, sporirea rezultatelor acestor activități, scopul nefiind acela de a obține profit;

- de a nu exercita direct sau indirect o putere de gestiune sau supraveghere asupra activităților propriilor membri sau asupra activităților unei alte întreprinderi, în special în domeniul personalului, activităților financiare și de investiții;

¹⁴ Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1066 din 17/11/2004, art 153

¹⁵ Activul net se determină ca diferență între totalul activelor societății și totalul datoriilor acesteia

¹⁶ Stanciu D. Cârpenaru "Tratat de Drept Comercial Român", Universul Juridic, 2009, pag 399

-de a nu deține acțiuni de orice natură, într-o întreprindere a unui membru; deținerea de acțiuni în altă întreprindere este posibilă numai în măsura în care este necesară pentru îndeplinirea obiectivelor grupării și dacă este făcută în numele membrilor săi;

-de a nu angaja mai mult de 500 de persoane; O grupare nu poate fi folosită pentru transferul oricărei proprietăți între o companie și un director sau orice persoană aflată în legătură cu acesta, cu excepția cazurilor permise de legislației statelor membre privind societățile. În sensul acestei dispoziții, acordarea unui credit include participarea la orice tranzacție sau aranjament cu un efect similar, iar proprietatea include bunuri mobile și imobile.

Nu trebuie să fie încălcat deasemenea nici art.12 referitor la adresa oficială. În cazul contrar, ca urmare a nerespectării acestor dispoziții, instanța trebuie să dispună dizolvarea unei grupări, cu excepția cazului când afacerile sale pot fi și sunt puse în ordine înainte ca instanța să fi emis o hotărâre pe fond. La cererea unui membru, instanța poate să dispună dizolvarea unei grupări din motive bine întemeiate.

Dizolvarea unei grupări determină lichidarea acesteia. Lichidarea unei grupări și încheierea lichidării sale sunt reglementate prin legislația națională, iar gruparea își poate pastra competențele până la încheierea lichidării sale.

4. Concluzii

În scopul de a încuraja spiritul întreprinzătorilor din Uniune, s-au creat două forme de entități juridice de drept European: Societatea Europeană și Grupul European de Interes Economic. Formarea Pieții Unice Europene și a Zonei Economice Europene în anul 1993 a dus la apariția unei rețele continentale în care companiile europene să colaboreze. Astfel s-a format o piață cu un enorm potențial permițându-le întreprinzătorilor să dezvolte activități economice de o mare amploare, dar i-a și expus unei competiții mult mai mare.

Pentru mulți operatori economici cooperarea, și mai ales cea transnațională reprezintă o modalitate de a face față competiției acerbe de pe Piața Unică a UE. Pentru a încuraja și facilita această cooperare, Comunitatea Europeană a implementat diferite măsuri practice, legale cât și fiscale. Una dintre cele mai importante măsuri în acest sens o reprezintă implementarea unor dispoziții legale la nivelul Uniunii care să reglementeze funcționarea Grupărilor Europene de Interese Economice, respectiv funcționarea Societăților Europene.

Consider că pentru o mai mare eficiență și o mai mare aplicabilitate pe întreg teritoriul Comunității este necesară elaborarea unui cadru legislativ mai amplu, cu mai multe detalii precum și reglementarea unei proceduri mai ușor de aplicat pentru entitățile juridice din cadrul Uniunii Europene.

Referințe bibliografice:

- Stanciu D. Cârpenaru. Drept comercial român, ediția IX, Ed. Universul Juridic, București, 2009
- Revista Romana de Drept al Afacerilor nr.10/2003, Grupul de Interes Economic si Grupul European de Interes Economic
- Regulamentul (CE) nr. 2157/2001 al Consiliului privind statutul societății europene (SE)
- Cristian Gheorghe, Drept Comercial European, Ed. Ch.Beck, 2009
- Regulamentul Consiliului (CEE) nr.2137/85 din 25 iulie 1985 privind Gruparea Europeană de Interes Economic (G.E.I.E)

ANULAREA ACTELOR FRAUDULOASE ÎNCHEIATE ANTERIOR DESCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI

Paul COMȘA¹

Abstract

The general purpose of the legal framework provided by Law no. 85/2006 is to safeguard creditors' rights as much as possible by recovering the debts from an insolvent debtor. Hence, the Insolvency Law is governed by the principle of maximizing the debtor's assets. However, the period preceding the opening of insolvency proceedings favours fraud because debtors are tempted to find ways to improve their financial situations. The Insolvency Law overcomes this inconvenient by giving the right to a judicial administrator or liquidator to undertake measures in order to set aside or cancel certain transfers of the debtor's assets out of the estate that unfairly place assets beyond the reach of creditors. Yet, not all the transfers are fraudulent and subject to reversal. This depends on the debtor's purpose and his intent whether or not is to hinder, delay, or defraud creditors. This paper examines the measures conducted for the cancellation of fraudulent documents concluded by the debtor to the prejudice of the creditors' rights, with reference to the articles 79 and 80 from the Insolvency Law. It also provides a description of the action for annulment, of the action for annulment against the subsequent owner and a comparison with the Paulian Action. In addition, the article studies elements of comparative law, by examining some differences between the Romanian law on the cancellation of fraudulent documents and the one from other European countries. The theory presented is illustrated by relevant solutions found in jurisprudence.

Cuvinte cheie: insolvență, acte frauduloase, acțiune în anulare, subdobânditor, acțiune pauliană.

1. Introducere

Încă de la începutul activității comerciale, când au apărut și dificultățile financiare inerente acesteia, s-a simțit nevoia elaborării unor reglementări care să protejeze participanții. Printre altele, s-a pus problema reacției față de un atare comerciant a cărui activitate defectuoasă „îmbolnăvește” activitatea comercială. Prin urmare, s-au creat norme menite să asigure protecția creditorilor împotriva debitorilor care nu mai puteau face față datoriilor exigibile. Astfel, în zilele noastre, atunci când un debitor nu mai poate face față datoriilor sale comerciale, legea pune la dispoziția creditorilor săi un instrument special de acoperire a creanțelor, și anume procedura insolvenței comerciale.

Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței reprezintă dreptul comun intern în acest domeniu. Prin această lege s-a urmărit realizarea unui adevărat cod al insolvenței. Deși recent adoptată, legea a suferit deja mai multe modificări și completări, respectiv prin: Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2006, Decizia Curții Constituționale nr. 1137/2007, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 173/2008, Legea nr. 277/2009, Ordonanța Guvernului nr. 1/2010, Legea nr. 25/2010 și Legea nr. 169/2010, unele dintre modificări fiind semnificative.

Scopul reglementărilor din materia insolvenței este constituit de elaborarea unor norme predictibile cu privire la susținerea și salvarea întreprinderilor aflate în dificultate și ieșirea de pe piață a celor neviabile.

Din momentul în care este declanșată procedura insolvenței se impune determinarea nu numai a masei credale (masei pasive), ci și a averii debitorului (masei active). Averea debitorului interesează fie în vederea determinării elementelor de patrimoniu care pot face obiectul unei

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; e-mail: paulcoms@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ.dr. Nemeș Vasile și Asist. univ. drd. Sitaru Dan Alexandru.

executări silite, fie pentru reîntregirea averii debitorului cu acele bunuri sau drepturi patrimoniale care au fost fraudulos înstrăinate înaintea începerii procedurii.

Condiția încheierii contractului anterior pronunțării hotărârii judecătorești declarative a stării de insolvență nu comportă aparent dificultăți de interpretare, decât eventual în situații speciale, precum cea în care deschiderea procedurii găsește părțile în mijlocul unor negocieri nefinalizate încă printr-un acord ori cea în care contractul este încheiat în chiar ziua deschiderii procedurii.

În prima ipoteză, dacă negocierile purtate nu sunt materializate în vreun înscris menit să angajeze contractual părțile semnate, în mod evident prevederile art. 86 și următoarele din Legea insolvenței nu sunt aplicabile. Desigur că, fiind în sfera dreptului comercial, comanda urmată de executare valorează contract, însă fiind în discuție aplicarea unor texte de strictă interpretare, în considerarea situației speciale în care se află debitorul, se consideră necesară existența unor înscrisuri doveditoare ale convenției părților.

Cea de-a doua ipoteză comportă anumite dificultăți de interpretare. Față de expresia utilizată de legiuitor și anume ”contract în derulare” trebuie ca, în afară de existența contractului, anterior deschiderii procedurii să existe o derulare a acestuia, o desfășurare a acțiunilor asumate de părți prin respectivul contract. În ipoteza încheierii contractului în chiar ziua deschiderii procedurii, în majoritatea cazurilor nu numai că nu ne aflăm în prezența unei derulări efective a contractului, dar scopul pentru care acesta este încheiat este de cele mai multe ori fraudulos, motiv pentru care acesta trebuie calificat drept contract încheiat ulterior deschiderii procedurii, fiind supus rigorilor și sancțiunilor prevăzute de art. 46 alin. (1) coroborat cu art. 49 din Legea nr. 85/2006.

Spre deosebire de lichidarea voluntară prevăzută de Legea nr. 31/1990 care se adresează acționarilor sau asociațiilor societății comerciale în vederea protejării intereselor acestora, procedura insolvenței se ghidează după principiul maximizării averii debitorului pentru a se putea acoperi creanțele acestuia cu scopul satisfacerii intereselor creditorilor. Așadar, una dintre formele de maximizare a averii debitorului este reprezentată de anularea actelor frauduloase.

Frauda reprezintă un act de rea-credință săvârșit spre a realiza un profit material prin atingerea adusă drepturilor altei persoane. Perioada premergătoare deschiderii procedurii insolvenței favorizează fraudă deoarece debitorii sunt tentați să găsească modalități de a-și îmbunătăți situațiile financiare. Ei pot trece, de exemplu, anumite active pe care le dețin pe numele soției pentru a nu le lăsa la îndemâna creditorilor. Așadar pot apărea situații în care debitorul să nu dețină active în masa activă, însă acesta să se îndestuleze din bunurile înstrăinate unei rude sau unui apropiat înainte de deschiderea procedurii insolvenței.

Prin urmare, după deschiderea procedurii, administratorul judiciar sau, în condițiile legii, lichidatorul judiciar, este îndreptățit să întreprindă, în interesul creditorilor o serie de măsuri de natură să restituie averii debitorului acele elemente patrimoniale înstrăinate de debitor în paguba creditorilor și să determine soarta juridică a unor contracte ale debitorului, aflate în curs de executare la data începerii procedurii. Se respectă astfel principiul ”fraus omnia corrumpit” (frauda corupe totul). Frauda comisă la încheierea sau executarea unui act juridic compromite validitatea actului respectiv, precum și toate consecințele generate de acesta, fiind lovite de nulitate absolută sau relativă, după caz.

În altă ordine de idei, se pot lua măsuri de reorganizare a întreprinderii, nu doar de faliment. Aceste măsuri pot fi împărțite, după natura lor, în măsuri de drept procesual menite să reîntregească patrimoniul debitorului, micșorat prin acte frauduloase și, respectiv, măsuri de gestionare a portofoliului de contracte ale debitorului.

2. Măsuri de drept procesual reglementate de art. 79 și 80 din Legea insolvenței

Măsurile de drept procesual amintite anterior sunt reglementate de Legea nr. 85/2006 în articolele 79 și 80. Articolul 79 constituie reglementarea generală în materie în raport cu articolul 80,

care enumeră cu caracter exemplificativ anumite operațiuni care pot fi anulate, cuprinzând totodată o serie de dispoziții derogatorii.

Conform prevederilor art. 79 din lege „administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii”.

Din cuprinsul art. 79 reiese că titularul acțiunii de anulare a actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor înainte de deschiderea procedurii insolvenței este administratorul judiciar sau lichidatorul, iar anularea vizează actele frauduloase. Promovarea acestei acțiuni de către administrator sau lichidator are un caracter facultativ. Mai mult, din textul de lege rezultă că acțiunile pentru anularea actelor frauduloase se judecă de judecătorul sindic (art.11 lit h), aceasta însemnând că ele vor fi introduse la tribunal indiferent de valoarea lor. Acțiunile introduse de administratorul judiciar sau lichidator în acest scop beneficiază de scutire de taxe de timbru, ca de altfel toate acțiunile introduse de aceștia în cadrul procedurii de insolvență.

Pentru contracararea manoperele frauduloase, administratorul sau lichidatorul are obligația de a filtra toate actele juridice, constituiri și transferurile de drepturi patrimoniale realizate de debitor anterior deschiderii procedurii insolvenței, într-o perioadă ce variază de la 120 de zile până la 3 ani, cunoscută în doctrină sub numele de ”perioada suspectă”, urmând să decidă împotriva cărora vor introduce acțiuni în anulare, în condițiile legii.

Potrivit art. 49 din Legea nr. 85/2006, poate fi atacat pe calea acțiunii în anulare orice act fraudulos încheiat de debitor în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii insolvenței. Actele frauduloase sunt săvârșite cu rea-credință, având ca scop lezarea creditorilor și obținerea de foloase necuvenite pentru debitor sau pentru o altă persoană. De aceea, administratorul sau, după caz, lichidatorul este obligat să examineze atent toate actele juridice încheiate de debitor în perioada suspectă în vederea combaterii elementelor de fraudă în dauna creditorilor.

În analiza cuprinsului art. 79 este necesară o succintă definiție a conceptului de fraudă pentru a putea descoperi intenția legiuitorului. În definiția dată de Dicționarul explicativ al limbii române, fraudă reprezintă o sustragere de bunuri materiale pentru a obține un profit, păgubind pe altul sau o sumă de bani sustrasă prin înșelarea încrederii. În dicționarul juridic, fraudă este prezentată ca fiind o inducere în eroare, înșelăciune, un act cu rea-credință săvârșit cu scopul de a realiza un profit material prin atingerea adusă drepturilor altei persoane (de exemplu, actul săvârșit de către debitorul insolubil pentru a-și sustrage bunurile de la urmărirea creditorilor săi). Fraudă, în accepțiunea clasică, poate îmbrăca trei forme esențiale: fraudă săvârșită de o parte în detrimentul celeilalte părți contractante; fraudă concertată de parte pentru a înșela pe terții străini de actul lor juridic și, respectiv, fraudă la lege, constând în disimularea unui act sau distorsionarea elementelor unui act juridic în scopul sustragerii de la o obligație impusă de lege.

Modalitatea în care legiuitorul a formulat prevederile din art. 79 pot conduce la concluzia că legiuitorul a avut în vedere numai fraudă propriu-zisă a debitorului în paguba drepturilor creditorului însă, masa pasivă fiind alcătuită nu numai din creanțe comerciale, dar și din creanțe bugetare, rezultă că și fraudă la lege produce același efect al prejudicierii drepturilor creditorului, creditorul aici fiind statul.

În altă ordine de idei, actul fraudulos care are ca scop reducerea gajului general al creditorilor sau a altor garanții menite să asigure satisfacerea creanțelor acestora este săvârșit de regulă de debitor, cu complicitatea altei persoane, dar este posibilă și săvârșirea acestei fapte de către debitor singur. Conform principiului relativității contractelor, terților nu le sunt opozabile efectele actului încheiat între debitor și creditor, care pentru ei este un fapt juridic. De aceea, în raport cu creditorii fraudă se analizează ca un delict civil, care atrage responsabilitatea autorilor, fie el debitor sau terț.

În concluzie, din art. 79 se pot desprinde o serie de trăsături caracteristice ale acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței. În primul rând, din reglementare reiese că aceasta este facultativă pentru administratorul sau lichidatorul judiciar. În al doilea rând, actul atacat trebuie să fie păgubitor pentru creditorii, iar timpul în care

administratorul/lichidatorul au obligația de a filtra toate actele juridice, precum și constituirile și transferurile de drepturi patrimoniale (cunoscut în doctrină sub numele de ”perioada suspectă”) cuprinde cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii. Apoi, pentru a se reține fraudă, este suficient să se facă dovada faptului că debitorul a fost conștient în momentul încheierii actului că îi prejudiciază pe creditorii. Nu este necesară dovada dolului. Mai mult, în pasivitatea administratorului/lichidatorului judiciar, Comitetul creditorilor are posibilitatea de a introduce o astfel de acțiune la judecătorul sindic.

Nu în ultimul rând, potrivit art. 20 și art. 25 din lege, administratorul sau, după caz, lichidatorul judiciar au obligația să examineze activitatea debitorului și să întocmească un raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă și asupra existenței premiselor angajării răspunderii acestora în temeiul art. 138, precum și să supună raportul astfel întocmit judecătorului sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului sau lichidatorului judiciar. Potrivit art. 81 alin (1), ”acțiunea pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor, precum și pentru anularea constituirilor sau transferurilor de drepturi patrimoniale, la care se referă art. 79 și 80, poate fi introdusă de administratorul judiciar/lichidator în termen de un an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art. 20 alin (1) lit. b), dar nu mai târziu de 16 luni de la data deschiderii procedurii”.

Atribuția administratorului/lichidatorului judiciar de a introduce acțiuni în anulare împotriva actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, enunțată la modul general în art.79, este concretizată prin prevederile art. 80, care enumeră anumite acte ce pot fi anulate și conține, totodată, și dispoziții derogatorii. Acestea se referă la instituirea unei prezumții de fraudă a debitorului și, uneori a terțului cu care acesta a încheiat actul, precum și la perioada în care trebuie să se fi încheiat actul pentru a opera prezumția de fraudă.

Potrivit art. 80, se pot introduce acțiuni pentru anularea constituirilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor prin următoarele categorii de acte:

a) acte de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii; sunt exceptate sponsorizările în scop umanitar.

Legiuitorul a instituit o prezumție de fraudă în privința debitorului care își micșorează activul patrimonial prin încheierea unor acte cu titlu gratuit, exceptând sponsorizările cu caracter umanitar. Liberalitățile comerciantului debitor, translativ de proprietate mobilă sau imobiliară sunt atacabile datorită incompatibilității actelor gratuite cu natura lucrativă a activității comerciale. Actele de comerț se întemeiază pe ideea de speculație, de obținere a unui profit și este nefirească acordarea de donații atunci când nu se pot achita datoriile față de creditorii.

Liberalitățile sunt supuse anulării pentru că prin intermediul lor se realizează transferuri ce au ca efect micșorarea unui patrimoniu (cel al debitorului) și mărirea altui patrimoniu (cel al terțului). Pot fi anulate donațiile sub forma donațiilor propriu-zise sau a darurilor manuale, recunoașterea unei datorii inexistente, remiterea de datorie, împrumutul fără dobândă, etc. În ce privește testamentul, se impun câteva precizări, dat fiind momentul când testamentul își produce efectele. Este unanim cunoscut că testamentul își produce efectele după moartea testatorului. Astfel, el nu poate fi atacat cu acțiuni în anulare pe temeiul art. 80 alin. (1) lit. a), dacă este întocmit în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, întrucât moștenitorii vor putea culege averea numai după achitarea tuturor datoriilor succesionii, adică numai după scăderea pasivului succesoral. Nu aceeași este situația în cazul legatului cu titlu particular care poate fi atacat pe temeiul art. 80 alin. (1) lit. a) pentru că legatarul nu suportă pasivul. Moștenitorii vor putea culege moștenirea numai după ce toți creditorii au fost îndestulați ca urmare a reușitei procedurii de reorganizare sau ca urmare a lichidării în faliment.

De asemenea, vor putea fi anulate atât actele juridice și comerciale, cât și cele de natură civilă, cu titlu gratuit, care au avut ca efect micșorarea patrimoniului debitorului. În schimb, nu sunt vizate

actele dezinteresate, pentru că prin intermediul lor se urmărește crearea unui folos gratuit pentru o altă persoană, fără ca aceasta să presupună ieșirea unui bun din patrimoniul gratificantului.

În dreptul comercial există și transferuri cu titlu aparent gratuit dar în realitate interesate, ca de exemplu comodatul, mecenatul și sponsorizarea (însă acestea nu pot fi anulate în baza art. 80 alin. (1) lit. a). Contractele de sponsorizare vor fi anulate însă, cu excepția acelor care au fost efectuate în scop umanitar, în favoarea unei persoane fizice sau juridice.

Pe de altă parte, dacă aceste acte de transfer au caracter fraudulos, atunci frauda debitorului este prezumată, iar terțul dobânditor nu este apărat de buna sa credință, fiind inacceptabil ca acesta să se îmbogățească în detrimentul creditorilor debitorului. Terțul dobânditor va răspunde deci în limita îmbogățirii sale, soluție care se sprijină atât pe principiul înlăturării îmbogățirii fără just teme, cât și pe echitate.

b) operațiuni comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Operațiunile comerciale sunt oneroase prin natura lor și nu implică gratuități sau liberalități. Prin urmare, legea prezumă că prin operațiuni comerciale dezechilibrate debitorul a acceptat o prestație vădit inferioară propriei sale prestații, urmărind să diminueze masa activă în detrimentul creditorilor săi. Așadar, debitorul transferă o valoare patrimonială beneficiarului cu care a contractat și acceptă sau urmărește posibilitatea vătămării creditorilor săi. Pot fi anulate numai actele comutative, nu și cele aleatorii care prin natura lor presupun o șansă de câștig sau de pierdere pentru una din părți. O eventuală disproporție în cazul unui contract aleatoriu este consecința unei împrejurări mai presus de voința părților, ceea ce exclude frauda.

Operațiunile comerciale anulabile pot fi aportul debitorului la capitalul unei societăți comerciale, prin intermediul cărora, în contul unor prime de aport sau de emisiuni iluzorii, acesta primește acțiuni cu o valoare inferioară valorii aportului său. Ele pot îmbrăca forma oricărui contract comercial în care între prestațiile părților există un dezechilibru vădit, în favoarea debitorului (tranzacții, contract de locațiune, vânzarea unui imobil). Anularea acestor contracte este justificată de avantajul exagerat, de situația privilegiată a partenerului contractual și de încălcarea principiului ordonării rangului creditorilor, care guvernează procedura insolvenței. Terțul nu se poate apăra invocând necunoașterea stării de încetare de plăți deoarece frauda constă nu în aceasta, ci în disproporția de prestații.

c) acte încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturile.

Acest enunț exprimă ipoteza clasică a fraudei în dauna drepturilor creditorilor, cu mențiunea că aici legea cere ca intenția de fraudare să fie proprie tuturor părților implicate în raportul juridic. În acest caz intenția de fraudă a debitorului, în complicitate cu terțul, trebuie dovedită, ea nemaifiind prezumată. În categoria acestor acte frauduloase pot intra și donațiile (liberalitățile) vizate la litera a), dar și contractele dezechilibrate menționate la litera b).

d) acte de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer.

Această acțiune în anulare prezintă o serie de trăsături specifice, și anume: actul realizează un transfer de proprietate; actul se încheie în perioada suspectă de 120 de zile anterioare deschiderii procedurii; transferul este justificat prin stingerea unei datorii care a fost născută anterior perioadei de 120 de zile; ca urmare a acestui transfer, creditorul partener primește o sumă mai mare decât cea convenită în cazul repartizării produsului lichidării în procedura falimentului; prin acest act partenerul a fost favorizat, comparativ cu ceilalți creditorii.

Ipoteza reglementată mai sus are în vedere existența unei datorii a debitorului față de creditor, în vederea stingerii căreia debitorul a efectuat un transfer de proprietăți. Suntem așadar în prezența

unei dări în plată a unui bun mobil sau imobil aparținând averii debitorului, în vederea stingerii unei datorii, bun a cărui valoare este superioară sumei la care ar fi îndreptățit creditorul în caz de faliment al debitorului. În literatura de specialitate a fost exprimată și o opinie separată de cea expusă prin această teză. Astfel, „apreciem că art. 80 alin. (1) lit. d) nu indică cu exactitate momentul în care intervine transferul de proprietate, astfel încât nu se știe cu siguranță dacă această convenție a fost încheiată exact în momentul plății, caz în care am fi într-adevăr în prezența unei dări în plată, sau dacă această convenție a fost încheiată înainte de efectuarea plății, caz în care ne-am afla în prezența unei noații prin schimbare de obiect.”²

Prezumția de fraudă a debitorului este răsturnată dacă actul a fost încheiat în cursul desfășurării normale a activității curente.

e) constituirea ori perfectarea unei garanții reale pentru o creanță care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii.

Scopul normei legale este acela de a oferi instrumentul necesar lipirii de efecte juridice a manevrei unui creditor chirografar care dorește să-și amelioreze poziția, devenind creditor cu garanții, în dauna celorlalți creditori, cu puțin înainte de deschiderea procedurii. Rațiunea textului se regăsește, așadar, în prezumția de favorizare a unui creditor, corelativ cu prejudicierea (fraudarea) celorlalți creditori, operațiune ce se realizează la un interval scurt de timp care precede deschiderea procedurii (120 de zile socotite retroactiv de la data deschiderii procedurii).

f) plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii.

Fiind insolvent, adică incapabil să-și plătească datoriile exigibile, debitorul este incorect dacă le plătește pe cele care nu sunt scadente, favorizând pe unii creditori prin prejudicierea celorlalți. Astfel, legiuitorul a considerat că prin plata anticipată a unor datorii nescadente, debitorul fraudează interesele creditorilor ale căror datorii erau exigibile, reglementând anularea acestora, dacă plata a fost efectuată în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii.

Textul de lege se referă la plăți anticipate și instituie condiția ca data scadentă să fie stabilită ulterior deschiderii procedurii. Dacă nu este vorba de o plată anticipată și dacă scadența nu este stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii (condiții cumulative) această plată este valabil executată.

g) actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă o persoană fizică sau juridică față de care era la data efectuării transferului unor operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de compensare bilaterală (netting), realizate în baza unui contract financiar calificat, ori a devenit ulterior debitor, în sensul prezentei legi.

Esențial în acest caz este ca debitorul să fi acționat cu intenția de a ascunde, tergiversa starea de insolvență, ori cu intenția de a fraudă o persoană fizică sau juridică față de care era debitor sau față de care a devenit ulterior debitor.

Textul de lege este completat de alineatul (1[^]) care specifică faptul că: ”Prevederile alin. (1) lit. d) - f) nu sunt aplicabile actelor încheiate, cu bună-credință, în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, sub rezerva ca acordul să fi fost de natură a conduce, în mod rezonabil, la redresarea financiară a debitorului și să nu aibă ca scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori. Prevederile de mai sus se aplică și actelor juridice încheiate în cadrul procedurii prevăzute de Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc.”³

² I.Adam, C.N. Savu – ”Legea procedurii insolvenței”, Ed. C.H.Beck, 2006, pag. 505.

³ Legea nr. 381/10 decembrie 2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 870/14.12.2009.

Concordatul preventiv este un contract încheiat între debitor și majoritatea creditorilor săi (creditori care dețin cel puțin două treimi din valoarea creanțelor acceptate și necontestate), prin care debitorul propune un plan de redresare a întreprinderii sale și de acoperire a creanțelor acestor creditori împotriva sa, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depășire a dificultății în care se află întreprinderea debitorului. Procedura este publică. Prin urmare, concordatul nu reprezintă o operațiune frauduloasă. În consecință, plățile efectuate în temeiul acestui contract nu sunt anulabile.

De asemenea, potrivit art. 80, alin. (2) vor putea fi anulate și următoarele prestații recuperate și operațiuni încheiate cu persoane aflate în raporturi juridice cu debitorul, dacă se dovedește că sunt în dauna creditorilor și dacă au fost încheiate în cursul celor 3 ani anteriori deschiderii procedurii:

a) cu un asociat comanditar sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, atunci când debitorul este respectiva societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată (Se prezumă că acești asociați, prin poziția pe care o dețineau, au cunoscut faptul că debitorul va intra în insolvență.);

b) cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes economic (Se prezumă că membrul sau administratorul care are calitatea de creditor al debitorului poate fi favorizat în sensul acoperirii creanțelor, cunoscând înaintea celorlalți creditori că debitorul ar putea intra în stare de insolvență.);

c) cu un acționar deținând cel puțin 20% din acțiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acționarilor, atunci când debitorul este respectiva societate pe acțiuni (Ca și în cazurile de la a) și b) se prezumă că acești creditori au cunoscut starea de insolvență potențială a debitorului și au avut timpul necesar pentru evitarea producerii unor asemenea prejudicii.);

d) cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă (Textul are în vedere membrii consiliului de administrație, directorii executivi, directorul general și membrii comisiei de cenzori care, datorită poziției lor de conducere a debitorului și-au acoperit creanțele evitând prejudiciile care puteau apărea în starea de insolvență.);

e) cu orice altă persoană fizică ori juridică, deținând o poziție dominantă asupra debitorului sau a activității sale (În această categorie intră asociații sau societățile cu răspundere limitată care dețin o poziție dominantă asupra debitorului sau asupra activității sale.);

f) cu un coindivizar asupra unui bun comun (Este vorba de situația în care există un drept de proprietate comună asupra unui bun indiferent dacă este vorba despre indiviziune sau coproprietate.).

În situațiile enumerate la literele a) – d) se prezumă că operațiunile păgubitoare intereselor creditorilor au fost posibile datorită abuzului persoanei interesate, care a profitat în același timp de poziția deținută în societate și de informațiile la care avea acces despre posibila declanșare a procedurii, pentru a obține un folos injust pentru sine, în prejudiciul creditorilor. Dovada existenței prejudiciului cade în sarcina titularului acțiunii, respectiv administratorul și/sau lichidatorul judiciar. Mai mult, simpla existență a prejudiciului nu este suficientă, trebuind a fi demonstrată existența unei voințe culpabile dirijate în vederea prejudiciării intereselor creditorilor. Cu alte cuvinte, operațiunile comerciale trebuie să fie frauduloase.

Prin hotărâre judecătorească⁴ s-a dispus anularea unui contract de vânzare-cumpărare încheiat în timpul procedurii de organizare judiciară pentru rea-credință și în scopul fraudării creditorilor.

Prima instanță a admis a admis cererea formulată de reclamanta S.C. „I.D.” S.R.L. Brașov, lichidator judiciar al S.C. „R.B.” S.R.L. Sf. Gheorghe, în contradictoriu cu pârâții G.J.E. și B.M.M., și în consecință: a anulat contractul de vânzare-cumpărare intervenit între debitoarea S.C. „R.B”

⁴ Decizia nr.143/R din 3 aprilie 2007 pronunțată de Curtea de apel Brașov – secția comercială, nepublicată.

S.R.L. Sf. Gheorghe prin administratorul statutar P.A.V. și cei doi pârâți privind imobilele terenuri înscrise în CF și a tuturor celorlalte subsecvente acestora.

Analizând reaua credință din perspectiva art.79 al Legii nr.85/2006 s-a constatat că, în speță, actele încheiate de administratorul social P.A.V. au avut ca scop au avut ca scop sustragerea terenurilor din averea societății debitoare și obținerea de profituri de către persoane aflate în legătură cu administratorul, respectiv familia contabilei pârâte B.M.M.

Reaua - credință și scopul urmărit de fraudare a creditorilor este demonstrată cu prisosință de faptul că hotărârea A.G.A., fără număr și dată nu a fost publicată în M.O. conform dispozițiilor art.132 alin.2 din Legea nr.31/1990 privind societățile comerciale, republicată, și pusă în executare fără a îndeplini condițiile legale; în cuprinsul hotărârii nu se justifică în niciun fel necesitatea vânzării acestor terenuri, în situația în care societatea înregistra datorii cifrate la peste trei miliarde ROL și despre care se presupune că administratorul avea cunoștință.

Reaua - credință a cumpărătorilor este ilustrată și de împrejurarea că la data de 6 mai 2005 (deci la distanță de timp relativ scurtă de la achiziționarea bunurilor) aceștia contractează un credit de la Casa de Economii și Consemnațiuni S.A. - Sucursala Sf. Gheorghe, care a fost garantat prin constituirea ipotecii gradul 1 asupra terenurilor pentru suma de 389.870.000 ROL, conform contractului autentificat sub nr. 1048.

Imobilele au fost evaluate de creditoarea CEC S.A. Sf. Gheorghe la 633.800.000 ROL. Acest aspect evidențiază faptul că vânzarea s-a făcut sub prețul de piață, respectiv cel avut în vedere la contractarea și garantarea creditului de către cumpărătorii pârâți.

Mai mult decât atât, în hotărârea A.G.A. care a constituit temeiul înstrăinării terenurilor nu s-a stabilit prețul de vânzare a acestora și nici nu s-a specificat dacă acestea au fost evaluate de un specialist în domeniu și cum s-a determinat valoarea de 300.000.000 ROL, ca preț de vânzare.

Prin urmare, în speță sunt incidente dispozițiile art. 79-80 din Legea nr.85/2006 întrucât vânzarea activelor a fost îndeplinită în detrimentul creditorilor cu intenția vădită a părților de a diminua patrimoniul debitoarei S.C. „R.B.” S.R.L. Sf. Gheorghe prin transferarea bunurilor terenuri în proprietatea familiei fostei contabile pârâte iar prețul încasat, care a fost sub valoarea reală, nu s-a utilizat pentru stingerea datoriilor. Pe de altă parte, vânzarea s-a efectuat fără justificare, în contextul în care după aproximativ două luni s-a deschis procedura insolvenței societății debitoare, fără respectarea dispozițiilor imperative aplicabile hotărârilor A.G.A. pentru a deveni executorii. Hotărârea primei instanțe a fost menținută pentru aceleași motive în recurs.

Potrivit art. 83 în cazul admiterii unei astfel de acțiuni, terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial, anulat va trebui să restituie averii debitorului bunul transferat sau, dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor. Nu se ia în considerare valoarea declarată de părți ci aceasta se stabilește prin expertiză efectuată în condițiile legii.

Terțul dobânditor, care a restituit averii debitorului bunul sau valoarea bunului ce-i fusese transferat de către debitor, va avea împotriva averii o creanță de aceeași valoare. Însucirea sa în tabelul creanțelor este însă condiționată de acceptarea transferului cu bună-credință și fără intenția de a-i împiedica, întârzia ori înșela pe creditorii debitorului. În cazul în care se dovedește reaua credință a sa, terțul dobânditor pierde creanța sau bunul rezultat din repunerea în situația anterioară, în favoarea averii debitorului. Aceasta este situația unor transferuri cu plată.

Terțul dobânditor cu titlu gratuit este obligat să restituie bunurile primite sau contravaloarea acestora. În funcție de buna sau reaua credință a acestuia se stabilește bunul sau valoarea de restituit la masa credală. Cel de bună-credință va restitui bunurile în starea în care se găsesc, iar în lipsa acestora, va restitui diferența de valoare cu care s-a îmbogățit. În caz de rea-credință, terțul va restitui, în toate cazurile, întreaga valoare, precum și fructele percepute.

Dacă terțul a înstrăinat deja bunurile obținute de la debitor, administratorul judiciar, lichidatorul sau comitetul creditorilor va putea introduce acțiune pentru a recupera de la subdobânditor bunul ori valoarea bunului transferat de către debitor, numai dacă subdobânditorul nu

a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat.

Se instituie și o prezumție, în cazul în care subdobânditorul este soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului, se prezumă relativ că acesta a cunoscut împrejurarea că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat.

Conform dispozițiilor art. 85 cererea pentru anularea unui transfer cu caracter patrimonial se va nota, din oficiu, în registrele de publicitate aferente. În această situație o persoană care obține un titlu sau dobândește o garanție ori un alt drept real asupra bunului respectiv după efectuarea unei astfel de notări va avea titlul sau dreptul său, condiționat de dreptul de a fi recuperat bunul.

Dacă sunt îndeplinite condițiile art. 79 și 80, legea instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor. Prezumția poate fi răsturnată de către debitor și nu se extinde la abuzul dobânditor sau subdobânditor. Prezumția de fraudă se păstrează și în cazul în care, prin abuz de drepturi procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele pentru exercitarea acțiunilor în anulare.

Într-o altă decizie de speță,⁵ reținându-se buna credință la încheierea contractelor, s-a respins cererea lichidatorului pentru anularea Contractelor de vânzare-cumpărare a locuințelor de serviciu încheiate de debitoare cu salariații societății în perioada suspendării procedurii Legii nr.64/1995 prevăzute de art. III din O.G. nr.38/2002. S-a apreciat că acestea sunt valabile, societatea debitoare păstrându-și capacitatea de folosință, astfel încât nu sunt incidente prevederile art. 49 din Legea nr.64/1995 privind autorizarea actelor de judecătorul-sindic.

În motivarea hotărârii se arată, în esență, că actele sunt valabile fiind încheiate în perioada în care procedura insolvenței era suspendată, nefiind necesară autorizarea actelor juridice încheiate de debitoare. S-a menționat că anterior deschiderii procedurii, debitoarea a încheiat cu părții contracte de închiriere, în cuprinsul cărora și-a asumat obligația de a vinde spațiile locative în termen de 2 luni de la încheierea actelor. S-a constatat astfel că încheierea contractelor de vânzare cumpărare reprezintă față de reclamantă executarea în natură a unei obligații asumate prin convenții anterioare.

3. Acțiunea în anulare

Art. 81 dispune că acțiunea pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor, precum și pentru anularea constituirilor sau transferurilor de drepturi patrimoniale, la care se referă art. 79 și 80, poate fi introdusă de administratorul judiciar/lichidator în termen de un an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art. 20 alin. (1) lit. b), dar nu mai târziu de 16 luni de la data deschiderii procedurii.

În acest fel, legiuitorul circumscrie exercițiul acestor acțiuni unei duble limitări temporale. Pe de o parte, actul juridic fraudulos, constituirea sau transferul unor drepturi patrimoniale către terți trebuie să se fi produs în „perioada suspectă”, de la 120 de zile până la 3 ani (după caz). Pe de altă parte, acțiunea pentru anularea unui transfer cu caracter patrimonial poate fi introdusă în termen de un an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art. 20 alin. (1) lit. b), dar nu mai târziu de 16 luni de la data deschiderii procedurii.

Privitor la părți, acțiunea în anulare poate fi introdusă de administratorul judiciar sau de lichidator. În abstențiunea acestora de a introduce acțiunea în anulare, potrivit art. 81 alin. (2), ea poate fi introdusă și de comitetul creditorilor, fără a fi în prealabil autorizat să o facă de judecătorul sindic. Astfel, dacă în termenul stabilit de lege administratorul sau lichidatorul apreciază că nu se impune formularea unor astfel de acțiuni, legea permite creditorilor să o formuleze ei, însă nu individual, ci numai prin comitetul creditorilor, putând sancționa astfel pasivitatea administratorului

⁵ Decizia nr.417/R din 11 septembrie 2007 pronunțată de Curtea de apel Brașov – secția comercială, nepublicată;

sau lichidatorului. În privința persoanelor care au calitate procesuală pasivă, art. 85 alin. (6) prevede că acțiunea în anulare se introduce împotriva debitorului și, după caz, a terțului dobânditor, debitorul persoană juridică fiind citat în calitate de pârât prin administratorul special.

Anularea actelor la care se referă art. 80 din lege nu va putea fi totuși cerută dacă ele s-au produs în cursul desfășurării normale a activității curente a debitorului. Această dispoziție, care reglementează o excepție, consideră ca inadmisibile acțiunile care urmăresc anularea actelor juridice încheiate în cursul desfășurării normale a activității curente debitorului.

În art.3 pct.14 din Legea nr. 85/2006 se arată că „activitățile curente” reprezintă faptele de comerț și operațiunile financiare propuse a fi efectuate de debitor, în perioada de observație, în cursul normal al desfășurării activității sale comerciale. Sunt enumerate ca activități curente continuarea activității contractate conform obiectului de activitate, efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora și asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente.

În privința art. 83 alin. (2), buna sau reaua credință a dobânditorului nu au nici o relevanță în ceea ce privește desființarea actului de transfer; dobânditorul de bună sau rea credință, sunt tratați egal, ca niște complici ai debitorului, care la rândul său este prezumat că a fraudat creditorii (prezumție relativă). Practic, când se soluționează o astfel de acțiune, dobânditorul bunului este direct încadrat de legiuitor ca fiind complice la fraudă, moment în care nici măcar nu se pune în discuție buna sau reaua credință, cu consecința directă a restituirii bunului, și numai subsidiar din punct de vedere al efectelor produse de desființarea actului, dobânditorul de bună – credință cu titlu oneros (buna credință este prezumată), va avea privilegiul înscrierii la masa credală cu o creanță egală cu valoarea bunului restituit.

Pentru a preveni încercările subsecvente de fraudare a drepturilor creditorilor și pentru a informa terții asupra acțiunilor formulate în conformitate cu dispozițiile art. 79 și 80, legiuitorul prevede în art. 85 alin. (1), că cererile de anulare se vor nota din oficiu în registrele de publicitate aferente.

Art. 85 alin. (2) prevede că persoanele care vor dobândi totuși drepturi reale sau garanții asupra imobilului ieșit din patrimoniul debitorului insolvent, după efectuarea înscrierii vor avea dreptul sau titlul afectat de o condiție rezolutorie (condiționat de dreptul de recuperare al bunului exercitat de administrator, lichidator sau comitetul creditorilor).

Competența de soluționare a acțiunii în prima instanță îi aparține tribunalului, litigiul urmând a fi judecat de către judecătorul sindic.

4. Acțiunea în anulare împotriva terțului subdobânditor

Textul art. 84 are în vedere efectul admiterii acțiunii în anulare promovate de administratorul judiciar, lichidator sau comitetul creditorilor, întemeiată pe dispozițiile art. 80, în sensul că dacă bunul obținut de către dobânditor ca urmare a încheierii actului cu debitorul insolvent a fost înstrăinat unui subdobânditor, acesta din urmă poate fi acționat în justiție pentru a se recupera de la el bunul ori valoarea bunului transferat.

Deși legea se referă la introducerea unei acțiuni pentru recuperarea bunului sau valorii acestuia, în realitate suntem în prezența unei veritabile acțiuni în anulare, deoarece reaua-credință a subdobânditorului constituie o condiție a răspunderii acestuia și a admiterii acțiunii.

Acțiunea în anulare împotriva subdobânditorului va putea fi promovată numai dacă cumulativ sunt îndeplinite două condiții, și anume:

a) subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului (considerăm că această condiție este îndeplinită dacă subdobânditorul a plătit doar o parte din valoarea bunului, plată care nu acoperă în totalitate această valoare, cât și în situația în care subdobânditorul nu a achitat deloc bunul, caz în care ne-am afla în prezența unui act cu titlu gratuit, liberalitate).

b) subdobânditorul cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial era susceptibil de a fi anulat. Această condiție are în vedere atitudinea subiectivă a subdobânditorului și va fi îndeplinită dacă acesta a fost de rea-credință (rea-credință constă în aceea că el a cunoscut sau putea să cunoască faptul că transferul inițial era susceptibil de a fi anulat).

Având în vedere caracterul cumulativ al condițiilor prezentate mai sus, rezultă că per a contrario, dacă subdobânditorul a fost de rea-credință dar a plătit valoarea corespunzătoare a bunului, acesta sau valoarea lui nu va mai putea fi recuperată de la subdobânditor și tot astfel, dacă subdobânditorul a fost de bună credință dar nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului, acesta sau valoarea lui nu va putea fi recuperată de la subdobânditor.

Dacă bunul sau valoarea lui au fost recuperate de la dobânditor, ea sau bunul nu vor mai putea fi recuperate de la subdobânditor întrucât aceasta ar echivala cu o îmbogățire fără justă cauză a averii debitorului. Rezultă, deci, că prevederile art. 83 și 84 sunt complementare și de aplicare alternativă, ele neputând fi aplicate simultan.

Legiuitorul, prin art. 84 alin.2 instituie o prezumție relativă a relei credințe a subdobânditorului, în cazul în care acesta are calitatea de soț, rudă sau afin până la gradul al IV-lea cu debitorul insolvent. Per a contrario, dacă subdobânditorul era soț, rudă sau afin până la gradul al IV-lea cu dobânditorul care i-a transmis bunul, această prezumție nu mai funcționează.

5. Asemănări și deosebiri între acțiunea în anulare reglementată de art. 79 și acțiunea pauliană

Pauliana este o creație pretoriană, datorată pretorului Paulus, care a introdus-o în edictul pentru revocarea fraudei comise de debitor prin acte de înstrăinare. Astfel cum s-a subliniat în literatura de specialitate⁶, cauza proximă a acțiunii pauliene și a acțiunii „revocatorii falimentare” este aceeași, și anume reprimarea fraudei debitorului.

Asemănări :

- ambele acțiuni au drept scop anihilarea fraudei comise de către debitor ;
- ambele acțiuni au ca efect desființarea unor acte juridice încheiate de către debitor ;
- în cazul ambelor acțiuni, atunci când actul juridic încheiat de debitor cu terțul este cu titlu gratuit, nu este necesară dovedirea relei credințe a terțului dobânditor (art. 79 din Legea nr.85/2006 nu presupune dovedirea relei credințe a terțului dobânditor, nici când se cere revocarea unui act juridic cu titlu oneros).

Deosebirile constau într-o serie de circumstanții de ordin tehnico-juridic, care analizate global, integrează uniform această acțiune regimului juridic special al procedurii de insolvență comercială, cu referire în mod deosebit la egalitatea și concursualismul masei credale.

- acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 79 se introduce la tribunal, ca primă instanță competentă să judece o asemenea acțiune, în timp ce acțiunea pauliană reglementată de art.975 se introduce la instanța competentă în funcție de valoarea obiectului cererii în anulare.

- acțiunea în anulare reglementată de art. 79 va fi judecată de către judecătorul sindic, în timp ce acțiunea pauliană va fi judecată potrivit normelor de drept comun.

- titularul unei astfel de acțiuni poate fi practicantul în insolvență, desemnat în cauză ca administrator / lichidator, fie comitetul creditorilor, iar perioada suspectă este delimitată între 120 de zile și 3 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență comercială. La fel ca toate acțiunile introduse de administrator / lichidator, și aceste acțiuni sunt scutite de taxa de timbru ;

- termenul în care poate fi introdusă o astfel de acțiune este de un an de la data expirării momentului procedural stabilit pentru întocmirea raportului vizând cauzele încetării de plăți, dar nu mai târziu de 16 luni de la data deschiderii;

⁶ I.Turcu – Falimentul – Actuala procedură, Tratat, Ed.Lumina Lex, București 2005.

- revocarea actelor în perioada suspectă este dispensată în marea majoritate a cazurilor de probațiunea concernului fraudulos și a prejudiciului, elemente indispensabile admiterii acțiunii pauliene. Nu prezintă nici o importanță în soluționarea favorabilă a unor astfel de acțiuni buna sau rea credință a dobânditorilor, cu excepția drepturilor acestora de a se înscrie ulterior la masa credală cu un drept de creanță, provenit din restituirea de prestații ;

- perioada suspectă este de natură a produce doar revocări concursuale, adică în profitul întregii mase credale și nu în interesul individual al creditorilor (care nu au calitate procesuală activă în aceste acțiuni) ;

- revocarea profită chiar și creditorilor ale căror creanțe s-au născut ulterior perfectării actului atacat, contrar principiilor tradiționale ale acțiunii pauliene ;

- în cadrul acțiunii în anulare reglementate de Legea nr.85/2006 funcționează o prezumție relativă de fraudă. În cadrul acțiunii pauliene, fraudă trebuie dovedită de către creditor, aceasta nefiind prezumată. Aceste considerente ne permit să apreciem că acțiunea introdusă de cei îndreptățiți de art. 79 din lege nu este o acțiune în anulare de drept comun și nici o acțiune pauliană propriu-zisă, ci o acțiune specială, cu natură distinctă sui generis.

6. Elemente de drept comparat

În mai multe State Membre ale Uniunii Europene, legislația privind insolvența cultivă disciplina și corectitudinea managementului financiar și facilitează reabilitarea sau ieșirea de pe piață în mod disciplinat a societăților ineficiente. Modul în care legislația privind insolvența protejează diversele părți implicate poate fi foarte diferită de la un Stat Membru la altul. Astfel, se pot identifica deosebiri semnificative în cadrul regimurilor naționale ale insolvenței în legătură cu considerații fundamentale de politică, structură și conținut.

Pentru lucrarea de față interesează normele juridice referitoare la anularea actelor frauduloase încheiate înainte de deschiderea procedurii insolvenței.

Normele cu privire la anularea tranzacțiilor încheiate înainte de deschiderea procedurilor de insolvență variază în statele din Uniunea Europeană în ceea ce privește perioadele și sarcina probei pe parcursul cărora aceste tranzacții pot fi avute în vedere pentru anulare.

Din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) rezultă că, în conformitate cu Articolul 3 alin. (1) al Regulamentului CE nr. 1346/2000, instanțele Statului Membru al UE pe teritoriul căruia s-au deschis procedurile de insolvență sunt competente să se pronunțe asupra unei acțiuni revocatorii formulate în cadrul procedurii de insolvență și îndreptate împotriva unui pârât care are sediul social într-un alt Stat Membru.

CJUE a stabilit acest lucru în Cauza C-339/07 Frick Teppichboden Supermärkte GmbH v. / Deko Marty Belgium N.V. la data de 12 februarie 2009, în baza unei cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesgerichtshof Germania.⁷

La data de 14 martie 2002, Frick, cu sediul în Germania, a transferat suma de 50.000 € într-un cont deschis la banca KBC din Düsseldorf pe seama Deko, o societate cu sediul social în Belgia. Ca urmare a unei cereri înaintate de Frick la data de 15 martie 2002, Amtsgericht Marburg (Instanța Locală, Marburg din Germania) a deschis procedura de insolvență la data de 1 iunie 2002 în legătură cu bunurile aparținând lui Frick. Prin intermediul unei cereri formulate înaintea Landsgericht Marburg (Instanța Regională, Marburg), dl. Seagon, în calitate de lichidator în legătură cu bunurile Frick, a solicitat ca instanța, în baza unei acțiuni revocatorii în cadrul procedurii de insolvență a debitorului, să dispună returnarea de către Deko a sumei respective. CJUE a fost de acord cu opinia formulată de Avocatul General Ruiz-Jarabo Colomer și a dispus că Articolul 3 alin (1) din

⁷ Cauza CEJ C-339/07 – Hotărârea Curții (Marea Cameră) – Christopher Seagon în calitate de lichidator cu privire la bunurile Frick Teppichboden Supermärkte GmbH v Deko Marty Belgium N.V. – 12 februarie 2009.

Regulamentul CE nr. 1346/2000 trebuie interpretat în sensul că instanțele Statului Membru pe teritoriul căruia a fost deschisă procedura de insolvență sunt competente să se pronunțe asupra unei acțiuni revocatorii formulate în cadrul procedurii de insolvență și îndreptate împotriva unui părât care are sediul social în alt Stat Membru.

În plus, CJUE a concluzionat că ”o astfel de concentrare a tuturor acțiunilor legate în mod direct de insolvența unei întreprinderi, acțiuni introduse la instanțele din Statul Membru competent pentru deschiderea procedurii de insolvență” este ”conformă cu obiectivul de a ameliora eficiența și de a accelera procedurile de insolvență cu efecte transfrontaliere”.

În conformitate cu Articolul 4 alin (2) lit. m) al Regulamentului CE nr. 1346/2000, legea Statului de deschidere a procedurilor stabilește normele esențiale referitoare la nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor prejudiciabile în raport cu toți creditorii.

În altă ordine de idei, în Statele Membre ale UE s-a observat că există perioade diferite de recuperare (claw back) sau așa-numite ”perioade suspecte” în funcție de tipul de acte prejudiciabile care au avut loc. În conformitate cu legea poloneză, în funcție de actele care au avut loc, perioada de recuperare în procedura de faliment variază între 1 an până la numai 2 sau 6 luni în cazuri particulare. Conform legii italiene, perioada de recuperare variază între 6 luni și 1 an, însă există anumite excepții în legătură cu această recuperare. Conform legislației germane, un administrator în procedura de insolvență are dreptul de a contesta tranzacțiile derulate în detrimentul creditorilor pe parcursul unei perioade cuprinse între 1 lună, 3 luni și 1, 4 sau 10 ani înainte de înaintarea cererii de deschidere a procedurii de insolvență. Deseori se impune o dovedire a relei credințe din partea unui terț pentru ca tranzacția să fie anulată.

Conform legislației din Marea Britanie, tranzacția trebuie să fi avut loc atunci când debitorul era insolvent și în termen de 2 ani de la insolvență în cazul unui cesionar sau al unei părți privilegiate asociate debitorului și în termen de 6 luni în cazul părților care nu au legături cu acesta. În conformitate cu legislația suedeză, se pare că nu există limite de timp stricte. Legea spaniolă, pe de altă parte, prevede o perioadă de 2 ani, în timp ce în Franța se prevede o perioadă de 6 luni anterior declarării falimentului pe parcursul căreia anumite acte pot fi declarate nule și neavenite.

De asemenea, în Statele Membre există diferențe cu privire la partea care poate înainta acțiuni în anulare în legătură cu o tranzacție anterioară procedurii de insolvență. În Polonia, această acțiune poate fi înaintată numai de administratorul judiciar, administrator și organismul de supraveghere. În Franța, administratorul, lichidatorul, organismul de supraveghere a executării planului sau Procurorul pot înainta o acțiune în anulare.

Aceste diferențe dintre legislațiile naționale privind insolvența pot crea obstacole, avantaje și/sau dezavantaje concurențiale, precum și dificultăți societăților care desfășoară activități transfrontaliere sau care dețin operațiuni în cadrul Uniunii Europene. În consecință o armonizare a legislației comerciale în cadrul UE, trebuie să aibă în vedere o armonizare a legislației privind insolvența.

7. Concluzii

Legislația privind insolvența reprezintă o contrabalansare a mai multor obiective. Aceasta are ca scop protejarea drepturilor creditorilor și, în același timp, pe de o parte, a intereselor acționarilor și ale clienților și, pe de altă parte, evitarea lichidării unor societăți potențial viabile. Legea românească în domeniul insolvenței răspunde într-o anumită măsură acestor cerințe, prevederile fiind deja armonizate în mare măsură cu cele din Uniunea Europeană.

Cu toate acestea, consider că este necesară o consiliere a întreprinzătorilor cu privire la procedura insolvenței și a căilor de urmat în cazul întâmpinării de dificultăți financiare. Transparența și înțelegerea acestor mecanisme este foarte importantă mai ales după dezastrele provocate de ultima criză financiară, ea trebuind să vină din dublu sens, atât din partea autorităților prin formularea unor

reglementări clare în domeniu, pe înțelesul tuturor, dar și din partea firmelor prin furnizarea de informații contabile și financiare care pot trage semnale de alarmă în ceea ce privește starea financiară a firmei. Mai mult, întreprinzătorii care au intrat în insolvență dar au un comportament ”scuzabil”, falimentul fiind provocat de cauze externe și neavând intenția de a fraudă creditorii, trebuie stimulați să pornească pe un nou drum.

Această lucrare și-a propus să explice o parte din reglementările în vigoare referitoare la anularea actelor frauduloase încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței, alte aspecte urmând a fi tratate mai pe larg într-o cercetare viitoare.

Referințe bibliografice:

- St. D. Cârpenaru, V. Nemeș, M. A. Hotca – ”Noua lege a insolvenței – Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole.”, Editura Hamangiu, 2006.
- St. D. Cârpenaru – ”Drept comercial român”, Editura Universul Juridic, București, 2009.
- Adam, C. N. Savu – ”Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații.”, Editura C. H. Beck, București, 2006.
- D. Al. Sitaru – ”Dreptul comerțului internațional” Partea generală, Editura Universul Juridic, București 2008
- Turcu – ”Falimentul – Actuala procedură – Tratat”, Editura Lumina Lex, București 2005.
- Turcu – ”Tratat de insolvență”, Editura C.H. Beck, București, 2006.
- Gh. Piperea – ”Insolvența: legea, regulile, realitatea”, Editura Wolters Kluwer, București, 2008.
- Gh. Piperea – ”Drept comercial”, Editura C.H. Beck, București, 2008.
- Fuerea – ”Drept comunitar al afacerilor”, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Ministerul Justiției – ”Suport pentru îmbunătățirea legislației și jurisprudenței în materie de faliment – Manual de bune practici în insolvență”, București, 2006.
- F. Folea – ”Dreptul de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului cu privire la menținerea sau denunțarea contractelor încheiate de debitorul insolvent anterior deschiderii procedurii”, Partea a I-a, Revista de insolvență Phoenix, Nr. 33, iulie-septembrie 2010.
- Gh. Piperea – ”Insolvența transfrontalieră”, Revista de drept al afacerilor, nr. 5/2006.
- Turcu, M. Stan – ”Legea privind procedura insolvenței – o nouă etapă în reforma legislativă”, Revista de drept comercial nr. 6/2006.
- Legislație relevantă
- <http://eur-lex.europa.eu/ro/index.htm>
- www.insol-europe.org/home-fr.cfm.

COMPARAȚIE ÎNTRE ACȚIUNEA ÎN SIMULAȚIE ȘI ACȚIUNEA REVOCATORIE

Gabriel MANEA¹

Abstract

This paper presents succinctly the sphere of simulation and the revocatory action and it is really helpful to the students who want to clarify their knowledge on this subject. Thus, on the one hand, the paper approaches the particularities of the simulation and the revocatory action, and on the other hand, highlighting the analogies and the differences between the two actions, the reader is able to realize the distinction between the two juridical actions. Using this manner of presentation, the study allows the reader to better understand the two notions and to use them properly in the future.

Cuvinte cheie: *simulație, acțiune pauliană, creditor chirografar, debitor, creanță.*

INTRODUCERE

În prezenta lucrare ne-am propus să realizăm o delimitare cât mai clară între două instituții juridice care au, practic, același obiect și anume protecția creditorilor față de actele frauduloase încheiate de debitor în defavoarea celor dintâi. Este vorba despre acțiunea revocatorie, respectiv acțiunea pauliană.

Astfel, printr-o abordare precisă a celor două acțiuni civile, definindu-le concis și stabilind clar efectele acestora, cât și prin sublinierea elementelor de diferență dar și asemănărilor dintre ele, ne-am dorit o transpunere cât mai clară a celor două operațiuni juridice, acestea pentru o mai bună înțelegere a noțiunilor.

Subiectul prezintă interes datorită situațiilor frecvent întâlnite în practică în care debitorii, dorind să scape de plata creanțelor, încheie acte frauduloase cu terții, lezând astfel drepturile creditorilor asupra bunurilor acestora. Fără aceste mijloace juridice, care dau creditorului chirografar un oarecare control asupra patrimoniului debitorului, s-ar ajunge la o nesiguranță în circuitul civil, nesiguranță ce a fost prevăzută și evitată de legiuitor prin art. 975 respectiv 1175 C.civ.

În ce privește realizarea lucrării au fost consultate opere de un înalt nivel științific, soluțiile alese de autorii acestora fiind prezente în această lucrare, ce reprezintă, de fapt, un rezumat al acestor creații deosebit de valoroase ale unor autori excepționali, care nu fac decât să confirme că frumusețea dreptului rezultă nu numai din arhitectura ingenioasă a ideilor, ci și din buna cunoaștere și eleganta folosire a limbii române.

ACȚIUNEA ÎN SIMULAȚIE

SECTIUNEA 1: Definiție și elemente definitorii:

Simulația este operațiunea juridică care creează o aparență neconformă cu realitatea prin încheierea concomitentă a două acte juridice: unul public și unul mincinos, ale cărui efecte sunt înlăturate sau modificate, total sau parțial, de altul secret și adevărat, care conține în sine acordul, implicit sau explicit, al părților de a simula.²

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București. Lucrarea a fost realizată sub coordonarea prep.univ.dr.d. Bogdan Nazat.

² Flavius A. Baias, Simulatia – Studiu de Doctrină și Jurisprudență, Ed. Rosetti, București, 2003, p.92.

După cum se poate vedea, am considerat ca fiind definatorii pentru simulație următoarele elemente³:

- a) Existența a două acte juridice – unul *public*, dar mincinos, și celălalt *secret*, dar adevărat;
- b) *Contradicția* între cele două acte, în sensul ca actul secret modifică, total sau parțial, ori înlătură efectele actului juridic;
- c) Existența *acordului părților de a simula* (sau *acordul simulatoriu*⁴), conținut de actul secret;
- d) *Încheierea concomitentă* a celor două acte, în sensul că între ele trebuie să existe o *simultaneitate de ordin intelectual*;
- e) Ascunderea, în acest fel, a adevăratelor raporturi juridice dintre părți și crearea unei *aparențe neconforme cu realitatea*;
- f) *Caracterul* unitar al operațiunii.

SECȚIUNEA 2 : Formele simulației:

Pornind de la premisa că *acordul simulatoriu* este definatoriu pentru simulație, considerăm că este potrivit să adoptăm ca și criteriu de clasificare *elementul asupra căruia poartă acest acord*.⁵

Din perspectiva acestui criteriu, adoptăm următoarea clasificare:

A) Simulația absolută (sau *actul fictiv*) apare atunci când acordul simulatoriu stipulează că între părți nu s-a încheiat niciun act juridic. Ea presupune că se încheie un act public, care în realitate nu produce niciun efect întrucât este desființat de actul secret; astfel părțile rămân în situația anterioară, cu excepția cazului în care se nasc între ele drepturi și obligații determinate strict numai de voința de a simula (spre exemplu: obligația de a consimți la desființarea actului aparent într-un anumit termen, dreptul celui ce a încuviințat la simulație de a primi o anumită „remunerație” etc.)⁶

B) Simulația relativă – implică, ca și actul fictiv, existența a două acte juridice: unul *public*, cunoscut, și altul *secret*, care nu desființează în totalitate efectele actului aparent, ci doar modifică *natura sa juridică, clauzele sale sau identitatea părților* care l-au încheiat.

Datorită naturii sale mai complexe putem vorbi despre:

➤ *Simulație prin deghizare totală*, când acordul simulatoriu poartă asupra naturii juridice a actului secret (actul public are o altă natura juridică decât actul ascuns).⁷

Acest tip de simulație este menționată în C. civ. în art. 812, care sancționează cu nulitatea liberalitățile în favoarea unei persoane incapabile de a primi și în art. 940 alin.2, text ce prevede aceeași sancțiune pentru actele cu titlu gratuit încheiate între soți cu depășirea cotităților disponibile speciale instituite de art. 939 C. civ.

Așadar, în cazul simulației prin deghizare totală, părțile încheie un act juridic *real*, ce are o anumită natură juridică, pe care îl ascund sub aparența unui alt act juridic, *mincinos*, cu o altă configurație. O donație care este deghizată în haina aparentă a unui contract de vânzare-cumpărare⁸ sau a unui contract de întreținere⁹ constituie un exemplu în acest sens.

³ A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p.92.

⁴ Acordul simulatoriu este un act juridic, pentru existența lui fiind necesare condițiile de fond prevăzute de art. 948 C. civ.: consimțământul, capacitatea, obiectul și cauza, în privința formei supunându-se principiului general al consensualismului. Scopul acestuia este de a naște între părți raporturi care țin strict de crearea aparenței. (A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p.67-68.)

⁵ A se vedea Flavius A Baias, op.cit., p. 97.

⁶ Ibidem, p.99.

⁷ Ibidem, p.98.

⁸ Trib. jud. Suceava, dec. Civ. nr. 940/1982, în R.R.D. nr. 7/1983, p. 57.

⁹ A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p.102.

➤ *Simulație prin deghizare parțială.* Deghizarea este parțială atunci când *acordul simulatoriu poartă numai asupra conținutului actului aparent*, adică un element al acestuia sau una din clauzele sale nu corespunde adevăratei voințe a părților, actul secret conținând în realitate alte prevederi referitoare la elementul ori clauza pe care simulanții au înțeles să le țină ferite de cunoștința publică.

Astfel, pot fi deghizate *obiectul actului juridic* (eludarea taxelor datorate statului, prin prevederea în actul public a unei valori mai mici decât cea plătită în realitate), *modalitățile sale* (actul public conține anumite prevederi privind termenul, condiția, sarcina, contrazise de stipulațiile actului secret), *data încheierii actului* (și-a pierdut din însemnătate prin instituirea măsurilor de publicitate imobiliară și prin reglementarea principiului potrivit căruia data unui act juridic, constatat printr-un înscris sub semnătură privată, nu poate fi opusă terților decât dacă este dată certă, potrivit art.1182 C. civ.), *diverse clauze accesorii etc.*, fără ca acestea să afecteze natura sa juridică.¹⁰

➤ *Simulație prin interpunere de persoane*, presupune ca actul public să se încheie între anumite persoane, în actul secret fiind menționat adevăratul beneficiar al actului juridic, altul decât cel care apare în actul public (spre exemplu, în actul public, Primus îi donează un autoturism lui Secundus, dar în actul secret se menționează că adevăratul beneficiar al donației este Tertius, iar nu Secundus).

Un caz particular de simulație prin interpunere de persoane este așa-numita *convenție de prete-nom* care este un mandat *fără reprezentare* și la care se recurge atunci când o persoană (mandantul) dorește să încheie un act juridic în așa fel încât persoana sa să nu fie cunoscută de cealaltă parte a actului juridic și/sau de terți.¹¹

Principala deosebire între interpunerea de persoane, respectiv convenția de prete-nom constă în *participarea terțului contractant la acordul simulatoriu*.¹²

SECȚIUNEA 3: Efectele simulației:

Pentru stabilirea și delimitarea efectelor simulației atât între părți, cât și față de terți vom porni de la art.1175 C. civ. care prevede că actul juridic secret produce efecte între părți și succesorii lor universali, dar el nu poate fi opus și celor care sunt străini de realitatea acestei operațiuni juridice.

Așadar, între părțile simulației și succesorii lor universali sau cu titlu universal, actul public nu produce niciun efect, deoarece voința lor a fost ca, sub vălul actului ostensibil, raporturile dintre ele să fie guvernate numai de prevederile actului secret. Pentru nuanțarea efectelor simulației ne vom raporta la formele sale, din clasificarea precedentă:

- Atunci când simulația vizează însăși existența actului cunoscut – în cazul actului fictiv – niciuna din clauzele acestuia nu produce efecte între părți, deoarece ele sunt în întregime înlăturate de prevederile actului secret, care spune că, în realitate, actul public nu a fost dorit de semnatarii săi.

- Când simulația se realizează printr-o deghizare totală și poartă asupra naturii juridice a actului, între părți nu produc efecte acele clauze referitoare la elementul simulat: de exemplu, în cazul unei donații deghizate într-o vânzare, clauza privitoare la transferul proprietății va fi aceeași și în actul public și în actul secret; însă prevederile la titlul oneros al transferului conținute în actul aparent, nu vor avea putere între părți, ele fiind contrazise de stipulațiile din actul ascuns, care consacră caracterul gratuit al convenției reale.

¹⁰ A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p.106.

¹¹ Gabriel Boroi, Drept civil – Partea generală, Persoanele, Ed.Hamangiu, București, 2008, p.295.

¹² Se impune o precizare: dacă existența simulației este cunoscută de toate cele trei personaje, dacă terțul contractant știe că încheie actul public cu un interpus și, în secret, încheie actul juridic real cu adevăratul dobânditor al dreptului, atunci este vorba de interpunere de persoane. Dacă, însă, terțul contractant nu cunoaște calitatea de „om de paie” a celui cu care contractează, ci, – dimpotrivă – are convingerea că acesta este adevăratul beneficiar al contractului respectiv, atunci intermediarul este un prete-nom (împrumutător de nume) care a lucrat în temeiul unui contract de mandat fără reprezentare.

- Tot astfel, în ipoteza deghizării parțiale, între părți nu vor produce efecte acele clauze din actul public asupra cărora s-a focalizat acordul simulatoriu: dacă este vorba despre preț, de exemplu, între simulanți va fi ineficace numai clauza referitoare la preț din actul aparent. În rest, celelalte prevederi ale actului ostensibil, necontrazise de actul secret, vor fi pe deplin eficace între simulanți.

- În sfârșit, în cazul interpunerii de persoane, situația este relativ similară cu aceea a actului fictiv: între părțile actului public, dintre care una este persoana interpusă, acest act nu produce niciun efect; efectele se produc în realitate față de cel de-al treilea participant la simulație, al cărui destin juridic este să rămână ocult.

- O mențiune aparte merită convenția de prete-nom: actul public încheiat între terțul contractant și mandatarul ocult produce efecte între aceștia; dar, chiar și în acest caz, actul public nu produce efecte între părțile simulației – mandantul și mandatarul său ascuns – deoarece ultimul are obligația ca, potrivit contractului de mandat fără reprezentare, să transmită ulterior drepturile dobândite către adevăratul „stăpân al afacerii”.¹³

După cum am văzut mai sus, între părțile simulației produce efecte numai actul secret: *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*¹⁴. Bineînțeles, pentru ca actul secret să producă aceste efecte este necesar ca acesta să îndeplinească toate condițiile de fond cerute pentru valabilitatea unui act juridic: consimțământul, capacitatea, obiectul și cauza.

În cazul *terților*¹⁵ (de bună-credință), efecte poate avea doar actul aparent, actul ascuns încheiat de părți nefiindu-le opozabil. Ei au, însă, un drept de opțiune, bazat pe interpretarea *per a contrario* a art. 1175 teza ultimă¹⁶ din Codul civil, în care pot invoca, în favoarea lor, fie actul public, fie actul secret, după cum le dictează interesele.

Referitor la terții de rea-credință care, deși nu au participat la simulație, cunoșteau existența acesteia, nu li se mai aplică dreptul de opțiune, ei neputând refuza efectele actului secret.

Sancțiunea specifică simulației este inopozabilitatea față de terții de bună-credință a situației juridice create prin actul juridic secret, precum și, dacă este cazul, înlăturarea simulației pe calea acțiunii în simulație¹⁷. Însă, dacă prin simulație are loc fraudarea legii¹⁸ (în acest caz este ilicită) sau este imorală, atunci ea va fi sancționată cu nulitatea absolută. Nulitatea poate lovi fie actul secret, fie întreaga operațiune juridică.

SECȚIUNEA 4 : Acțiunea în declararea simulației :

Acțiunea în declararea simulației este acea acțiune civilă prin care se urmărește constatarea caracterului simulat (nereal, ascuns) al unui act juridic public, cunoscut, precum și constatarea existenței unui act juridic secret care modifică, în tot sau în parte, dispozițiile actului public.¹⁹

Ea reprezintă, de fapt, o *măsură conservatorie*, întrucât nu urmărește să readucă un bun în patrimoniul debitorului – deci să repare un prejudiciu cauzat creditorului prin micșorarea gajului său general –, ci să demonstreze, prin înlăturarea actului secret, care constată fictivitatea înstrăinării, că bunul nu a părăsit niciodată acel patrimoniu. Astfel, acțiunea în declararea simulației a fost calificată drept o acțiune în constatare, fiind imprescriptibilă extinctiv. Acest lucru se datorează principiului

¹³ A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p. 170 și Gabriela Chivu, *Simulația în teoria și practica dreptului civil*, p. 78-79.

¹⁴ Flavius A. Baias, p. 170.

¹⁵ Considerăm terți în materia simulației următoarele categorii de persoane: succesorii cu titlu particular și creditorii chirografari, dacă au fost de bună-credință – adică nu au cunoscut simulația –, succesorii universali și cu titlu universal, atunci când invocă un drept al lor, propriu, lezată de actul secret, precum și fiscul, indiferent de buna sau reaua lor credință.

¹⁶ Art. 1175 C. civ. „(...) un asemenea act nu poate avea niciun efect în contra altor persoane”;

¹⁷ A se vedea Gabriel Boroș, op.cit., p. 295.

¹⁸ A se vedea Gabriela Chivu, op. cit., p.35-40, 152. Frauda legii constă în folosirea unor dispoziții legale, dar nu în scopul pentru care acestea au fost edictate, ci numai pentru a eluda alte dispoziții legale, imperative.

¹⁹ A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p. 211 ; Gabriela Chivu, op.cit., p. 99-102 ;

potrivit căruia aparența de drept poate fi înlăturată oricând, actul juridic nefiind susceptibil de consolidare prin trecerea timpului.²⁰

În fapt, rareori acțiunea în declararea simulației are un scop în sine și asta pentru simplul fapt că *simpliciter* „transformare” a actului secret în act public nu prezintă un interes practic pentru reclamant. Pentru a avea efectul dorit ea trebuie însoțită de o altă acțiune, de obicei în realizarea de drepturi²¹, acțiune a cărei soartă depinde, totuși, de constatarea simulației.

Însă, cu toate că acțiunea în declararea simulației este imprescriptibilă, rezultatul ei va putea fi fructificat numai în măsura în care acțiunea care o însoțește nu s-a prescris. Spre exemplu, dacă acțiunea în simulație va fi introdusă împreună cu o acțiune în revendicare, ambele fiind imprescriptibile, ele vor putea fi introduse oricând, asta neafectând în niciun fel drepturile reclamantului; însă, dacă acțiunea în simulație este însoțită de o acțiune contractuală, imprescriptibilitatea celei dintâi va fi cu totul inutilă în măsura în care cea de-a doua va fi respinsă pentru prescrierea dreptului material la acțiune.

Așadar, efectul principal al acțiunii în simulație este acela de a face să înceteze caracterul ocult al contra-înscrisului²². *Constatarea simulației* în sine nu adaugă nimic raporturilor dintre părțile sale, actul secret – devenit cunoscut – producând în continuare efectele dorite de părți, după cum actul public va continua să aibă doar acele efecte dorite în mod real de părți și care nu erau înlăturate de actul ascuns. Referitor la terți, aceasta produce față de ei efectele pe care le-am analizat²³ cu precizarea că fostul act secret, devenit public prin admiterea acțiunii în declararea simulației le este în continuare inopozabil, de vreme ce nu au cunoscut existența lui.²⁴

ACȚIUNEA REVOCATORIE

SECȚIUNEA 1: Definiție și reglementare. Origine.

Printr-o exprimare frumoasă a distinsului profesor Liviu Pop, acțiunea pauliană este „acel mijloc juridic la care se poate recurge pentru a corecta conduita greșită a omului atunci când acesta nu și-o reglează singur, pentru a nu aduce atingere drepturilor și intereselor celorlalți semenii ai săi care alcătuiesc corpul social”.²⁵ Codul civil, însă, are o abordare mai directă, prin art. 975 care permite creditorilor să atace în numele lor personal, actele viciene făcute de debitor în prejudiciul drepturilor lor.

Explicația și fundamentul acțiunii pauliene se află în dreptul de gaj general pe care creditorii îl au asupra patrimoniului debitorului; acțiunea pauliană apare în acest fel ca un mijloc juridic de protecție conferit de lege creditorilor, în virtutea dreptului de gaj general. De asemenea, s-a mai afirmat că s-ar fundamenta și pe faptul că, prin actele sale frauduloase, debitorul săvârșește un delict civil în contra creditorilor, cauzându-le un prejudiciu, pe care în mod firesc este obligat a-l repara²⁶. În prezent, doctrina de specialitate²⁷, în majoritate, consideră că acțiunea pauliană este o acțiune în revocarea actului fraudulos atacat în justiție, pentru ca astfel să devină inopozabil creditorului

²⁰ Trib Suprem, s. civ., dec. nr. 3009/1973, în *Repertoriu* 1969-1975, p. 121, pct. 162.

²¹ Astfel de acțiuni pot fi: acțiune în rezoluțiunea sau rezilierea contractului, acțiune în revendicare, acțiune în anulare, acțiune pentru obligarea debitorului la executarea obligațiilor asumate prin actul secret etc.

²² Admiterea acțiunii neînsemnând și validarea actului secret dacă acesta nu întrunește toate condițiile pentru a fi valabil.

²³ A se vedea *supra*, Partea I, secțiunea 3.

²⁴ A se vedea Flavius A. Baias, op. cit., p.224.

²⁵ Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*. Vol. I. Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 373.

²⁶ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p.374.

²⁷ A se vedea: C.Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1994, p.311 ; M.N. Costin, *Acțiunea pauliană (sau revocatorie) în dreptul civil român*, S.U.B.B., Jurisprudentia nr.1/1987, p.49.

reclamant. De aceea, ea mai poartă numele de acțiune revocatorie, ambele noțiuni putând fi folosite cu același înțeles.

Acțiunea pauliană își are *originea* încă din dreptul roman de la sfârșitul Republicii, când raportul de obligații civile începe să se transforme dintr-o legătură corporală (în dreptul roman, debitorul putea deveni sclavul creditorului dacă nu își plătea creanța) într-o legătură juridică, astfel încât creditorul, în caz de neplătă a datoriei de către debitor, putea să pornească executarea silită numai asupra bunurilor acestuia. Așa a apărut nevoia de protecție a creditorilor împotriva actelor încheiate de debitori cu terții în fraudă drepturilor lor. Astfel a fost creată, pe cale pretoriană, acțiunea pauliană, numită și revocatorie. Denumirea ei vine de la pretorul Paulus, care este creatorul său.²⁸

SECȚIUNEA 2 : Domeniul de aplicare. Caracterul acțiunii:

*Domeniul de aplicare*²⁹ a acțiunii pauliene cuprinde, în *principiu*, toate actele juridice civile, indiferent din categoria din care fac parte: actele cu titlu oneros, acte cu titlu gratuit; acte unilaterale sau contracte; contracte sinalagmatice sau unilaterale; acte abdicative sau extinctive de drepturi și acte translativă sau constitutive de drepturi; acte individuale sau colective etc.

De la acest principiu există și excepții. Astfel, actele juridice încheiate de debitor cu privire la drepturile sale extrapatrimoniale nu pot fi atacate și declarate inopozabile pe cale pauliană, deoarece încheierea lor este determinată de considerente de ordin personal și moral, cum sunt: actul căsătoriei, actul de recunoaștere a paternității unui copil din afara căsătoriei, actul adopției etc. Există³⁰ însă și unele acte juridice referitoare la drepturi patrimoniale care nu sunt susceptibile de a fi atacate prin acțiune pauliană cum ar fi *plata unei datorii* făcută de debitor unui creditor al său, chiar dacă debitorul este insolubil, sau *contractul prin care debitorul își asumă noi datorii*, deoarece el nu poate fi lipsit de gestiunea patrimoniului său.

*Acțiunea pauliană are caracterul unei acțiuni personale*³¹, deoarece este un atribut al gajului general³², care nu conferă creditorului un drept real asupra bunurilor debitorului privity în individualitatea lor. De asemenea, acțiunea pauliană este fondată pe un drept de creanță al creditorului reclamant care este, fără nicio îndoială, un *drept personal* al acestuia. Iar un drept personal este și poate fi însoțit numai de o acțiune personală.

SECȚIUNEA 3: Condiții cerute pentru exercitarea acțiunii:

Referitor la creditorii care pot intenta acțiunea în cauză, acțiunea pauliană aparține în general tuturor³³, deducând aceasta din art. 975 C. civ., care face referire la art. 974 C. civ., unde se spune: „Creditorii se pot(...)”, deci, în principiu, toți creditorii ar avea calitate procesuală activă. Există și o excepție, cea a creditorilor condiționali, deoarece creanța contractată sub condiție suspensivă, nu are existență până în ziua împlinirii condiției, prin urmare ei nu au dreptul decât la acte conservatoare, conform art.1016 C.civ.

Totuși, pentru ca acțiunea să fie admisă ea trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

- Creanța reclamantului să fie certă, lichidă și exigibilă³⁴.

²⁸ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p.376.

²⁹ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p.378.

³⁰ A se vedea, pe larg, Liviu Pop, op.cit., p. 378-386 ; P.M. Cosmovici, Drept civil, Drepturi reale- Obligații legislative, Ed. All, București, 1994, p. 213.

³¹ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p. 409 ; P.M.Cosmovici, op. cit., p.213.

³² Gajul general are ca obiect suma tuturor valorilor active prezente și viitoare din patrimoniul debitorului.

³³ Constantin Russu, Acțiunea pauliană, Institutul de arte grafice <Eminescu>, București, 1904, p.38 ; P.M.Cosmovici, op.cit., p. 214.

³⁴ Definiția primilor doi termeni o întâlnim în Codul de Procedură Civilă, în secțiunea dedicată executării silite. Astfel, conform art.379, alin.3 din C. Proc. Civ., „Creanța *certă* este aceea a cărui existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul”. Alineatul 4 al aceluiași articol arată că: „Creanța este *lichidă* atunci când câtimea ei este determinată prin însuși actul de creanță sau când este

➤ Să fie, în principiu, anterioară³⁵ actului a cărei inopozabilitate se cere a fi declarată de instanță, *per a contrario* creditorii ale căror creanțe s-au născut după momentul încheierii actului respectiv nu îl pot ataca pe cale pauliană, acțiunea lor fiind inadmisibilă.

➤ Actul încheiat de debitor cu terțul să fi cauzat un prejudiciu creditorului reclamant. Prejudiciul constă, de regulă, în alterarea gajului general al creditorului, ceea ce îl pune în postura de a nu-și putea realiza, în totul sau în parte, dreptul său de creanță împotriva debitorului.³⁶

➤ Complicitatea terțului la fraudă debitorului³⁷ cu care a încheiat actul atacat cu acțiunea pauliană. Aici facem, însă, niște precizări:

Prin acțiunea pauliană se urmărește ca actul atacat care a fost încheiat de debitor cu o terță persoană să fie declarat inopozabil creditorului reclamant. Prin urmare, acțiunea trebuie îndreptată împotriva terțului care a beneficiat de acel act juridic. De aceea e necesar să stabilim dacă reclamantul creditor mai are nevoie să dovedească existența fraudei pauliene și în persoana terțului contractant, din moment ce fraudă debitorului a fost probată. Astfel, vom face distincție după cum actul atacat este cu titlu oneros sau cu titlu gratuit.

- Când actul juridic atacat este cu *titlu oneros*, acțiunea pauliană poate fi admisă numai dacă reclamatul dovedește complicitatea terțului la fraudă.

Soluția se explică astfel: terțul care a dobândit un bun de la debitor printr-un contract cu titlu oneros, luptă și urmărește să evite o pierdere; dacă acțiunea pauliană va fi admisă, el va pierde ceea ce a primit în temeiul acelui act juridic, cu precizarea că are recurs împotriva debitorului cu care a contractat. Însă recursul său riscă să rămână iluzoriu, datorită insolvabilității debitorului. În consecință, nu există niciun motiv de a sacrifica drepturile dobândite de terțul contractant de bună-credință în temeiul unui act cu titlu oneros, în schimbul cărora el a dat un echivalent. Soluția contrară poate fi admisă numai în cazul în care terțul este de rea-credință, în sensul că a participat la fraudă debitorului.

- Dimpotrivă, dacă respectivul act este cu *titlu gratuit*, pentru admisibilitatea acțiunii pauliene, complicitatea terțului la fraudă debitorului nu este necesară, prin urmare nu trebuie dovedită de creditor, indiferent de buna sau reaua-credință a terțului contractant.

Asta *deoarece* terțul dobânditor printr-un act juridic cu titlu gratuit urmărește să păstreze un câștig pentru care nu a dat nimic în schimb; astfel interesul său este mai puțin important decât interesul creditorului care, prin acțiunea pauliană, urmărește să evite o pierdere, adică un prejudiciu care i-a fost cauzat.³⁸

În cazul terților subdobânditori, doar aceia care – fiind de bună-credință – au obținut un bun de la un dobânditor direct de bună-credință, *care la rândul lui l-a obținut cu titlu oneros*, sunt apărați de acțiunea pauliană. În toate celelalte cazuri, când dobânditorul direct a dobândit și transmis mai departe cu titlu gratuit bunul debitorului sau a fost de rea-credință acțiunea pauliană va fi admisă. Astfel, primul dobânditor, dacă a dobândit un bun fiind de rea-credință, rămâne supus urmării creditorului, care îi poate cere plata unei despăgubiri pentru repararea prejudiciului cauzat.³⁹

determinabilă cu ajutorul actului de creanță sau și a altor acte neautentice, fie emanând de la debitor, fie recunoscute de dânsul, fie opozabile lui în baza unei dispoziții legale sau a stipulațiilor conținute în actul de creanță, chiar dacă prin această determinare ar fi nevoie de o osebă socoteală”. Cu privire la ultima sintagmă, aceea de creanță *exigibilă*, aceasta înseamnă o creanță cu scadență împlinită, deci a cărei executare poate fi cerută imediat de către creditor.

³⁵ Pentru limitările condiției anteriorității creanței reclamantului, a se vedea Liviu Pop, op. cit., p. 388-391.

³⁶ Pentru condițiile necesare creditorului care pretinde că este victima unui prejudiciu, a se vedea, pe larg, Liviu Pop, op. cit., p.392-398.

³⁷ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p. 398-400.

³⁸ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p. 400-401.

³⁹ A se vedea, Liviu Pop, op. cit., p.402.

SECȚIUNEA 4 : Efectele admiterii acțiunii pauliene:

Deși consacră dreptul creditorilor de a ataca actele frauduloase încheiate de debitor, art.975 C.civ. nu conține nicio precizare cu privire la sancțiunea actului juridic atacat, în cazul în care acțiunea pauliană a fost admisă. Pentru suplinirea acestei lacune a textului legal, am putea considera că este vorba despre sancțiunea nulității, asta din prevederile art. 562 și 699 C.civ. care reglementează două aplicații practice ale acțiunii pauliene⁴⁰, în ambele texte fiind folosit termenul de anulare. În realitate, nu este vorba despre anularea actului atacat ci despre inopozabilitatea sa față de reclamant. Asta deoarece acțiunea pauliană are o singură finalitate și anume repararea prejudiciului cauzat creditorului prin actul fraudulos atacat. De aceea, este suficient ca actul în cauză să devină inopozabil reclamantului, în așa fel încât să-l poată ignora și să fie în măsură să urmărească valoarea patrimonială transmisă de debitor terțului, ca și cum aceasta nu ar fi ieșit din patrimoniul debitorului și s-ar afla în continuare în gajul său general.⁴¹

Având ca reper faptul că sancțiunea admiterii acțiunii pauliene constă în inopozabilitatea actului atacat față de creditorul reclamant, este necesar să determinăm consecințele acesteia în *raporturile dintre creditorul reclamant și terțul pârât*, respectiv *raporturile dintre creditorul urmăritor și creditorii terțului pârât* și, în sfârșit, *în raporturile dintre debitor și terțul dobânditor* în calitatea lor de părți ale actului fraudulos, dar valabil încheiat.

a) *Raporturile dintre creditorul reclamant și terțul care a încheiat actul fraudulos cu debitorul.*

Prin admiterea acțiunii pauliene, actul fraudulos devine *inopozabil* creditorului, acesta putându-se comporta ca și cum actul atacat nu s-ar fi încheiat între debitor și terțul în cauză. Însă inopozabilitatea operează numai în măsura și în limitele necesare pentru repararea prejudiciului suferit de reclamant. De aceea, atunci când bunul este divizibil și valoarea creanței reclamantului este inferioară valorii bunului urmărit, actul de înstrăinare este opozabil și creditorului, pentru ceea ce excede nevoii de realizare a creanței sale; dacă, dimpotrivă, bunul transmis este indivizibil și în urma vânzării sale în cadrul procedurii de executare silită rezultă un preț mai mare decât valoarea creanței reclamantului, suma excedentară se cuvine terțului dobânditor.

De altfel, terțul dobânditor poate să opteze pentru păstrarea bunului, cu condiția de a-i plăti creditorului urmăritor o sumă de bani cu titlu de despăgubire, putând opri astfel efectul acțiunii pauliene. De aceea, se poate spune că terțul are un drept de opțiune între a face plata datoriei debitorului către creditorul urmăritor și desesizarea sau abandonarea bunului dobândit în mâinile creditorului.

b) *Raporturile dintre creditorul urmăritor și creditorii proprii ai terțului.*

Terțul urmărit de creditorul care câștigă procesul poate să aiba propriile datorii, față de terțe persoane, care sunt creditorii săi. De aceea, creditorul care exercită acțiunea pauliană este foarte posibil să intre în conflict cu creditorii proprii ai terțului dobânditor, punându-se astfel problema de a ști dacă reclamantul este sau nu obligat să suporte concursul acestor creditori asupra bunurilor intrate în patrimoniul terțului prin actul fraudulos. Pentru rezolvarea acestei probleme este necesar să deosebim între creditorii chirografari și creditorii cu garanții reale asupra bunurilor dobândite de terțul urmărit prin actul fraudulos.

În *prima ipoteză*, când creditorul reclamant este în conflict cu creditorii chirografari sau creditorii cu garanții reale – gaj, ipotecă, privilegiu speciale – asupra altor bunuri ale terțului decât acelea dobândite prin actul fraudulos atacat, raspunsul este în principiu negativ, însă numai în acele cazuri în care valorile dobândite de către terț prin actul fraudulos constau în bunuri în natură care se

⁴⁰ Este vorba despre renunțarea uzufructuarului la dreptul de uzufruct „în paguba lor”, respectiv ipoteza în care este atacată renunțarea moștenitorului la succesiune în „paguba lor”, adică a creditorilor chirografari.

⁴¹ A se vedea, Liviu Pop, op. cit., p.403-408.

află în posesia lui. Pentru creditorul care a avut câștig de cauză, actul respectiv se consideră că nu a fost încheiat, fiindu-i inopozabil; în ce-l privește, bunurile înstrăinate prin acel act nu au ieșit niciodată din patrimoniul debitorului său, deci reclamantul nu se poate afla în concurs cu creditorii proprii ai terțului dobânditor. În celelalte cazuri, când creditorul nu poate urmări în natură bunurile înstrăinate de debitor către terțul dobânditor sau dacă actul fraudulos constă într-o donație indirectă ori într-o dare de plată și, în general, când dreptul de creanță are ca obiect o sumă de bani pe care terțul este ținut să i-o plătească, răspunsul este diferit; creditorul urmărit al terțului dobânditor trebuie să suporte concursul creditorilor proprii ai acestuia.

În cea de-a doua ipoteză, când creditorul urmărit este în conflict cu creditorii proprii ai terțului dobânditor, care au constituită o garanție reală asupra bunurilor înstrăinate de debitor prin actul fraudulos, de regulă, soluția nu poate fi aceeași. Creditorii cu astfel de garanții reale – ipotecă, gaj, privilegii speciale – trebuie considerați și tratați, în raport cu creditorul reclamant, la fel ca și subdobânditorii cu titlu oneros. Așa se face că, în cazul în care nu se poate dovedi complicitatea lor la fraudă pauliană, reclamantul este ținut să respecte garanțiile reale ale creditorilor terțului subdobânditor.

c) *Raporturile dintre debitor și terțul dobânditor* cu care a încheiat actul declarat fraudulos de instanța de judecată.

Deși inopozabil față de creditorul reclamant, actul încheiat de debitor și terțul dobânditor este valabil și își produce efectele între părți. Astfel, valoarea înstrăinată de debitor nu se mai întoarce în patrimoniul său, ea fiind definitiv înstrăinată din punctul de vedere al debitorului. Așa se explică faptul că ceea ce excede din această valoare nevoilor de plată a creditorului urmărit rămâne terțului urmărit, debitorul neavând dreptul să încaseze eventualul excedent de valoare, care va putea fi urmărit de creditorii proprii ai terțului. Terțul dobânditor cu titlu oneros care a plătit pe creditorul urmărit sau, după caz, a fost evins⁴² de către acesta, se poate întoarce împotriva debitorului, printr-o acțiune în regres⁴³, potrivit dreptului comun. În ce-l privește pe terțul dobânditor cu titlu gratuit, după ce îl plătește pe creditorul care l-a acționat sau este evins de acesta, nu are drept de regres, în principiu, împotriva debitorului care cu care a încheiat actul fraudulos pentru creditor; de regulă, actul cu titlu gratuit nu generează o obligație de garanție în sarcina dispunătorului, nefiind exclus, însă, să poată solicita plata unor despăgubiri de la debitor, dar numai pe temeiul și în condițiile răspunderii civile delictuale și dacă a fost de bună-credință.

Așadar, efectele acțiunii pauliene sunt relative, admiterea ei profitând *exclusiv* creditorului reclamant care a promovat-o. Actul atacat devine inopozabil numai față de acest creditor, care va putea urmări și executa valoarea patrimonială transmisă de debitorul său terțului dobânditor, ca și cum acea valoare n-ar fi ieșit din patrimoniul debitorului. Față de ceilalți creditori, care nu au promovat acțiunea pauliană și nu au facut nici cerere de intervenție în procesul pornit de creditorul reclamant, actul își păstrează eficacitatea și bunul înstrăinat de debitor rămâne în patrimoniul terțului dobânditor.

⁴² Prin evicțiune se înțelege pierderea, în tot sau în parte, de către dobânditorul unui bun a dreptului de proprietate asupra acelui bun, ca urmare a valorificării de către înstrăinător sau de o terță persoană a unui drept ce exclude, în totul sau în parte, dreptul dobânditorului asupra aceluiași bun.

⁴³ Acțiunea în regres reprezintă o varietate a acțiunii civile prin care o persoană care a plătit pentru altul sau pentru alții (în virtutea unei obligații legale sau convenționale, ori din inițiativă proprie) poate reclama în justiție obligarea celui sau celor pentru care a plătit la restituirea plății facute pe seama lor, fie subrogându-se în drepturile creditorului plătit (caz în care beneficiază de garanțiile acestuia), fie invocând raporturi juridice directe (generate de mandat, gestiunea de afaceri, îmbogățirea fără justă cauză) pentru a putea obține alături de suma achitată creditorului și daunele interese aferente (concretizate în dobânzi, alte cheltuieli etc.).

COMPARAȚIE ÎNTRE ACȚIUNEA ÎN SIMULAȚIE ȘI ACȚIUNEA REVOCATORIE

Orice comparație presupune evidențierea asemănărilor și deosebirilor între categoriile supuse acestei operațiuni intelectuale.

Astfel, în materia simulației și acțiunii pauliene, ambele fac parte din categoria mijloacelor juridice la care pot recurge creditorii chirografari pentru a-și asigura posibilitatea realizării drepturilor de creanță⁴⁴, potrivit art. 1718 C.civ. Acțiunea pauliană este calificată ca o acțiune în inopozabilitate, care asigură *inopozabilitatea față de creditor* a actelor încheiate de debitor în fraudă sa; în același timp, simulația – respectiv actul secret – este *inopozabilă creditorilor* chirografari atunci când ei nu au cunoscut-o, adică sunt terți față de această formă a minciunii juridice.

Ambele acțiuni par să aibă și un caracter conservator asupra bunurilor debitorului. Astfel, prin revocarea actului juridic încheiat de debitor cu terțul dobânditor sau înlăturarea simulației pe calea acțiunii în simulație, creditorul nu face decât să împiedice ieșirea frauduloasă a unui bun din patrimoniul debitorului reîntregindu-și astfel dreptul său de gaj general asupra bunurilor celui din urmă. Un lucru important îl constituie faptul că acțiunea în simulație nu este nici anterioară, nici prealabilă acțiunii pauliene, ci necesară probării unor condiții de admisibilitate ale acesteia din urmă: fraudă creditorilor și complicitatea dintre simulanți.⁴⁵

După cum am observat, principala asemănare dintre cele două operațiuni juridice o constituie, *în principiu*⁴⁶, sancțiunea comună, adică inopozabilitatea față de terții de bună credință a actului juridic încheiat în cadrul simulației, respectiv inopozabilitatea față de creditorii chirografari a actelor încheiate de debitor cu terțul dobânditor în defavoarea primilor.

În realitate, între cele două acțiuni există și importante deosebiri, ele având o structură diferită, regimuri juridice distincte sau însăși scopul urmărit prin exercitarea sau promovarea lor poate fi diferit. Dintre aceste deosebiri, enumerăm următoarele:

a) Acțiunea în simulație vizează un act juridic neadevărat, mincinos în tot sau în parte, pe când acțiunea pauliană tinde la revocarea unui act juridic real, dar încheiat în fraudă creditorilor săi, adică în scopul creării sau măririi stării sale de insovabilitate.

Astfel, acțiunea pauliană are ca finalitate imediată inopozabilitatea actului juridic real, dar fraudulos, încheiat de debitorul reclamantului cu un terț, pentru ca apoi creditorul să-și poată realiza creanța; prin acțiunea în simulație se urmărește înlăturarea unui act aparent și restabilirea situației juridice adevărate dintre părțile actului real.

b) Acțiunea pauliană aparține exclusiv creditorilor părții contractante, care prin actul atacat sau însărcinat ori au fost puși în situația de a nu-și mai putea realiza creanțele; în schimb, acțiunea în simulație poate fi exercitată de o sferă mult mai largă de persoane, adică de toți cei care pot justifica un interes, cum sunt: părțile simulației, succesorii universali ori cu titlu universal ai părților, succesorii cu titlu particular, creditorii părților și chiar reprezentanții fiscalului.

Această deosebire evidențiază numărul mai mare de persoane care pot introduce acțiunea în simulație, ele netrebuind decât să justifice un interes pentru ca acțiunea să poată fi admisă. Astfel, dacă acțiunea pauliană poate fi introdusă doar de creditorii, pe baza unei convenții directe între creditor și debitor care are la bază o datorie expresă a acestuia din urmă, acțiunea în simulație poate fi introdusă chiar și de un succesori al simulantului, dacă acesta justifică un interes sau chiar de fisc dacă acesta are datorii către stat.

c) Pentru admiterea acțiunii pauliene este necesară dovada fraudei debitorului, precum și a complicității terțului care a contractat cu acesta, dacă actul atacat este cu titlu oneros; reaua-crența

⁴⁴ A se vedea Liviu Pop, op. cit., p. 412.

⁴⁵ A se vedea Flavius Baias, op.cit., p. 225-226.

⁴⁶ În cazul simulației, ea mai poate avea ca sancțiune și nulitatea absolută atunci când prin ea are loc fraudarea legii sau este imorală.

trebuie să fie deci prezentă, în aceste situații, în ce privește ambele părți contractante ale actului fraudulos. Dimpotrivă, admiterea acțiunii în simulație nu depinde de existența și dovada fraudei imputabile vreuneia dintre părțile simulației.

Diferența are importanță în administrarea probelor. Frauda pauliană, fiind mai greu de dovedit, poate fi „acoperită” de dovada simulației. Astfel, dacă reclamantul poate proba mai ușor că debitorul a simulat un act juridic prin care și-a scos din patrimoniu un bun (fără a primi echivalent), poate cere inopozabilitatea acestuia, urmând a nu mai fi nevoit să probeze și reaua-credință a debitorului, respectiv a terțului dobânditor ca în cazul acțiunii pauliene.

d) Acțiunea pauliană poate fi introdusă, în principiu, doar de creditorii anteriori, adică de aceia ale căror creanțe s-au născut împotriva debitorului înainte de încheierea actului atacat. Acțiunea în simulație aparține deopotrivă creditorilor anteriori și celor posteriori ai părților simulației. Asta pentru că, în momentul obligării, debitorul va răspunde cu toate bunurile sale prezente și viitoare față de creditorul chirografar, acesta din urmă având asupra lor un drept de gaj general, conform art. 1718 C.civ.

e) Pentru admiterea acțiunii pauliene, creditorul reclamant trebuie să dovedească insolvabilitatea debitorului și prejudiciul care i-a fost cauzat. În ipoteza acțiunii în simulație, reclamantul trebuie să dovedească numai faptul că are un anumit interes de a înlătura aparența actului mincinos, chiar dacă acesta nu constă în cauzarea unui prejudiciu prin operația simulației.

f) Acțiunea pauliană poate fi admisă și împotriva subdobânditorului cu titlu gratuit și de bună-credință; acțiunea în simulație nu produce efecte niciodată cu privire la sub-dobânditorul de bună credință, indiferent că a dobândit cu titlu oneros sau cu titlu gratuit. Așadar, acțiunea pauliană, având la bază o creanță certă, lichidă și exigibilă poate fi introdusă și împotriva subdobânditorului cu titlu gratuit și de bună-credință, pe când acțiunea în simulație nu poate avea niciun efect asupra acestuia.

g) Acțiunea pauliană este prescriptibilă în termenul general de prescripție, ceea ce se explică prin faptul că prin ea se urmărește întodeauna, în ultimă instanță, realizarea unui drept de creanță; după cum am văzut, este o acțiune personală. Acțiunea în simulație este o acțiune în constatare și, prin urmare, imprescriptibilă, deoarece aparența în drept poate fi înlăturată oricând, cu condiția să se dovedească un interes al reclamantului, deoarece: *pas d'interet, pas d'action*.⁴⁷

Natura diferită a celor două acțiuni rezultă și din împrejurarea că pot fi introduse concomitent prin una și aceeași cerere de chemare în judecată⁴⁸. Se cunoaște că pentru admiterea acțiunii pauliene, dacă actul atacat este cu titlu gratuit, reclamantul nu trebuie să dovedească complicitatea terțului la fraudă debitorului. Așa se face că, în cazul simulației, în care actul real, secret, este o donație, deghizată pe față într-o vânzare cumpărare, creditorul reclamant poate avea interes ca, în aceeași cerere de chemare în judecată, să solicite mai întâi declararea simulației, spre a dovedi că este vorba în realitate de un act de însărăcire cu titlu gratuit al debitorului, pentru ca apoi, în următorul capăt de cerere, să solicite ca actul simulat să-i fie inopozabil, fiind în acest fel scutit de a face proba convenției frauduloase dintre debitor și terțul dobânditor al acelei valori patrimoniale, dovadă uneori greu de administrat⁴⁹.

CONCLUZII

Deși, practic, au aceeași sancțiune putând fi folosite separat cu același rezultat, cele două acțiuni pot fi mai eficiente dacă sunt folosite împreună sporind astfel șansele de câștig ale reclamantului.

⁴⁷ A se vedea, Liviu Pop, op.cit., p. 413.

⁴⁸ A se vedea, Flavius A. Baias, op.cit., p. 226

⁴⁹ A se vedea, Liviu Pop, op.cit., p. 412-413.

După cum am văzut, atât acțiunea în simulație cât și acțiunea revocatorie reprezintă două mijloace juridice la care, în principiu⁵⁰, pot recurge creditorii chirografari pentru a-și asigura posibilitatea realizării drepturilor de creanță. Acțiunea pauliană permite acestora revocarea actului juridic fraudulos încheiat de debitor cu terțul dobânditor, iar acțiunea în simulație poate înlătura actul aparent restabilind astfel situația juridică adevărată dintre părți. Am observat astfel ca acțiunea în simulație este de fapt o acțiune în constatare, ceea ce o face imprescriptibilă, dar care, totuși, este inutilă dacă acțiunea care o însoțește s-a prescris; și acțiunea revocatorie își are limitele ei deoarece creditorul nu poate revoca actele debitorului care își plătește o datorie către un terț sau contractează altele noi.

Cele două acțiuni, însă, reprezintă o cale justă și reală pentru oricare creditor chirografar de a-și satisface creanța, în pofida eforturilor ilicite ale debitorului de a se sustrage de la plata acesteia.

Referințe bibliografice

TRATATE, CURSURI UNIVERSITARE, MONOGRAFII

- Flavius A. Baias, Simulația – Studiu de doctrină și jurisprudență, Ed. Rosetti, București, 2003;
- Gabriela Chivu, Simulația în teoria și practica dreptului civil, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 2001;
- Gabriel Boroi, Drept civil – Partea generală, Persoanele, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- Liviu Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. I. Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- C.Stătescu, C. Bârsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. All, București, 1994;
- P.M. Cosmovici, Drept civil, Drepturi reale- Obligații legislative, Ed. All, București, 1994;

PUBLICAȚII

- C. Stătescu, Aspecte referitoare la relația dintre contraînscris și actul public în cadrul simulației (II), în R.R.D. nr.8/1981.
- M.N. Costin, Acțiunea pauliană (sau revocatorie) în dreptul civil român, S.U.B.B., Jurisprudentia nr.1/1987.
- Constantin Russu, Acțiunea pauliană, Institutul de arte grafice <Eminescu>, București, 1904.

JURISPRUDENȚĂ

- Trib. jud. Suceava, dec. Civ. nr. 940/192, în R.R.D. nr. 7/1983, p.57.
- Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 3009/1973, în Repertoriu 1969-1975, p. 121, pct. 162.

LEGISLAȚIE

- Codul Civil, Ed. Hamangiu, 2009.
- Codul de Procedură Civilă, Ed. Hamangiu, 2010.

⁵⁰ Cu precizarea că acțiunea în simulație poate fi introdusă și de alte categorii de persoane (de ex. succesorii cu titlu particular).

ACTE DE CONSULTANȚĂ ȘI MEDITAȚIILE

Cristina GLEVEȘANU *
Vlad DERSCANU **

Abstract

This article focuses on analyzing problems which arise when trying to establish the commercial act of consulting acts as well as analyzing higher learning systems which function as a franchise. In the area of consulting we will be analyzing: law counseling (following all the aspects of this profession from organizing and becoming a legal counsel to incompatibility cases), financial consulting (getting the necessary qualifications and all the implications involving this activity), PR consulting and so forth. We will try to establish if these activities can be qualified as commercial acts in the conventional sense and if not how these activities can be labeled while analyzing them from the aspect of commercial law. The paper will also focus on tutoring, following all the laws in the area, figuring out if these acts can be qualified as commercial acts as well as comparing this activity to the higher learning system as a franchise. While comparatively analyzing these two activities we will bring to light the many aspects of this practice that is so wide spread in the current European environment. Keeping in mind that there is a lack of studies such as this, we hope to offer a complete and detailed analysis of this topic thus creating the basis for future discussions and interpretations.

Cuvinte cheie: acte de consultanță, meditații, comerciant, faptă de comerț, natură juridică

I. Introducere

În doctrina română au fost date numeroase definiții noțiunii de comerciant. Pornind de la art. 7 C.Com “sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca profesiune obișnuită, și societățile comerciale”.

Așadar, conform Codului Comercial comercianții sunt atât persoanele fizice care exercită în mod obișnuit, cu titlu de profesie, o activitate de comerț, precum și societățile comerciale, indiferent dacă acestea sunt cu capital integral privat, cu capital de stat și privat sau numai cu capital de stat. Potrivit legislației române, sunt comercianți și persoanele fizice, cetățeni români sau cetățeni ai statelor membre UE care desfășoară activități economice pe teritoriul României.

Printre persoanele juridice care au calitatea de comerciant se numără regiile autonome, organizațiile cooperatiste, micii comercianți și grupurile de interes economic numai dacă realizează acte și operațiuni care sunt, potrivit legii, fapte de comerț. În privința statutului și a unităților sale administrativ-teritoriale, precum și asociațiile și fundațiile, se reține că acestea nu dobândesc calitatea de comerciant, însă pot face fapte de comerț.

În lucrările de specialitate¹, s-a afirmat că pentru dobândirea calității de comerciant sunt necesare anumite condiții, precum: a) efectuarea de fapte de comerț obiective ce constituie obiectul unei profesii comerciale; b) exercițiul acestor fapte de comerț trebuie să fie permanent, sistematic, săvârșit cu titlu de profesie, precum și cu intenția (animus) de a dobândi calitatea de comerciant.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (cristina.glevesanu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.Univ.Dr Nemeș Vasile, Preparador Sitaru Dan Alexandru.

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Vasile Nemeș și Asist. univ. drd. Dan-Alexandru Sitaru, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

¹ A se vedea I. Schiau, *Unele considerații privind recente evoluții legislative ale conceptului comerciant persoană-fizică*, în RDC, nr. 9/2003, p. 73

Luându-se în considerare și prevederile din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, se mai au în vedere și alte condiții ce ar trebui să fie îndeplinite alături de cele două condiții enumerate mai sus. Acestea sunt: exercițiul faptelor de comerț trebuie realizat în nume propriu și pe riscul întreprinzătorului²; întreprinzătorul trebuie să se înmatriculeze la Registrul comerțului; persoana fizică trebuie să beneficieze de capacitate de folosință; persoana fizică trebuie să obțină autorizațiile prevăzute de lege pentru funcționare.

O altă problemă ce trebuie avută în vedere este delimitarea calității de comerciant de alte profesii îndeplinite de persoanele fizice. În acest sens se au în vedere meseriașii, cei care exercită profesii liberale și agricultorii.

În cazul meseriașilor, s-a admis că aceștia nu dobândesc calitatea de comerciant, decât prin realizarea condițiilor prevăzute de art. 7 C.Com. În lipsa îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege, aceștia nu devin comercianți, indiferent dacă fac fapte de comerț.

O altă categorie este aceea a celor care exercită profesii liberale. Activitatea desfășurată de aceste persoane se exercită în mod independent punând la dispoziție altor persoane cunoștințele și competența lor. În schimb acestei activități, persoanele ce exercită o atare profesie primesc onorarii. Nu se urmărește obținerea de profit, așadar nu pot fi catalogați drept comercianți. Este cazul medicilor, avocaților, notarilor publici, etc.

În ultimul rând, se au în vedere agricultorii. Conform articolului 5 din Codul Comercial, vânzările produselor pe care proprietarul sau cultivatorul le are pe pământul său ori le-a cultivat nu sunt considerate fapte de comerț. Vânzarea produselor având așadar caracter civil, rezultă că aceștia nu au calitatea de comercianți.

Toate aceste considerații se vor avea în vedere în a explica natura juridică a activităților de consultanță și a meditațiilor în cele ce urmează. Vom avea în vedere în a stabili acestor activități caracterul lor comercial sau civil. În doctrina nu au fost exprimate foarte multe opinii, fie ele contradictorii sau nu, care să pună în evidență dacă cei ce săvârșesc asemenea activități au calitatea de comercianți.

II. Actele de consultanță și meditațiile

1. Activitățile de consultanță

Activitățile de consultanță sunt produsul unei economii moderne în care nevoia de specializare și optimizare a diverselor activități este impetuos necesară pentru a asigura dezvoltarea.

Principalul act de consultanță avut în vedere este cel de consultanță juridică. Acesta se face în general în baza unui contract de consultanță.

Contractul de consultanță juridică presupune că o parte, numită consultant, oferă servicii de consultanță în domeniul stabilit în contract, și anume cel juridic, clientului, în schimbul achitării de către acesta din urmă a unei remunerații denumite onorariu. Din definiție, dar și din art. 3 din Legea nr. 51/1995 (Legea privind statutul avocatului), se observă că serviciile de consultanță oferite de avocat reprezintă o formă a contractului de antrepriză, având la bază elementul esențial, și anume prețul prestației, în acest caz onorariul.

În cazul contractului avocațial, onorariul este prevăzut în contractul încheiat în formă scrisă, el fiind stabilit de părți în limitele prevăzute de lege și de statutul profesiei de avocat. Potrivit art. 132 și 133 din Statutul Avocaților, onorariul se stabilește în mod liber între avocat și client, în funcție de dificultatea, amploarea și durata cazului pe de-o parte, de vechimea consultantului, timpul de lucru necesar, notorietatea cazului, pe de altă parte. Onorariul poate fi fix și poate consta într-o sumă fixă de bani pentru o categorie de servicii profesionale, orar, adică poate fi stabilit în unități monetare pentru fiecare oră de servicii profesionale sau onorariu de succes pentru un rezultat obținut.

² E. Cârcei, *Drept comercial român*, Ed. All Beck, 2000, p. 27

Potrivit art. 89 din Legea nr. 51/1995, actele juridice pot fi acordate în scris sau verbal în domeniile avute în vedere de către client. Acestea privesc: a) redactarea și/sau furnizarea către client, prin orice mijloace, după caz, a opiniilor juridice și informațiilor cu privire la problematica solicitată a fi analizată; b) elaborarea de opinii legale; c) elaborarea proiectelor de acte juridice (contracte, convenții, statute etc.) și asistarea clientului la negocierile referitoare la acestea, etc. Clienții pot fi atât persoane fizice cât și persoane juridice.

Activitatea de consultanță juridică, fiind în principal săvârșită de către avocați, poate fi făcută și în baza unui contract de colaborare. Acesta reprezintă singura legătură între profesia de avocat și comerciant. În doctrină³ s-a făcut precizarea clară că cei care exercită profesii liberale nu au calitatea de comerciant. Ne raliem acestei opinii conform căreia activitatea desfășurată de aceste persoane se exercită în mod independent și constă în punerea la dispoziția celor interesați a cunoștințelor și competenței lor, neurmărindu-se obținerea de profit.⁴

Dacă în domeniul consultanței juridice lucrurile sunt clare, așa cum sunt specificate în statutul avocaților, sunt numeroase alte activități asemănătoare a căror caracterizare necesită o analiză mai atentă.

Să analizăm domeniul PR, o activitate definită în august 1978 în cadrul primei reuniuni a firmelor ce se ocupa cu această activitate care a avut loc în Mexic. Aceștia au definit-o ca fiind “arta și știința socială de care analizează tendințele sociale în diverse domenii prezicând ce consecințe ar avea, sfătuiră liderilor organizațiilor și implementarea unor programe care să aibă un impact pozitiv asupra organizațiilor și a publicului larg.” În esență avem de a face cu profesioniști în comportamentul uman, de exemplu o firmă va angaja acești experți atunci când vor să facă intrarea pe piața cu un produs nou și doresc să știe cum să obțină rezultatele cele mai bune sau poate se dorește înfăptuirea unei fuziuni, pe când implicațiile financiare sunt ușor determinabile, anumite firme se pot întreba care va fi impactul asupra publicului și cum va influența acesta afacerea lor. A nu se confunda această noțiune cu cea a publicității deoarece cele două nu sunt sinonime, campaniile publicitare reprezintă rezultatul analizei făcute de cei din domeniul PR. Putem, după cele enumerate mai sus, să considerăm că cei din acest domeniu sunt comercianți ? Având în vedere noțiunile elementare de economie putem spune că da; aceștia satisfac o nevoie nou apărută aducând un serviciu contra cost. Din punct de vedere al dreptului comercial răspunsul este același, activitatea desfășurată este principala sursă de venit, făcută de către profesioniști cu scopul de a urmări un interes material.

O altă activitate derivată din PR o reprezintă lobbyul. Aceasta se referă la influențarea legitimă a deciziilor politice prin activități de comunicare profesionale realizate care implică experitiza legislativă, tehnici discursive și abilități strategice. Prin lobby se înțelege activitatea unui grup (sau a unei persoane) care încearcă să determine puterea legislativă sau executivă să adopte o poziție sau să ia o decizie care să servească intereselor legitime ale respectivului grup. În plus, prin lobbying factorii decizionali, reprezentanții administrației publice centrale sau locale pot beneficia prin intermediul acestor grupuri de experitiza unor specialiști în diferite domenii.

Dintr-un alt punct de vedere lobbyingul constituie un mecanism prin care se ține legătura dintre alegători și aleșii lor pe durata mandatului acestora. În România este foarte persistentă confuzia între trafic de influență și lobby, mulți oameni considerându-le sinonime pe când, în Statele Unite această activitate este strict reglementată. Agenția guvernamentală de finanțe face distincția între lobbying și advocacy: lobbyingul se referă strict la acțiunea de a-i influența pe responsabili de politicile publice pentru a adopta o poziție în ceea ce privește un anumit segment de legislație, în timp ce advocacy se referă la orice demers pe care o persoană sau o organizație îl ia pentru a influența politicile publice. Printr-o reglementare legislativă recentă, guvernul Statelor Unite definește lobbyul ca fiind: comunicarea orală sau scrisă, adresată oricărei persoane oficiale din

³ S. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial*, Ed. Universul Juridic, București 2009, p. 84

⁴ Se au în vedere, în același sens, și profesiile de medici, notari publici, arhitecți, etc.

ramura executivă sau legislativă, făcută în numele unui client, având următoarele scopuri: formularea, modificarea sau adoptarea unei anumite legislații federale, negocieri, premieri, împrumuturi cu scopul executării unui program sau a unei politici federale, nominalizarea sau confirmarea unei persoane într-o poziție care necesită confirmarea de către Senat. Astfel observăm apariția unei noi nevoi care este satisfăcută de către comercianți prin oferirea unui serviciu profesionist, desfășurat într-un cadru legal de unde putem trage concluzia că cei care desfășoară asemenea activități au calitatea de comercianți.

Un alt tip de consultanță este cea prezentă în management și în domeniul financiar care își propune să optimizeze resursele organizațiilor din sectorul public și privat pentru a le îmbunătăți eficiența proceselor, selecția profesioniștilor, dezvoltarea resurselor umane și tehnologice în funcție cu nevoile economice curente pentru a mări profiturile. Această activitate este reglementată de Federația Europeană a Asociațiilor de Consultanță care stabilește domeniile în care se oferă consultanță precum și cerințele necesare pentru a deveni un profesionist în această meserie; spre exemplu, singurul certificat recunoscut este CMC (Certified Management Consultant) care se poate obține de la ICMCI (International Council of Management Consulting Institutes) utilizat în peste 45 de țări. Acesta este încă un domeniu în care participanții pot fi definiți ca fiind comercianți din punct de vedere al dreptului comercial îndeplinind toate regulile necesare și având în vedere că la nivelul anului 2007 piața de consultanță în România era estimată ca fiind la 350 de milioane de euro, putem spune că este un domeniu aflat în continuă evoluție.

Și activitățile de consultanță în domeniul vestimentar constituie unul dintre tipurile de consultanță avute în vedere. Așadar, persoanele care doresc să practice asemenea activități sunt c temeinic specializate în domeniul modei. Așa numiții stilști oferă sfaturi persoanelor interesate, în special persoanelor publice (politicieni, cântăreți, prezentatori TV sau alte asemenea persoane), în schimbul cărora primesc o anumită sumă de bani. Se pune problema în acest caz, dacă suma de bani primită poate considerată ca fiind o remunerație sau un profit. Considerăm, în acest sens, ca aceștia săvârșesc fapte de comerț prin folosirea repetată a îndeletnicirii și a cunoștințelor lor în domeniul modei cu scopul obținerii de profit. Catalogăm suma de bani primită ca fiind profit datorită necesității stilștilor de a învești în mod continuu în vederea dezvoltării activității lor. Avem aici în vedere folosirea unei părți sau a întregului profit pentru achiziționarea unor vestimentații în vederea revânzării lor către clienți, în timp ce oferă și sfaturi de modă. Totodată, aceștia pot folosi profitul pentru a participa la diferite cursuri sau conferințe în vederea menținerii în pas cu evoluția modei. În concluzie, persoanele care săvârșesc acte de consultanță în domeniul vestimentar sunt catalogați drept comercianți. Analizând cu atenție, aceștia se pot constitui fie în societăți comerciale având ca obiect de activitate prestări de servicii, fie ca persoane fizice autorizate, în ambele cazuri existând obligația de a se înregistra la Registrul comerțului conform Legii nr. 26/1990.

Edgar Henry Schein⁵ spunea că a da consultanță înseamnă "un set de activități ale consultantului care ajută clientul să perceapă, să înțeleagă și să acționeze în contextul desfășurării evenimentelor care au loc în mediul său". Ținând cont de această definiție, putem vorbi astfel și despre un tip de consultanță IT în domeniul informatic. Pentru a ține pasul cu dinamica, exigențele și complexitatea mereu în creștere a mediului de afaceri este nevoie de calculatoare, internet, soft-uri și alte soluții informatice.

Pentru o mai bună înțelegere facem precizarea ca acest tip de consultanță presupune, pe lângă altele, una din următoarele activități: consultanță IT privind implementarea unui sistem-cadru de securitate solid, consultanță IT a managementului informației, standardizarea procedurilor de backup

⁵ Edgar Schein Henry (născut 1928), un fost profesor la MIT Sloan School of Management, a făcut un semn notabil pe domeniul de dezvoltare organizațională în multe domenii, inclusiv dezvoltarea carierei, procesul de consultare de grup, și cultură organizațională. El este, în general, creditat cu inventarea termenul de "cultură corporatistă".

al informației, acordarea de asistentă în angajarea personalului IT, consultanță IT pentru implementarea de sisteme de protecție împotriva acțiunilor de spamming și viruși.

Există numeroase societăți care au ca obiect de activitate acest tip de consultanță. Totodată, persoanele fizice pot face acte de consultant IT sub forma unui PFA. În acest sens, se reține că persoanele fizice sau juridice care oferă asemenea servicii au calitatea de comerciant și sunt supuși drepturilor și obligațiilor conform legii.

În cadrul modelului pieței de asigurări în care se dorește ca ponderea principală s-o dețină asigurarea benevolă, brokerii de asigurare sunt mențiți să joace rolul principal. Mecanism de dezvoltare a unei asemenea pieți trebuie să fie concurența pentru noi grupuri de consumatori, ce trebuie incluși în relațiile de asigurare ținându-se cont de interesele lor. Activitatea brokerilor este „locomotivă” acestei concurențe și mijloc de garantare a respectării intereselor asiguraților și asiguraților, existența brokerilor de asigurare fiind un atribut indispensabil al unei piețe civilizate de asigurări. Odată cu adoptarea Legii cu privire la asigurări nr.407-XVI din 21.12.2006, a fost reglementată și activitatea brokerilor de asigurare.

Regimul juridic al consultanței de brokeraj de asigurări ține de dreptul comercial. Așadar, persoanele (fizice sau juridice) care oferă asemenea consultanță sunt considerați a îndeplini condițiile dobândirii calității de comerciant. Ca și în cazul actelor de consultanță din domeniul informatic și de programare, cea de brokeraj de asigurări poate fi făcută atât de o societate comercială cât și de persoanele fizice autorizate în acest sens.

2. Meditațiile

Activitatea de meditație presupune folosirea cunoștințelor de către o persoană care are la bază o pregătire temeinică într-un anumit domeniu, persoană care împărtășește aceste cunoștințe altora, în vederea unei pregătiri profesionale, în schimbul cărora primește o remunerație. Activitatea de meditație poate fi și cu titlu gratuit în cadrul instituțiilor de învățământ în afara orelor de curs.

Meditatori sunt în principiu învățătorii și profesorii, atât cei din învățământ mediu cât și învățământ superior. Aceștia au calificare în orice domeniu (matematică, fizică, chimie, artă, domeniu juridic, arhitectură, medicină, etc.).

Ne vom axa în continuare pe acel tip de meditație care presupune o remunerație și, dacă cel care săvârșește o asemenea activitate îndeplinește sau nu condițiile unei fapte de comerț sau pentru a dobândi calitatea de comerciant.

În literatura juridică⁶, s-a constatat că meditațiile nu sunt săvârșite de către un comerciant. În primul rând, trebuie analizat dacă faptele săvârșite de aceștia au natură comercială. În baza art. 3 și a art. 4 C. Com., se ajunge la concluzia că nu sunt de natură comercială, neputând fi încadrate în niciuna dintre faptele de comerț prevăzute de lege. Art. 4 C. Com prevede că *“se socotesc, afară de acestea (faptele enumerate de art. 3), ca fapte de comerț, celelalte contracte și obligațiuni ale unui comerciant, dacă nu sunt de natura civilă, sau dacă contrariul nu rezultă din însuși actul”*. Se poate spune deci, că acel învățător sau profesor care oferă meditații elevilor sau studenților săi nu are calitatea de comerciant și nici nu săvârșește fapte de comerț.

Un alt argument pentru a se demonstra nedobândirea calității de comerciant de către învățător sau profesor poate fi și acela că aceasta activitatea nu este singura din care să își câștige existența în majoritatea cazurilor. Totodată, ca persoane fizice, nu au comerțul ca profesiune obișnuită⁷ și nici nu urmăresc obținerea de profit. Remunerațiile obținute sunt folosite în vederea asigurării nivelului de trai și nu sunt reinvestite în dezvoltarea activității de meditație.

În privința remunerațiilor obținute se face mențiunea ca acestea nu sunt impozabile. Această problemă este din ce în ce mai discutată în ultima perioadă. S-au făcut propuneri în acest sens pentru legiferarea profesiei de mediator, însă această situație mai are mult până a fi rezolvată datorită

⁶ S. Cârpenaru, *op. cit.*

⁷ A se vedea în acest sens, art. 7 C. Com: *“Sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca profesiune obișnuită, și societățile comerciale”*.

opiniilor contrare din domeniu. Însă, membrii comisiei de învățământ au votat recent în unanimitate un amendament, prin care se interzice activitatea de meditare a propriilor elevi pe bani. S-a observat faptul că unii profesori folosesc metode incorecte de notare a elevilor pentru a stimula meditațiile, o activitate aducătoare de bani, explicându-se de ce este necesar amendamentul. A fost subliniat faptul că profesorii vor putea să lucreze suplimentar cu elevii din clasele în care predau, însă condiția este că această activitate să nu fie recompensată financiar.

III. Concluzii

În lumina celor enumerate mai sus, propunem *de lege ferenda* prezența unor reglementări pentru a se stabili mai clar categoriile de comercianți, precum și reglementarea activității de meditare, astfel introducând activitatea în legalitate și evitând practicile evazioniste. Toate acestea trebuie făcute în interesul protejării participanților la viața comercială creând o bază legală pentru desfășurarea activităților sus menționate.

Referințe Bibliografice

- Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial*, Editura Universul Juridic, București 2009.
- Gheorghe Piperea, *Drept comercial*, Editura C.H. BECK București 2008
- Olia-Maria Corsiuc, *Unele considerații privind dobândirea calității de comerciant*, În Revista de Drept Comercial, nr. 7-8/2006, p. 71- 78.
- Olia-Maria Corsiuc, *Considerații teoretice privind comerțianții – subiecte de drept comercial (II)*, în Revista de Drept Comercial, nr. 10/2009, p. 23-38
- Ioan Schiau, *Unele considerații privind recente evoluții legislative ale conceptului comerciant persoană-fizică*, în Revista de Drept Comercial, nr. 9/2003, p. 72-84
- Legea 31/1990 privind societățile comerciale
- Codul Comercial actualizat 2010
- Revista "ARS Assecurationum", din decembrie 2008.
- Ioan Lees, Claudiu Nicolae, Sebastian Spinei, *Noua reglementare privitoare la organizarea și exercitarea profesiei de consilier juridic*, Nr. 3/2004, p. 108-122.
- Octavia Rădulescu, Alex Lazăr, Octavian Rădulescu, *Probleme controversate privind liberalizarea onorariilor avocaților, notarilor publici și executorilor judecătorești*, Nr. 1/2010, p. 51-57.

NATURA RAPORTULUI JURIDIC DINTRE SOCIETATEA COMERCIALĂ ȘI ADMINISTRATORII ACESTEIA. DREPTUL DE A SUBDELEGA

Petru POSTOLACHI *

Abstract

The theme that we have chosen for a more detailed study has aroused our interest by the fact that the manager is the bearer of the collective will which is expressed through his management and representation duties. Through the management of commercial societies we should understand the management of their activities according to the rules of law, in the contract and their own status for obtaining the planned results.

In the study that we have conducted, we wanted to explore more fully the right of an administrator to sub delegate his attributions, including the right to represent the company to a third party. So, in the first chapter, we have outlined the general characteristics of administrators and the nature of the legal relationship between them and the company, continuing in the second chapter with the administrators' rights, looking, in particular, at the conditions of exercising the sub delegation right and also the representation right. We have tried to answer the question: What happens if the alienation of this right of representation is prohibited by the Articles of Incorporation or by decision of the General Assembly? In the last part of the study, we have analyzed the general aspects relating to the liability of administrators and the conditions of liability.

Cuvinte cheie: administrator, raport juridic, reprezentare, subdelegare, răspundere.

1. Noțiuni generale.

1.1 Introducere

Pentru a-și îndeplini rolul său economic, societatea comercială a fost concepută ca un organism autonom, căruia legea i-a conferit personalitate juridică. În doctrină, societatea comercială este definită ca fiind „o grupare de persoane constituită pe baza unui contract de societate și beneficiind de personalitate juridică, în care asociații se înțeleg să pună în comun anumite bunuri, pentru exercitarea unor fapte de comerț, în scopul realizării și împărțirii beneficiilor rezultate”. Condițiile necesare constituirii societăților comerciale și regimul juridic aplicabil funcționării acestora sunt cuprinse în Legea nr. 31/1990 (titlul II și titlul III)¹.

Cât privește funcționarea societăților comerciale, aceasta vizează în principal analiza a doua institutii de maxima importanta, ce stau la baza functionarii societatilor comerciale² : adunarea generală și administrarea societății.

Voința unei societăți comerciale, ca persoană juridică, este determinată de voturile persoanelor care compun această entitate colectivă, iar aceste voturi se exprimă în cadrul adunărilor generale a asociațiilor, respectiv a acționarilor.

Deciziile adoptate de asociații (sau de acționari după caz, în funcție de forma juridică a societății), sunt puse în executare prin intermediul organelor de administrare, altfel spus, voința socială este adusă la îndeplinire prin actele juridice ale organului executiv (de gestiune), care este administratorul sau administratorii societății.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Univ. Dr Nemeș Vasile, Asist. univ. drd. Sitaru Dan Alexandru.

¹ Stanciu D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, Editura ALL Beck, București, 2000, p.147-148

² V. Pătulea, C. Turuianu, *Instituții de drept economic și comercial. Practică juridică*, Editura Continent XXI & Universul, București 1994, p.323

După cum s-a constatat în doctrină, nu este exclus ca, într-un mod practic, administratorii (mai ales în cazul marilor corporații) să elaboreze și să concretizeze ei înșiși „voința colectivă” din perspectiva atribuțiilor lor de organizare a adunărilor generale și a asociațiilor observându-se că atribuțiile ce țin de orientarea economică și de piață a societății au început a fi îndreptate către consiliile de administrație deoarece mediul afacerilor evoluează într-un mod rapid și dinamic. De aceea, este necesar ca la luarea deciziilor privind atribuțiile menționate mai sus să participe cât mai puține persoane pentru a se putea ține pasul cu celeritatea cu care se dezvoltă mediul afacerilor.³

Pornindu-se de la rolul administratorilor în cadrul societăților comerciale, în doctrină⁴ s-a arătat că noțiunea de „voință colectivă” este improprie și în acest sens ar fi mai adecvată sintagma de „interes majoritar”, care devine, în baza legii, interesul societății. Aceasta deoarece, voința colectivă ia naștere în cadrul adunării asociaților și nu reprezintă suma voințelor individuale ori rezultanta lor, ci este consecința unei decizii comune a asociațiilor (fiecare având diferite interese individuale), un compromis al acestora, asociații care reprezintă majoritatea capitalului social (făcând excepție situația în care la voința colectivă trebuie să se ajungă printr-un compromis în ceea ce privește interesele tuturor asociațiilor⁵.

În plan legislativ, această tendință este recunoscută prin prevederile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, care permite acționarilor delegarea unora dintre atribuțiile adunării generale extraordinare administratorilor (mutarea sediului social, schimbarea obiectului de activitate, mărirea capitalului social, reducerea ori reîntregirea sa prin emiterea de noi acțiuni, conversia acțiunilor dintr-o categorie în cealaltă) – art. 114 cu trimitere la art. 113 literele b,c,e,f,l, din Legea nr. 31/1990⁶.

Controlul gestiunii administratorilor se realizează de către asociați, ori în anumite cazuri, de un organ specializat și anume: cenzorii societății.

Trebuie precizat că de la o formă juridică de societate comercială la alta, legea stabilește care sunt organele societății și condițiile de organizare și funcționare, precum și atribuțiile lor.

Cât privește societatea pe acțiuni, există toate cele trei organe: adunarea generală a acționarilor, administratorii, în anumite cazuri consiliul de administrație, precum și cenzorii societății. În cazul societății în nume colectiv, datorită numărului mic al asociaților nu este consacrată o adunare generală propriu-zisă.

Controlul gestiunii curente a administratorului pentru acest tip de societate este asigurat de asociați, nefiind necesari cenzorii ai societății. Ca și în cazul societății pe acțiuni, însă cu unele particularități, societățile cu răspundere limitată prezintă aceleași organe.

Ceea ce trebuie reținut este însă faptul că organele societății au atribuții diferite și în consecință puteri specifice conferite prin lege și ca atare asociații nu pot să convină asupra altor organe ale societății ori să confere unui organ anumite atribuții cu încălcarea prevederilor legale în acest sens.

Raportându-ne la puterile adunării generale puterile adunării generale și organelor de control pe de o parte și cele ale administratorilor pe de altă parte, sub aspectul întinderii lor, locul principal îl ocupă prima categorie de organe menționate (ele pot de exemplu să-l acționeze în răspundere pe administrator ori să-l revoce). Cu toate acestea rolul activ, dinamic în funcționarea propriu-zisă a societății îi revine administratorului care are inițiativa și capacitatea necesară încheierii operațiunilor curente ce fac obiectul de activitate al societății. Așa cum s-a exprimat în doctrină, spre deosebire de adunarea generală care apare în raporturile cu terții ca o „entitate oarecum abstractă”⁷, apare și un

³ Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998, p.3

⁴ S. David, Fl. Baias, *Răspunderea civilă a administratorului societății comerciale*, în R.D.C. nr.8/1992, p.18

⁵ Idem.

⁶ *Limitele delegării exercițiului atribuțiilor adunării generale extraordinare către administratori în cadrul societăților pe acțiuni*, Freddy Gârbaci, în RDC nr.6/2001, p.112-116

⁷ V. Pătulea, C. Turuianu, *Instițuții de drept economic și comercial. Practică jurisdicțională*, Editura Continent XXI & Universul, București 1994, p.325

„pandant operativ reprezentat prin administrator care poartă toată răspunderea conducerii concrete a societății”⁸.

1.2 Noțiunea de administrator.

Potrivit articolului 70 al.1 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, „administratorii pot face toate operațiile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului societății, afară de restricțiile arătate în actul constitutiv”. Pornind de la sfera atribuțiilor administratorului, circumscrisă generic de textul de lege menționat, în doctrină s-a arătat că, în cadrul societății comerciale, administratorul (organele de conducere) este „organul operativ

principal și permanent al societății, elementul cel mai dinamic din structura funcțională și de organizare a societății comerciale”⁹.

Administratorul este purtătorul voinței colective care se exprimă prin atribuțiile sale de administrare și reprezentare. Prin administrarea societăților comerciale trebuie înțeleasă conducerea activității acestora potrivit normelor cuprinse în legi, în contractul și statutul propriu pentru obținerea rezultatelor programate.

Cu privire la administrarea societăților comerciale, Legea nr. 31/1990 cuprinde dispoziții specifice fiecărei forme juridice de societate.

În cazul societății în nume colectiv, gestiunea curentă a acesteia revine unuia sau mai multor administratori. Fiecare administrator are dreptul de a reprezenta societatea, afară de stipulație contrară în actul constitutiv (articolul 75 din Legea nr. 31/1990).

Cât privește societatea în comandită simplă, administrarea societății este asigurată de unul sau mai mulți asociați comandați (articolul 88 din Legea nr. 31/1990). În cazul societății în comandită pe acțiuni, administrarea societății este încredințată unuia sau mai multor asociați comandați (articolul 183 din Legea nr. 31/1990). În societatea cu răspundere limitată, administrarea societății revine unuia din sau mai multor administratori.

În privința societății pe acțiuni, gestiunea societății este asigurată de unul sau mai mulți administratori. Atunci când avem de-a face cu mai mulți administratori, ei constituie un consiliu de administrație. Administratorul unic beneficiază de plenitudinea atribuțiilor în vederea realizării obiectului de activitate a societății (inclusiv pe aceea de reprezentare).

În cazul pluralității de administratori, gestiunea societății pe acțiuni poate fi asigurată prin următoarele sisteme:

- consiliu de administrație
- consiliu de administrație și comitet de direcție
- consiliu de administrație și directori executivi.

Consiliul de administrație este un organ colegial, condus de un președinte ales de către administratorii care formează consiliul de administrație. Acest președinte poate fi și director general sau director al societății (articolul 140, aliniatul 2 din Legea nr. 31/1990).

Pentru o mai bună funcționare, consiliul de administrație poate fi organizat pe responsabilități între administratori. Consilii de administrație se pot constitui și în cazul societăților cu răspundere limitată.

Comitetul de direcție este un organ colegial restrâns, căruia i-au fost delegate o parte din puterile consiliului de administrație, fiind format din membrii aleși dintre administratori. Delegarea atribuțiilor către consiliul de direcție de către consiliul de administrație este facultativă. Conducerea comitetului de direcție este asigurată de directorul general sau directorul societății. Funcția comitetului de direcție este aceea de a asigura operativitate în gestiunea societății, întrunindu-se cel puțin o dată pe săptămână în vreme ce ședințele consiliului de administrație se țin cel puțin o dată pe lună.

⁸ idem.

⁹ Corina Popovici, *Răspunderea administratorilor societăților comerciale*, în RDC nr. 7-8/2002, p.179

Directorii executivi sunt funcționari ai societății și sunt numiți de către consiliul de administrație, dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel (articolul 141 din Legea nr.31/1990). Directorii executivi sunt funcționari de specialitate, cu puteri de decizie cum ar fi: contabil șef, director economic, director de comerț, director tehnic. Ei nu pot avea calități de membrii în consiliul de administrație și nici în comitetul de direcție.

Raporturile dintre directorii executivi și societatea comercială au la bază contractul de muncă. Uneori între consiliul de administrație și directorii executivi se intercalează și un director general executiv (general manager)¹⁰.

În raport cu consiliul de administrație, directorii executivi au rolul activ, dinamic în gestiunea curentă a societății, în vreme ce organului colegial menționat îi revine doar un rol de supraveghere și control al directorilor executivi.

Având în vedere toate formele de societate, în conformitate cu prevederile Legii nr. 31/1990 putem conchide că gestiunea societății este asigurată de unul sau mai mulți administratori.

Cu toate acestea în cazul pluralității de administratori, legea face anumite precizări: în cazul societății în nume colectiv, societății în comandită simplă și societății cu răspundere limitată, pluralitatea administratorilor nu este organizată; în cazul societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni, pluralitatea administratorilor este organizată (obligatoriu prin prevederile legii) în organele colegiale de administrare menționate anterior : consiliul de administrație și comitetul de direcție.

1.3 Natura raportului juridic dintre societatea comercială și administrator.

Chestiunea naturii juridice a raporturilor dintre administrator și societatea comercială este controversată având în vedere complexitatea funcției administratorului pe de o parte, iar pe de altă parte faptul că determinarea naturii juridice a raporturilor menționate implică consecințe majore în privința atribuțiilor administratorului și a răspunderii juridice a acestuia.

Analizând printr-o perspectivă „istorică” și având în vedere evoluția doctrinei și jurisprudenței (naționale sau străine), se constată faptul că, în legătură cu natura juridică a raporturilor dintre administratori și societatea comercială, au fost consacrate mai multe teze ori teorii. Astfel s-a plecat de la poziția teoretică potrivit căreia gerantul¹¹ este un simplu mandatar al societății, ajungându-se la ideea că administratorul este un organ al acesteia, un reprezentant legal. Implicațiile majore, imediate ale adoptării unei sau alteia din tezele amintite vizează calificarea răspunderii juridice a administratorului ca fiind contractuală, respectiv delictuală.

Teoria mandatului se circumscrie doctrinei și jurisprudenței secolului al XIX-lea și a începutului secolului al XX-lea, reprezentând concepția clasică a dreptului comercial potrivit căreia administratorul este un mandatar al societății, altfel spus raporturile dintre administrator și societate au fost considerate ca raporturi izvorâte dintr-un contract de mandat comun¹². De altfel și legislația avea texte exprese care supuneau pe administratori regimului juridic al mandatului în privința drepturilor și îndatoririlor acestora. Astfel, art.122 din Codul comercial român (text în prezent abrogat expres) prevedea că „societatea se administrează de către unul sau mai mulți mandatar revocabili”, iar art. 123 (de asemenea abrogat expres) sublinia că administratorii „răspund de executarea mandatului lor”.

Dezvoltarea vieții comerciale și implicit evoluția doctrinei de drept comercial au impus punerea în discuție a teoriei mandatului care înregistrează o serie de neajunsuri. Ca atare, nu se poate ști cu exactitate pe cine reprezintă mandatarul: pe asociați (care îl desemnează în baza unei decizii a adunării generale), ori societatea (în numele și pe seama căreia administratorul încheie actele

¹⁰ Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998, p.6

¹¹ Noțiunea de „gerant” a fost folosită în sens larg ; ea prezintă și un sens restrâns desemnându-l pe administratorul fără putere de reprezentare (vezi spre exemplu , S.David, Fl. Baias, p.18-19)

¹² D. D. Gerota , *Curs de societăți comerciale* , București 1928, p.85-86

juridice). În consecință, în cazul săvârșirii de către administrator în timpul exercițiului funcțiunii a unui delict civil, se va angaja răspunderea societății ca fiind aceea a comitentului pentru prepus ori răspunderea pentru fapta proprie? Apoi, cum se justifică, prin prisma noțiunii de mandat faptul că administratorii au o serie de atribuții de care asociații nu beneficiază (facultatea de a angaja societatea prin actele lor, aptitudinea de a sta în justiție în numele societății)¹³.

Ca răspuns la criticile aduse teoriei mandatului a apărut și s-a dezvoltat *teoria reprezentării legale* sau *teza organicistă* în virtutea căreia administratorul apare ca fiind purtătorul voinței colective a asociațiilor în exercitarea atribuțiilor sale. Astfel, raportul dintre administrator și societate nu ar mai fi unul de mandat de drept comun, ci un mandat cu conținut legal, asemănător cel al tutorului¹⁴.

Sub influența curentului organicist, unii autori au apreciat că administratorii nu sunt subiecte de drept distincte de societate ci sunt parte integrantă a acesteia; altfel spus reprezintă un organ prin care societatea își desfășoară activitatea. Practica judiciară din prima jumătate a secolului al XX-lea nu a făcut în genere nici ea excepție de la teoria organicistă arătând că: „administratorul sau administratorii societății sunt organe esențiale pentru funcționarea societății” ori „administratorul nu este un procurator ci organul însuși prin care societatea participă la viața juridică”¹⁵.

Și teoria analizată (deși satisfăcătoare în mare parte) nu a fost lipsită de critici moderate, indirecte. Astfel, s-a arătat că, noțiunea de „organ al societății” este relativă având în vedere faptul că administratorul nu contribuie efectiv la formarea voinței sociale ci la executarea acesteia. Cu toate acestea, s-a observat că, în anumite situații, administratorii societăților mari elaborează ei înșiși „voința colectivă”, care devine a societății, dar totuși ar fi imprudent, apreciem noi, să afirmăm în sens strict acest lucru și ca atare, în cazurile menționate „administratorul imprimă voinței colective (fără a i se substitui) o pronunțată tentă personală”¹⁶.

Atât teza mandatului cât și cea organicistă se pun în acord cât privește existența puterii de reprezentare, ca atribuție fundamentală și exclusivă a administratorului; nu se poate imagina o ipoteză în care adunarea generală să reprezinte societatea. Ceea ce deosebește în mod esențial cele două teorii, are în vedere fundamentarea ori izvorul puterii de reprezentare: mandatul de drept comun, respectiv legea.

O soluție ingenioasă – care reușește să înlăture neajunsurile celor două curente analizate, pe de o parte, iar pe altă parte să îmbine avantajele lor – a fost găsită în doctrina franceză prin instituirea noțiunii de „*mandat social*”, noțiune care nu se integrează în tiparele mandatului de drept comun¹⁷.

În afară de cele două ipoteze menționate (cea a mandatului și a reprezentării legale), în literatura de specialitate națională au fost formulate și alte opinii care însă au rămas izolate. Astfel, unii autori, având în vedere faptul că administratorul desfășoară o activitate constantă, permanentă pentru societate și pentru care sunt retribuiți, au apreciat că raportul juridic dintre administrator și societate s-ar baza pe un contract de muncă¹⁸. Această idee are în vedere faptul că funcția administratorului implică săvârșirea de acte materiale (specifică contractului de muncă), însă neglijează faptul că, în exercitarea atribuțiilor de gestiune, ponderea revine actelor juridice.

În fine, alți autori consacră teza că administratorul este deținătorul unei funcții sau oficiu de drept privat, ale cărui îndatoriri sunt stabilite de lege și actele constitutive ale societății în care rolul

¹³ S. David, Fl. Baias, în Dreptul nr. 8/1992, p.16

¹⁴ Stanciu D. Cărpenaru, *Drept comercial român*, Editura ALL Beck, București, 2000, p.219

¹⁵ Cas. III, decizia nr. 1602/1935; Cas. III, decizia nr. 117/1940, citate de S. David, Fl. Baias, p.17

¹⁶ Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998, p.4

¹⁷ Claudia Roșu, *op. cit.*, în RDC nr. 10/2002, p.162

¹⁸ S. Beligrădeanu, *Derogări de la dreptul comun al muncii cuprinse în Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale*, în Dreptul nr. 9-12/1990, p.34-35

principal îi revine legii¹⁹. Deși această opinie susține rolul primordial al legii în determinarea sferei atribuțiilor administratorului, ea estompează rolul voinței asociațiilor.

În actualul cadru legislativ din țara noastră, natura raportului juridic dintre societate și administrator este conturată de prevederile Legii nr.31/1990. Astfel, potrivit art. 72 din lege „obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și cele special prevăzute în această lege”.

La o primă lectură a textului de lege menționat, rezultă că natura juridică a funcției administratorului se întemeiază pe un contract de mandat. Acest mandat, după cum vom vedea, prezintă o serie de particularități. Ca atare, societatea comercială are, în condițiile art.7 Cod comercial, calitatea de comerciant pe care o dobândește din momentul constituirii ei, iar actele juridice pe care le încheie administratorul pentru societate sunt fapte de comerț. Plecând de la aceste caracteristici, s-a arătat că avem de-a face în contextul analizat cu raporturi de mandat comercial și nu de mandat civil, deoarece parte în contractul de mandat este societatea comercială²⁰.

La rândul său acest mandat comercial nu este unul obișnuit, deoarece pe lângă izvorul contractual el mai are și unul legal. Izvorul contractual este preponderent deoarece administratorul este desemnat prin contractul de societate ori prin hotărârea adunării asociațiilor. Acceptând numirea, administratorul intră în raporturi juridice de mandat cu societatea comercială; consimțământul administratorului se poate manifesta uneori tacit prin simpla acceptare a mandatului în conformitate cu prevederile art. 376 Cod comercial, conform căruia, mandatarul se consideră că a acceptat mandatul dacă nu și-a exprimat expres refuzul. Conținutul contractual al mandatului dat administratorului rezultă și din prevederile art.134 al.1 al Legii nr. 31/1990 care arată că administratorul este revocabil, deci ca pentru orice mandatar, împuternicirea dată de mandant poate fi oricând retrasă. Administratorilor, în calitate de mandatar ai societății, li se aplică atât normele generale ale mandatului de drept comun, cât și ale mandatului comercial²¹ și ca atare se va avea în vedere aplicarea, în principal, a normelor juridice corespunzătoare art.374 la 391 din Codul comercial român și în subsidiar a celor cuprinse de art. 1532-1559 din Codul civil român.

Mandatul dat administratorilor nu poate fi considerat ca având un conținut exclusiv contractual deoarece, în conformitate cu prevederile art.72 din Legea nr. 31/1990 se reține și natura legală a funcției administratorului. Prin urmare, spre deosebire de regulile specifice dreptului comun în ceea ce privește mandatul, în cadrul dreptului comercial societățile nu au aceiași libertate în a stabili limitele mandatului. Aceasta este îngrădită, conform prevederilor legale în materie.²²

În doctrină, unii autori au interpretat prevederile art. 72 din legea menționată având în vedere rolul administratorului în cadrul societății comerciale. Astfel, s-a arătat că, societatea comercială își desfășoară activitatea „ca rezultat al întâlnirii dintre două puteri : puterea de decizie și puterea de reprezentare”²³, ceea ce implică calificarea administratorului drept un „reprezentant legal, un organ al acesteia”²⁴. De fapt, autorii menționați, încearcă o reconsiderare a teoriei organiciste bazată pe ideea de „mandat legal” respingând în totalitate noțiunea de mandat și încercând să arate că, în realitate, nu există un contract de mandat între societate (ori asociați) și administrator. Ca atare, asociații, constituiți ca adunare generală ori luați individual, nu pot fi parte în contractul de mandat deoarece, pe de o parte, adunarea generală nu este subiect de drept, iar pe de altă parte, a considera că fiecare asociat încheie un act juridic cu administratorul distruge ideea de voință colectivă. Potrivit opiniei în discuție, nici societatea nu poate fi parte în contractul de mandat, deoarece administratorul nou numit

¹⁹ S. D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Editura Universul Juridic, București 2009, p.260

²⁰ S. Cârpenaru, *Administrarea societăților comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990*, în RDC nr. 3/1993, p.33

²¹ R. Petrescu, *Drept comercial român*, Edit. Oscar Print, București, 1998, p.132

²² Claudia Roșu, *Natura juridică a raporturilor dintre administrator și societatea comercială*, în RDC nr.4/2001, p.83

²³ S. David, Fl. Baias, în *Dreptul nr. 8/1992*, p.17

²⁴ idem, p.19

nu încheie nici un act juridic cu vechii administratori, nici anterior, nici ulterior numirii sale, ci el pur și simplu înlocuiește un nou administrator sau se adaugă celor deja existenți.

În fine, aceeași autori concluzionează că, indiferent dacă puterile de gerare sunt conferite administratorului de adunarea generală a asociațiilor ori de contractul de societate, acestea se realizează în baza unor prevederi legale care stabilesc modul de acordare a acestor puteri²⁵, deci avem de-a face cu un raport strict de reprezentare legală.

În ceea ce ne privește, teza amintită poate fi luată în considerare având în vedere perspectivele pe care le deschide în determinarea rolului administratorului în cadrul organelor de conducere ale societăților comerciale. Totuși, dincolo de avantajele pe care le aduce, o asemenea opinie este susceptibilă de a înregistra și o serie de neajunsuri. Astfel, ea tinde să ducă la o confuziune absolută în persoana administratorului a puterii decizionale cu cea execuțională, ori după cum am mai arătat, cel mult, gerantul influențează voința socială, *din punct de vedere juridic* el neputând s-o elaboreze.

Desigur, dacă administratorul este și asociat, el participă la formarea voinței sociale în calitate de asociat și nu de administrator. Așadar rolul gerantului se limitează doar la punerea în executare a voinței asociațiilor.

După cum s-a arătat în doctrină²⁶, în cazul societăților comerciale moderne și mai ales cele care au număr mare de asociați, puterea de decizie se concentrează în mâinile administratorilor, asociații nefăcând altceva decât să aprobe mecanic propunerile geranților profesioniști. În această situație, puterea de decizie aparține administratorilor numai *de facto* nu și *de jure*, altfel spus, *în plan juridic, ca realitate juridică*, și în acest caz, voința socială apare ca emanând de la asociați, respectiv de la adunarea generală.

În ceea ce ne privește, având în vedere argumentele menționate, ne raliem opiniei potrivit căreia *mandatul administratorului are o dublă natură: contractuală și legală*. În afară de justificările prezentate anterior se mai impun o serie de precizări. În primul rând, raportul de mandat comercial îl implică pe cel de reprezentare, cu alte cuvinte reprezentarea legală se fundamentează și se concretizează prin prisma noțiunii de mandat. Apoi, indiferent de modul în care am privi lucrurile, puterile administratorilor sunt atribuite printr-o categorie (comercial sau legal), deoarece nu se poate face abstracție de prevederile art.72 din Legea nr. 31/1990.

În legislația franceză, neexistând o prevedere similară cu cea din art. 72 din legea română a societăților comerciale, mandatul administratorilor se limitează doar la o singură categorie, având un conținut doar legal și fiind desemnat prin noțiunea de mandat social²⁷.

În fine, pornind de la prevederile art.7 și 8 din Legea nr.31/1990 privind cărora numai unii dintre administratori reprezintă societatea comercială, în literatura juridică s-a afirmat că mandatul administratorului poate fi cu sau fără reprezentare²⁸.

Administratorul asociat căruia i s-a conferit puterea de reprezentare își desfășoară activitatea în temeiul actului constitutiv; art. 7 și 8 din legea societăților comerciale prevăd că actul constitutiv va cuprinde clauze privitoare la administratorii care reprezintă societatea. Administratorilor aleși de adunarea generală, puterea de a reprezenta societatea le este acordată prin decizia adunării generale ce i-a ales.

În privința administratorilor fără putere de reprezentare, unii autori²⁹ arată că, din punct de vedere al regimului juridic, acesta nu se deosebește în concepția dispozițiilor legii nr.31/1990 de cel al administratorilor cu putere de reprezentare, legea nefăcând nici o distincție cât privește răspunderea administratorilor pentru activitatea lor comună din consiliul de administrație după cum

²⁵ idem, p.19

²⁶ Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998, p.2,3

²⁷ Claudia Roșu, *op. cit.*, în RDC nr.10/2002, p. 162-168

²⁸ S. Cârpenaru, p.220

²⁹ S. David, Fl. Baias, p.20

ei au sau nu puterea de a reprezenta societatea. Mandatul fără reprezentare presupune încheierea de către mandatar a actelor juridice în nume propriu și nu în calitate de reprezentant, pe seama altei persoane, altfel spus există împuternicirea (mandat) dar nu există reprezentare³⁰. Administratorul trebuie să acționeze întotdeauna în numele societății și nu în nume propriu, deoarece în funcția pe care o are trebuie să realizeze interesele societății comerciale care i-a conferit această calitate.

Pentru a înțelege raportul dintre administrator și societate, în situația în care administratorul nu are putere de reprezentare trebuie făcută distincția între calitatea de asociat sau neasociat a administratorilor. După cum știm, administratorii neasociați pot să fie aleși numai la societatea în nume colectiv, societatea cu răspundere limitată și la societatea pe acțiuni; la societățile în comandită (simplă sau pe acțiuni), administratorii pot fi numai dintre asociații comanditați.

Administratorii care nu au calitatea de asociat și cărora nu li s-a conferit puterea de reprezentare, pot fi angajați în temeiul unui contract de muncă. Aceasta i-a îndreptățit pe unii autori să afirme că, în cazul în care administratorul este o persoană care nu are calitatea de asociat, mandatul ce guvernează raportul dintre societate și gerant are la bază un contract de muncă³¹. Alți autori³², deși resping ideea de mandat fără reprezentare, arată că administratorii care nu au calitatea de asociat și care nu beneficiază de puterea de reprezentare, pe lângă contractul de muncă ar putea fi angajați în temeiul unui contract civil de prestări de servicii, respectiv de antrepriză având în vedere faptul că serviciile care pot fi executate pe baza contractului de antrepriză sunt dintre cele mai diverse.

Cât privește administratorii care au calitatea de asociați dar nu li s-a conferit puterea de reprezentare, nu pot acționa în nume propriu deoarece aceasta ar impune concluzia că ei sunt subiecte distincte de drept, deși fac parte din organul societății comerciale, alături de administratorii cu drept de reprezentare. Calitatea de membru al consiliului de administrație este incompatibilă cu aceea de subiect distinct de drepturi și obligații în cadrul societății comerciale³³.

În ceea ce ne privește, concluzionăm că *natura juridică a funcției administratorului nu poate fi disociaată, în actualul cadru normativ, nici de noțiunea de mandat, nici de aceea de reprezentare; avem de-a face însă cu un mandat sui-generis care îmbracă în mare parte forma mandatului comercial și în care se păstrează principiul general din mandatul civil potrivit căruia reprezentarea nu este de esența contractului ci numai de natura sa.*

2. Puterile administratorilor. Condițiile exercitării drepturilor de a subdelega și de reprezentare.

Potrivit art. 70 al. 1 din Legea nr. 31/1990 administratorii pot face toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului societății, afară de restricțiile stabilite în contractul de societate.

Din analiza textului de lege menționat rezultă că puterile administratorului sunt foarte largi³⁴, însă ele nu pot fi considerate ca fiind nelimitate deoarece sunt îngădite de actele constitutive ale societății, de hotărârile adunărilor asociațiilor și de prevederile restrictive ale legii³⁵.

Legea nr. 31/1990 prevede în art. 7 și 8 că prin actele constitutive ale societății, asociații desemnează persoanele care vor administra și reprezenta societatea. În cazul societății în nume colectiv, societății în comandită simplă și societății cu răspundere limitată, dreptul de a reprezenta

³⁰ D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Edit. Lumina Lex, București 1997, p. 270

³¹ S. Cârpenaru, p.220

³² Claudia Roșu, *op. cit.*, în R.D.C. nr.4/2001, p.87

³³ S. David, Fl. Baiaș, p.20

³⁴ A se vedea: S.Cârpenaru, p221

³⁵ E. Munteanu, *op. cit.*, în R.D.C. 4/1997, p.86; a se vedea (pentru dezvoltare) cât privește limitele puterilor administratorilor și efectele depășirii acestora: Gh. Piperea, *op. cit.*, p.99-129

societatea aparține fiecărui administrator, dacă nu există stipulație contrară în actul constitutiv (art. 75, art. 90 și art. 192 al.3 din Legea societăților comerciale). Așadar, legiuitorul face distincție clară între *puterea de administrare* și *cea de reprezentare* ca principale atribuții ale administratorului.

Puterea de administrare se concretizează în actele de conservare, de administrare și de dispoziție pe care administratorul este în drept să le încheie în vederea asigurării gestiunii interne a societății.

Puterea de administrare a societății este distinctă de puterea de reprezentare. Raportul de reprezentare este un raport accesoriu raportului de administrare în care se află administratorul față de societate³⁶. Așadar, indiferent dacă are sau nu și atribuția de reprezentare, gerantul va avea întotdeauna puterea de administrare.

De plano, s-a admis în doctrină că atunci când puterea de administrare este dublată de cea de reprezentare acestea se fundamentează pe un mandat cu reprezentare.

În situația în care există doar puterea de administrare, fundamentarea juridică a acesteia a dat naștere la o serie de controverse. Într-un studiu relativ recent, în doctrină³⁷ s-a arătat că administratorii fără putere de reprezentare nu ar avea calitatea de mandatar pentru că nu încheie acte juridice ale societății ci numai operațiuni materiale de gestiune internă a acesteia. Potrivit aceleiași susțineri, administratorii ordinari își îndeplinesc atribuțiile pe alt temei decât raportul juridic de mandat și anume în temeiul actului constitutiv, al hotărârii adunării generale, al unui contract de administrare sau al unui contract de muncă.

În ceea ce ne privește, ne raliem opiniei arătate cu justificările aferente cu rezerva că nu respingem ideea de mandat ci doar ideea de mandat fără reprezentare. Așa cum am mai arătat când am discutat despre natura juridică a raporturilor dintre administrator și societatea comercială, mandatul încredințat gerantului este unul comercial. Potrivit art. 374 al.1 din Codul comercial, mandatul comercial are ca obiect tratarea de afaceri comerciale pe seama și socoteala mandatarului. Așa cum s-a arătat³⁸ „tratarea de afaceri comerciale” poate însemna nu numai acte juridice ci și fapte juridice și operațiuni materiale. În concluzie mandatul administratorului fără putere de reprezentare este un mandat comercial limitat la fapte materiale de gestiune.

În vederea asigurării răspunderii societății față de terți un administrator trebuie să fie desemnat reprezentant legal al societății. Având dreptul de a exprima voința juridică a societății, reprezentantul legal este acel administrator căruia asociații i-au conferit dreptul de „semnătură socială”.

Prin voința asociaților exprimată inițial în actele constitutive ale societății și ulterior în adunarea generală, mandatul administratorilor poate fi limitat la gestiunea internă a societății sau poate fi investit și cu putere de reprezentare, fiind aplicabil principiul general al contractului de mandat, potrivit căruia reprezentarea nu este de esența mandatului, ci numai de natura sa³⁹.

Dreptul de a reprezenta societatea are în vedere și dreptul de a o reprezenta în justiție. Ca atare, administratorul are dreptul să stea în instanță în calitate de reclamant sau pârât⁴⁰, desigur ca reprezentant al societății.

În toate cazurile, puterea de reprezentare a administratorului trebuie exprimată expres⁴¹. De la această regulă există și o excepție: în cazul societății în nume colectiv, societății în comandită simplă, societății cu răspundere limitată, dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, afară de stipulație contrară în actul constitutiv (art. 75, art. 90 și art. 192 al.3 din Legea nr. 31/1990).

³⁶ Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998, p.84.

³⁷ Claudia Roșu, *op. cit.*, în R.D.C. nr. 4/2001, p.90.

³⁸ Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998, p.85.

³⁹ Fr. Deak, S. Cârpenaru, *Contracte civile și comerciale*, Edit. Lumina Lex, București, 1993, p. 318.

⁴⁰ E. Munteanu, *op. cit.*, în R.D.C. nr. 4/1997, p. 87

⁴¹ S. Cârpenaru, p.222

În cazul societăților de capitaluri (societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni) în actul constitutiv trebuie să se prevadă expres drepturile speciale de reprezentare și de administrare acordate unora dintre ei (art. 8 lit. g din Legea nr. 31/1990). În cazul acestor societăți nu toți administratorii sunt reprezentanții societății, ci numai cei cărora li s-a conferit acest drept.

Principalele atribuții ale administratorului sunt de gerare și de reprezentare a societății comerciale. Administratorul căruia i s-a conferit puterea de reprezentare încheie acte juridice în numele societății, exprimă voința juridică a societății și angajează responsabilitatea juridică a societății față de terți.

Administratorii care au dreptul de a reprezenta societatea nu îl pot transmite decât dacă această facultate li s-a acordat în mod expres (art. 71 din Legea nr. 31/1990). Prin această prevedere se face aplicarea principiului din dreptul comun al mandatului, potrivit căruia mandatarul este în principiu obligat să îndeplinească personal împuternicirea ce i-a fost acordată, dacă prin contract nu i s-a concedat facultatea de a-și substitui o altă persoană⁴².

Posibilitatea administratorului de a transmite dreptul de reprezentare a societății comerciale poate fi prevăzută în actul constitutiv, poate fi stabilită prin hotărârea adunării generale a asociațiilor prin care a fost numit în această funcție sau poate fi acordată printr-o hotărâre ulterioară a asociațiilor.

Administratorul – reprezentant poate ceda altuia numai anumite acte (de exemplu, poate delega juristul să reprezinte societatea în instanță) dar nu poate să confere substituitului dreptul de a face orice act în numele societății. Dreptul de reprezentare nu poate fi cedat în plenitudinea sa pentru că administratorul a fost ales sau numit datorită calităților sale de a realiza conducerea curentă a societății comerciale. Această delegare limitată a fost subliniată în doctrină admițându-se că dreptul general de reprezentare nu poate fi delegat, însă este admisibilă cedarea limitată a acestui drept. În acest caz delegantul va răspunde de fapta delegatului ca de fapta sa proprie și nu poate acorda acestuia drepturi pe care el nu le are.⁴³

În cazul încălcării interdicției de transmitere a dreptului de reprezentare, societatea poate pretinde de la acel substituit beneficiile rezultate din operațiune (art. 71 alin. 2 din Legea nr. 31/1990).

Pentru administrator sancțiunea de a-și substitui fără drept o altă persoană este răspunderea solidară a acestuia cu persoana substituită pentru pagubele aduse societății astfel cum prevede art. 71 alin. 3 din Legea nr. 31/1990.

Legiuitorul nu a prevăzut cine suportă pierderile rezultate din acțiunea substituitului. Societatea nu le poate suporta, deoarece față de ea actul nu este opozabil în virtutea principiului relativității efectelor actelor juridice, potrivit căruia dintr-un act juridic nu se pot naște drepturi și obligații decât în favoarea și respectiv în sarcina părților care au încheiat actul. Pierderile se suportă în solidar de către administratorul care fără drept și-a substituit persoana și de substituitul care a produs pagube societății.

Legea nr. 31/1990 în art. 285 dispune că prevederile ei se completează cu dispozițiile Codului comercial, iar în art. 1 alin. 2 Cod comercial, se arată că acolo unde dispozițiile Codului comercial nu dispune, se aplică Codul civil. Completându-se legea societăților comerciale cu dispozițiile Codului comercial și ale Codului civil, temeiul răspunderii mandatarului – administrator este art. 71 alin. 3 din Legea nr. 31/1990, ale art. 381 Cod comercial care dispune că mandatarul care nu se conformează instrucțiunilor primite de la mandant, răspunde pe ntru prejudiciile cauzate mandantului, și ale art. 1542 Cod civil, care prevede că mandatarul răspunde personal pentru cel care l-a substituit, dacă a făcut această substituție deși nu i s-a acordat acest drept.

⁴² M. Mureșan, *contracte civile speciale*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1999, pag. 86.

⁴³ I. L. Georgescu, *Drept comercial român, Societăți comerciale, vol II*, Editura Socec, București, 1948, pag. 195.

Potrivit art. 1542 Cod civil, mandantul (societatea comercială), prin excepție de la principiul relativității, poate să intenteze acțiunea direct împotriva terței persoane pe care mandatarul și-a substituit-o în îndeplinirea mandatului său. În acest caz, dreptul la acțiune al terțului care este societatea împotriva uneia din părți izvorăște din lege, iar nu din voința părților.⁴⁴

Temeiul răspunderii substituitului este dispoziția din art. 71 alin. 3 din Legea nr. 31/1990 și din art. 1542 alin. 2 Cod civil.

În cazul în care administratorul prin substituirea fără drept a cauzat o fraudă în dauna societății în cazul societăților de persoane și al societății cu răspundere limitată, administratorul va putea fi exclus din societate (art. 217 din Legea nr. 31/1990), iar în societățile de capitaluri va putea fi revocat (art. 111 și art. 184 din Legea nr. 31/1990).

Legea nr. 31/1990 consacră concepția tradițională din dreptul nostru comercial, întemeiată pe instituția mandatului, în ceea ce privește administrarea societăților comerciale. Conform regulilor din materia mandatului, administratorii nu se obligă personal pentru actele încheiate de ei în numele societății cu terții cocontractanți, ci societatea este aceea care se obligă prin efectul încheierii acestor acte, în numele și pe seama sa, de către administratori. Totuși, dacă administratorii îndeplinesc operațiuni ce exced activitățile legale de realizarea obiectului de activitate al societății comerciale, vor fi tratați ca oricare mandatar care a depășit limitele puterilor acordate, iar actele încheiate de ei în asemenea condiții nu angajează societatea. Răspunderea lor pentru prejudiciile cauzate se determină, în astfel de situații, potrivit dreptului comun, atât față de terți, cât și față de societate (art. 1537, 1539 și urm. C.civ.).⁴⁵

3. Răspunderea administratorilor. Condițiile răspunderii. Aspecte generale.

Potrivit art. 72 din Legea nr. 31/1990, obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege. Deci, răspunderea administratorilor este diferită.

Administratorii răspund pentru nerespectarea obligațiilor izvorâte din contractul de mandat. Această răspundere este o răspundere civilă contractuală.

Administratorii răspund și pentru nerespectarea obligațiilor prevăzute în sarcina lor de legea societăților comerciale. Întrucât nerespectarea unei obligații legale poate fi o faptă ilicită civilă ori o infracțiune, răspunderea administratorilor va fi, după caz, o răspundere civilă delictuală sau o răspundere penală.

Răspunderea administratorilor pentru prejudiciile cauzate societății se angajează în condițiile dreptului comun al răspunderii civile.

Deoarece răspunderea administratorilor poate fi contractuală sau delictuală, înseamnă că pentru angajarea răspunderii trebuie îndeplinite condițiile cerute de lege pentru forma răspunderii civile în cauză. Se impun însă unele precizări privind temeiul răspunderii și exonerarea de răspundere a administratorilor.

Temeiul răspunderii, indiferent de forma ei, este culpa administratorului, prezumată sau dovedită după caz.

Conduita administratorului în îndeplinirea obligațiilor trebuie apreciată pe baza dispozițiilor Codului civil. Potrivit art. 1080 Cod civil, diligența ce trebuie să depună administratorul în îndeplinirea obligațiilor impuse de mandatul său este aceea a unui bun administrator. Cu alte cuvinte, administratorul trebuie să asigure o bună gestiune, care să ducă la realizarea obiectului societății.

Potrivit legii, criteriul bunului proprietar se aplică cu mai mare sau mai mică rigoare, în funcție de caracterul oneros sau gratuit al obligației. Cum mandatul administratorului este un act

⁴⁴ M. Mureșan, *Drept civil. Partea generală*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1996, pag. 184; D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag. 264.

⁴⁵ C. I. Stoica, *Exercitarea funcției de administrator al unei societăți comerciale de către o persoană juridică*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 1/1995, pag. 88.

retribuit, înseamnă că răspunderea administratorului va fi mai sever apreciată (*in abstracto*); administratorul va răspunde, indiferent de forma și gradul culpei sale (art. 1540 Cod civil).

Cu privire la exonerarea de răspundere a administratorului sunt aplicabile reguli generale ale dreptului comun (art. 1083 Cod civil). Legea nr. 31/1990 cuprinde însă anumite dispoziții specifice pluralității administratorilor.

Cu referire la consiliul de administrație, legea prevede că răspunderea pentru actele săvârșite sau pentru omisiuni nu privește și pe administratorii care au făcut să se constate, în registrul deciziilor consiliului, împotrivirea lor și au înștiințat despre aceasta pe cenzorii societății. Deci, dacă la luarea unei decizii în cadrul consiliului de administrație, un administrator votează împotriva deciziei care prejudiciază societatea, el nu v-a răspunde pentru prejudiciul cauzat. Se cere ca administratorul în cauză să fi făcut să se constate în registrul deciziilor consiliului poziția sa de împotrivire la luarea deciziei și, totodată, să fi încunoștiințat despre aceasta în scris pe cenzorii societății. Soluția exonerării de răspundere a administratorului se explică, evident, prin neparticiparea administratorului la luarea deciziei păgubitoare și, deci, absența culpei acestuia.

Principiul avut în vedere în cazul analizat este deopotrivă aplicabil și în cazul în care administratorul a absentat de la ședința consiliului care a luat decizia păgubitoare. Dar, simpla absență nu este echivalentă cu lipsa culpei administratorului. Chiar dacă a lipsit de la ședința la care s-a luat decizia, administratorul putea și era obligat să ia la cunoștință din registrul consiliului de aceea decizie. În măsura în care, cunoscând decizia, nu este de acord cu aceasta, el trebuie să își manifeste poziția, prin aceleași formalități pe care le-am arătat pentru cazul anterior; administratorul trebuie să facă să se consemneze în registrul de decizii al consiliului împotrivirea sa și să înștiințeze despre aceasta în scris pe cenzorii societății. Numai cu respectarea acestor condiții, administratorul este exonerat de răspunderea pentru prejudiciile cauzate societății prin decizia luată în absența sa. Potrivit legii, exonerarea de răspundere devine operantă numai dacă formalitățile menționate au fost efectuate în termen de o lună de la data când administratorul a luat cunoștință de decizia în cauză.

Trebuie arătat că dispozițiile legale privind exonerarea de răspundere se referă la administratorii care fac parte din consiliul de administrație. Socotim însă că principiile consacrate de lege își găsesc aplicarea și în cazul administratorilor din comitetul de direcție. Fiind vorba tot de un organ colegial, identitatea de rațiuni conduce la aceeași soluție.

În concepția Legii nr. 31/1990, acțiunea în răspundere împotriva administratorilor este o acțiune socială; ea aparține societății, iar nu asociaților. Explicația constă în aceea că, prin actele administratorilor este prejudiciat patrimoniul societății.

Legea prevede că acțiunea contra administratorilor aparține adunării asociaților. Deci, decizia privind intentare unei acțiuni în justiție împotriva administratorului intră în atribuțiile adunării asociaților și se ia cu respectarea condițiilor de cvorum și majoritate prevăzute de lege pentru luarea hotărârilor de către adunarea asociaților a societății în cauză.

Trebuie arătat că descărcarea administratorului din gestiunea sa, prin aprobarea bilanțului, nu decede adunarea asociaților din dreptul de a decide acționarea în justiție a administratorului care prin actele sale a păgubit societatea.

Dacă a luat decizia de acționare în judecată a unui administrator, adunarea asociaților va desemna, în aceleași condiții de cvorum și majoritate, persoana însărcinată să exercite acțiunea în justiție.

Ca efect al deciziei privind pornirea acțiunii în răspundere contra administratorului, mandatul acestuia încetează, iar adunarea asociaților va proceda la înlocuirea lui.

În mod excepțional, acțiunea în răspundere împotriva administratorilor poate fi introdusă și de acționarii societății. Potrivit legii, dacă adunarea generală a acționarilor nu ia hotărârea privind angajarea răspunderii administratorului care a prejudiciat societatea și nici nu dă curs propunerii unuia sau mai multor acționari de a iniția acțiunea în răspundere, acționarii reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social au dreptul să introducă o acțiune în despăgubiri împotriva administratorului în cauză.

Pentru exercitarea dreptului la acțiune, legea cere ca acționarii să fi avut deja calitatea de acționar la data la care a fost dezbătută în cadrul adunării generale problema introducerii acțiunii în răspundere împotriva administratorului. Acțiunea în răspundere a acționarilor este o acțiune intentată în nume propriu, dar în contul societății. Aceasta înseamnă că suma de bani la care va fi obligat administratorul cu titlu de despăgubiri va intra în patrimoniul societății.

Acțiunea în justiție împotriva administratorului poate avea un temei contractual sau delictual, după caz.

Acțiunea în răspundere împotriva administratorilor prezintă unele particularități în situația în care societatea comercială a fost declarată în faliment.

Întrucât delararea în faliment are ca efect desesizarea societății din drepturile sale de administra și de a dispune de bunurile din patrimoniul social, acțiunea în răspundere contra administratorilor se exercită de judecătorul sindic.

În cazul declarării societății în faliment, legea recunoaște și creditorilor societății dreptul de a exercita acțiunea în răspundere împotriva administratorilor.

Concluzii

Urmărind obiectivele propuse în studiu, fără a avea pretenția că am elucidat toate aspectele, am insistat însă asupra unora dintre ele în privința cărora doctrina și practica judiciară au înregistrat o serie de controverse, încercând printr-o abordare proprie, în primul rând, nu propunerea unei soluții, ci prezentarea argumentelor evidențiate (mai ales în literatura de specialitate), în scopul delimitării rolului administratorului în organizarea și funcționarea societăților comerciale. Deasemenea concluzionăm că mandatul administratorilor are o natură dublă, contractuală și legală, opinie pe care o considerăm corectă și justificată de dispozițiile din Legea nr. 31/1990, care răspunde atât cerinței ca obligațiile și drepturile administratorului să fie prevăzute în actele constitutive ale societății sau adoptate prin hotărârea asociațiilor, cât și cerinței ca interesul public să fie ocrotit prin dispozițiile legale referitoare la administratori.

Referințe bibliografice:

- Stanciu D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, Editura ALL Beck, București, 2000
- V. Pățulea, C. Turuianu, *Instituții de drept economic și comercial. Practică jurisdicțională*, Editura Continent XXI & Universul, București 1994
- Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Editura All Beck, București, 1998
- S. David, Fl. Baias, *Răspunderea civilă a administratorului societății comerciale*, în R.D.C. nr.8/1992
- *Limitele delegării exercițiului atribuțiilor adunării generale extraordinare către administratori în cadrul societăților pe acțiuni*, Freddy Gârbaci, în RDC nr.6/2001
- Corina Popovici, *Răspunderea administratorilor societăților comerciale*, în RDC nr. 7-8/2002
- D. D. Gerota, *Curs de societăți comerciale*, București 1928
- S. Beligrădeanu, *Derogații de la dreptul comun al muncii cuprinse în Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale*, în Dreptul nr. 9-12/1990
- S. D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Editura Universul Juridic, București 2009
- S. D. Cârpenaru, *Administrarea societăților comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990*, în RDC nr. 3/1993
- R. Petrescu, *Drept comercial român*, Edit. Oscar Print, București, 1998
- Claudia Roșu, *Natura juridică a raporturilor dintre administrator și societatea comercială*, în RDC nr.4/2001
- D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Edit. Lumina Lex, București 1997
- Fr. Deak, S. Cârpenaru, *Contracte civile și comerciale*, Edit. Lumina Lex, București, 1993
- M. Mureșan, *contracte civile speciale*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca
- C. I. Stoica, *Exercitarea funcției de administrator al unei societăți comerciale de către o persoană juridică*, în Revista de Drept Comercial nr. 1/1995
- I. L. Georgescu, *Drept comercial român, Societăți comerciale, vol II*, Editura Socec, București.

ACȚIUNEA ȘI EFECTELE ACTIVITĂȚILOR ECONOMICE GENERATE AUPRA MEDIULUI ÎNCONJURĂTOR

Ionel Buliga*

Abstract

Given the limited amount of energy reserves available, we need to be constantly aware of the need for energy efficiency and conservation. Everyone can play a part in protecting the environment.

I think the connection between business and the environment is human ability, to preserve or destroy life on this planet. By choosing this theme, I tried to expose the effects generated by economic activities on nature and also to present a series of long-term solutions in terms of environmental protection (An Environmental Management System – EMS) can help a corporation to improve its environmental performance and thus stay competitive in the environmentally conscious world business market. However, besides the involvement of the organization of environmental protection, we need to reorganize an essential, namely – Social Involvement.

Keywords: *economic activities, environment, pollution, sustainable development, environmental management system (EMS), social involvement.*

1. Introducere

“Există suficiente resurse în lume pentru a satisface nevoile oamenilor, însă nu și lăcomia acestora” Mohandas K. Gandhi

Acest citat reprezintă caracteristica definitorie a miliarde de oameni de pe întreg mapamondul. De fapt și scopul acestei lucrări este de a transmite un mesaj cu privire la amploarea pe care a luat-o fenomenul numit poluare. Poluarea este consecința neglijenței unora dintre noi, însă nu același lucru se poate spune și despre aria de răspândire a efectelor acesteia. Oamenii sunt cei care prin prisma activităților desfășurate contribuie cel mai mult la schimbarea mediului înconjurător, de cele mai multe ori prin modificări dezastruoase și permanente aduse acestuia.

Așadar prin intermediul prezentei lucrări, am realizat o incursiune de ansamblu asupra conexiunii dintre efectele generate de către activitățile desfășurate de om, mediul înconjurător (în special activitățile care generează poluare industrială, chimică, nucleară etc.), soluții pe termen lung privind combaterea și stoparea fenomenului de poluare (prin intermediul procesului de dezvoltare durabilă) și rolul deosebit de important al coeziunii sociale în cadrul contextului actual de protecție și conservare a mediului pe termen lung. Noi suntem arhitecții propriilor noastre vieți și asta nu se reflectă doar în natura noastră, a oamenilor, ci și în Mama Natură.

2. Poluarea

Pentru a îngloba și evidenția cât mai bine rolul mediului înconjurător în viața noastră, voi începe prin a scrie următoarea relație: MEDIU=VIAȚĂ. Prin această relație se definește existența vieții pe această planetă și totodată a oamenilor. Mediul înconjurător reprezintă atât *sursa de energie* pentru supraviețuirea noastră cât și *habitatul* tuturor viețuitoarelor. Însă, prin intermediul diverselor activități pe care a început să le întreprindă, omul a devenit „singurul animal care își distruge mediul în care trăiește” prin schimbările îngrijorătoare aduse acestuia.

* Student, Ionel Buliga, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, “Univ Creștina Dimitrie Cantemir” din București (e-mail: buliga.ionel10@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lectur univ. drd. Andrada Trusca

Deși existența poluării este cunoscută de foarte mult timp (cel puțin din moment ce oamenii au început să folosească de mii de incendii de ani în urmă), ea a văzut o creștere de proporții globale ca adevărat numai de la debutul revoluției industriale în timpul secolului 19.

Revoluția industrială a adus cu sine progresul tehnologic, cum ar fi descoperirea de petrol și utilizarea acestuia practic universal, în întreaga diversitate a industriei.

Progresul tehnologic facilitat de eficiența super practică a afacerii capitaliste (diviziune a muncii - costurilor de producție mai ieftine - supraproducție - supraconsum - poluare) a devenit, probabil, una dintre principalele cauze de deteriorare gravă a resurselor naturale.

În același timp, desigur, dezvoltarea științelor naturale a condus la o mai bună înțelegere a efectelor negative produse de poluare asupra mediului.

Poluarea mediului este o problemă atât în țările dezvoltate și în curs de dezvoltare. Factorii cum ar fi creșterea populației și urbanizarea invariabilă a așezărilor pun presiuni și mai mari de pe planetă și forțează tot mai mult modul de utilizare a resurselor naturale.

Caracterul transfrontalier al poluării mediului îl face și mai dificil de a gestiona - nu poți construi ziduri de piatră de-a lungul granițelor țării dumneavoastră sau pune cabine vamale la fiecare punct de intrare a reglementa fluxurile sale în țara dumneavoastră.

Totul pe planeta noastră este interconectat, și în timp ce natura ne furnizează servicii cu valoare de mediu, fără de care nu putem exista, noi toți depindem de acțiunile reciproce și modul în care tratăm resurselor naturale.

Este larg recunoscut faptul că omul este un exploatator al resurselor existente în mediul natural. În cazul bugetului nostru actual de resurse naturale - la ratele actuale de exploatare a acestuia, nu există nici un fel de mediu de a recupera în timp util și să continue "de fapt" bine în viitor.

Poate că ar trebui să se adopte o viziune de ansamblu asupra naturii - aceasta *nu* este o entitate care există separat de noi, ne *este* natura, suntem o parte. Totul pe planeta noastră este interconectat, și în timp ce natura ne furnizează servicii cu valoare de mediu, fără de care nu putem exista, noi toți depindem de acțiunile reciproce și modul în care tratăm resurselor naturale.

Este larg recunoscut faptul că omul este un exploatator al resurselor existente în mediul natural. În cazul bugetului nostru actual de resurse naturale - la ratele actuale de exploatare a acestuia, nu există nici un fel de mediu de a recupera în timp util și să continue "de fapt" bine în viitor. Poate că ar trebui să se adopte o viziune de ansamblu asupra naturii - aceasta *nu* este o entitate care există separat de noi, ne *este* natura, suntem o parte inalienabilă a acesteia, și trebuie să avem grijă de el în modul cel mai adecvat. Numai atunci putem rezolva problema poluării mediului.

3. Evaluarea de mediu

Evaluarea de mediu a planurilor și programelor care pot avea un impact semnificativ asupra mediului se realizează în scopul promovării dezvoltării durabile și asigurării unui înalt nivel de protecție a mediului.

Este general acceptat că *durabilitatea mediului*¹ trebuie să se bazeze pe sustenabilitatea pe termen lung economică și socială și că provocarea de dezvoltare durabilă necesită o integrare a economiei și a mediului în toate sectoarele și la toate nivelurile. Obiectivele sectorului privat a condus creșterea economică într-o lume competitivă la nivel global nu sunt neapărat compatibile cu de stat și / sau comunitate a condus obiective de echitate socială și protecția mediului.

Evaluarea impactului asupra mediului constituie unul dintre instrumentele de bază ale politicilor și legislațiilor moderne de mediu. Ea s-a impus la nivel internațional, acționându-se și în

¹ Bălțeanu, D., Șerban, Mihaela (2005), Modificări ale mediului Global. O Evaluare interdisciplinară o incertitudinilor, Editura CNI "Coresi" SA, București

baza Convenției de la Espoo. *Evaluarea impactului asupra mediului*² (EIM) reprezintă piatra de temelie pentru multe din acordurile internaționale de mediu și un punct central de referință în dezvoltarea de proiecte internaționale. La nivelul Uniunii Europene (UE) este recunoscut rolul centralizator pe care l-a avut Directiva 85/337 pentru EIM în definirea politicilor de mediu și de dezvoltare durabilă. În România, pe parcursul ultimilor ani, s-a trecut la aproximarea legislației UE, care influențează atât legislația cât și politicile naționale, regionale și locale în domeniul protecției mediului. O preocupare specială a constituit-o (și continuă să fie) elaborarea, interpretarea și punerea în aplicare în mod corespunzător a regulilor privind evaluarea impactului asupra mediului. Astfel, EIM ca instrument legal deține o egală importanță pentru fiecare dintre componentele acestei relații trilaterale (nivel global UE - legislație națională).

În termeni generali, EIM poate fi definită ca un proces gândit să asigure că potențialele impacturi semnificative asupra mediului sunt evaluate satisfăcător și sunt luate în considerare în planificarea, proiectarea, autorizarea și implementarea tuturor tipurilor de acțiuni relevante.

Evaluarea impactului asupra mediului este un instrument al politicii, care se referă la un element fundamental al dezvoltării durabile, prin abordarea efectelor asupra mediului în faza de planificare a unor activități, în loc de a lăsa în seama generațiilor următoare eliminarea consecințelor "dezvoltării noastre". EIM încearcă să echilibreze creșterea de capital financiar creat de pe urma activității propuse și consumul capitalului natural, ce poate compromite șansa generațiilor următoare de a-l utiliza.

În majoritatea cazurilor, EIM face parte din primul set de reglementări de mediu adoptate care au un impact major, pe scară largă. Acest proces poate fi un instrument flexibil pentru prevenirea impacturilor negative asupra mediului, cu condiția să fie planificat cu atenție, să fie stabilite clar etapele de parcurs și să fie în concordanță cu prioritățile naționale și resursele naturale.

4. Sistemul de Management al Mediului (EMS)

În cadrul procesului de dezvoltare durabilă regăsim o componenta esențială în configurarea raportului *dintre mediul activitatilor economice și mediul inconjurător*. Aceasta componentă este reprezentată de *sistemul managementului de mediu*.³ Elaborată și publicată de Organizația Internațională pentru Standardizare (ISO), seria de standarde ISO 14000 acoperă un spectru larg de subiecte din domeniul protecției mediului, precum *sisteme de management de mediu*⁴ (SMM), auditul SMM, analiza ciclului de viață al produselor, eco-etichetarea, performanța de mediu. Un SMM este acea componentă a sistemului general de management al organizației alcătuită din structura organizațională, planificarea, responsabilitățile, procesele, practicile, procedurile și resursele care ajută la construirea, implementarea, realizarea, revizuirea și menținerea politicii de mediu a organizației. Implementarea unui SMM permite organizației nu doar să corespundă așteptărilor privind performanța sa de mediu, ci să își controleze costurile și să se conformeze legislației și regulamentelor de mediu. Deși obiectivul principal al implementării unui SMM este reducerea impactului activităților, produselor și serviciilor organizației asupra mediului, **beneficiile de altă natură ale implementării unui SMM** sunt multiple. Printre cele mai importante regăsim; creșterea profitului prin optimizarea folosirii resurselor (materii prime, energie), prin îmbunătățirea managementului deșeurilor și reducerea costurilor aferente unor eventuale incidente de mediu.

² D. Marinescu, TRATAT DE DREPTUL MEDIULUI, Edit. Univesul Juridic, București, 2008

³ Vi. Rojanschi, Fl. Bran, POLITICI ȘI STRATEGII DE MEDIU, Edit. Economică, București, 2002.

⁴ Rojanschi V., Bran F., Grigore F. Elemente de economia și managementul mediului, Editura economică, București, 2004

5. Procesul de dezvoltare durabilă

Termenul de dezvoltare durabilă s-a impus în vara lui 1992, după Conferința privind mediul și dezvoltarea, organizată de Națiunile Unite la Rio de Janeiro³. Si are la baza ideea că trebuie satisfăcute nevoile prezentului, fără a compromite posibilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface nevoile lor. Problema pusă aici este aceea a utilizării eficiente a resurselor și măsuri de prevenire a poluării mediului. Dacă aceste măsuri nu sunt implementate iar economia păstrează același nivel de poluare ca și până acum sau schimbarea nu este îndeajuns de rapidă sau eficientă, consecințele pot fi drastice: încălzire globală, cu efecte atât pe termen scurt (modificări climatice, apariția unor boli, mutații, dispariția unor specii sau habitate), cât și pe termen lung (încălzire globală peste limitele suportabilității, economie dezastruoasă, vieți omenești pierdute).

Mediul este un *sistem durabil*⁵ care trebuie să mențină o stabilitate a bazei de resurse naturale. Activitățile industriale exercitate au un impact asupra tuturor factorilor de mediu, prin urmare afectează calitatea aerului, a apei, calitatea solului, prin generarea diferitelor tipuri de deșeuri și de utilizarea resurselor naturale și de energie în exces. În acest sens, este necesar să se reglementeze controlul acestor activități, astfel încât să asigure respectarea legislației de mediu în domeniul protecției și a principiilor dezvoltării durabile. Impactul activităților industriale este vizibil în acest moment la nivel mondial, însă aceste aspecte se ignoră, lăsând marile corporații să contribuie pe zi ce trece la distrugerea lentă, dar sigură a naturii.

“O afacere durabilă are obiective interdependente economice, de mediu și sociale, și înțelege că viabilitatea pe termen lung depinde de integrarea în toate cele trei obiective de luare a deciziilor.”

Protectia mediului nu este numai responsabilitatea organizațiilor ecologiste care se străduiesc să oprească un dezastru ecologic, ci a noastră, a fiecărui individ în parte.

Având în vedere că atmosfera este « scutul » care permite existența vieții pe Terra, ar trebui ca reducerea *poluării atmosferei* să fie un imperativ. Datorită amplitudinii pe care a luat-o în ultimii ani fenomenul de poluare a atmosferei (poluare naturală, artificială, chimică, fizică, biologică), echilibrul atmosferic a fost dereglat. Cei care tratează cu neseriozitate problema *poluării atmosferei* și a mediului în general ar trebui să gândească pe termen lung și să facă ceva cât încă se mai poate. Trebuie să ne gândim la *dezvoltarea durabilă*⁶, deci la resursele epuizabile, la apa fără de care nu există viața, la *reciclarea deșeurilor*, la folosirea *produselor ecologice*⁷, la sursele de energie neconvenționale.

6. Implicarea socială

De-a lungul timpului, organizațiile și entitățile comerciale din întreaga lume s-au dovedit din ce mai receptive vis-à-vis de implicarea în procesul de protejare a mediului înconjurător. S-au pus bazele unui cadru legislativ la nivel internațional prin intermediul căruia sunt reglementate activitățile economice desfășurate de companii, prin prisma efectelor generate de acestea asupra mediului natural. Rezultatele obținute în urma semnării acestor acorduri, tratate, convenții nu au fost chiar cele scontate (și nici nu vor fi) însă prin intermediul lor le s-au implementat anumite standarde și limite universale recunoscute care ajută la protecția și conservarea mediului în perspectivă durabilă. Totuși acestea rămân doar instrumente de fond general valabile și universale recunoscute, cu efecte pozitive mai mult sau mai puțin pronunțate. Efectul acestora ar avea o eficiență și eficacitate mult mai pronunțată dacă introducem în ecuație factorul cheie, și anume implicarea societății (datoria civică, gândirea durabilă, coeziunea socială). Societatea zilelor noastre este mult mai interesată de condiția

⁵ <http://www.bauerw2e.com/> <http://www.stakeholderforum.org>

⁶ Berca M. – „Strategii pentru protecția mediului și gestiunea resurselor”. Editura Grand, București, 1998.

⁷ Arsene, G.G., Elemente de ecologie generală, Timișoara, Editura Orizonturi Universitare, 2006

economică, de status și recunoaștere socială, decât de conservarea și protecția mediului natural. Toate acestea rezidă în avertizările și diagnosticele pe care le dau oamenii de știință, precum și specialiștii în politici de mediu. Poluarea nu este doar vina organizațiilor ce desfășoară activități economice cu efecte nocive asupra naturii ci este și vina noastră, noi suntem *clienții permanenți* ai acestor entități care produc pentru a ne satisface nevoile diversificate și exagerate pe alocuri. Aici regăsim un principiu destul de simplu și anume “Unde nu există cerere nu există nici ofertă” dar societatea este prea interesată de propria existență, ingnorând un lucru deosebit de important “*suntem niște organisme adoptate și asistate de natură, si nu invers*”. Existența noastră pe această planetă poate fi transpusă foarte bine în cea a unui pacient ce își duce existența pe un pat de spital, fiind conectat la o sursă vitală, dar care are un inconvenient, este epuizabilă.

Mai simplu spus, trebuie să facem ceva cât încă mai este timp de făcut. Companiile au înțeles, iar investițiile pentru protecția mediului nu mai sunt demult o curiozitate. Corporațiile și le-au asumat ca niste obligatii atat față de comunitățile în care își desfășoara activitatea, cât și față de viitor. *Gândirea durabilă* asigură liniștea generațiilor care urmează. Atenția acordată resurselor, mediului înconjurător, responsabilității sociale sunt elementele de bază ale dezvoltării durabile. Poate nu ați întâlnit foarte des acest concept, dar cu siguranță ați observat orientarea către reciclarea deșeurilor, către obținerea unor combustibili sintetici nepoluantși sau către sursele de energie neconvenționale, precum cea solară sau eoliana. Ați auzit de stații ecologice de epurare a apei, de becuri economice, de aparate electrocasnice clasa A, de produse ecologice, de centrale termice care funcționează pe baza de deseuri, de companii care susțin programe de cercetare în folosul comunității. Nu ne mai rămâne decât să luăm atitudine și să încercăm în fiecare zi a existenței noastre, să fim schimbarea pe care noi înșine, o dorim.

7. Concluzii

În cadrul acestei lucrări am susținut foarte mult idea de sustenabilitate ca și soluție ideală pentru protejarea și conservarea mediului, pe termen lung. În final aș dori să realizez o structurare succintă (prin prezentarea mai multor definiții din partea unor specialiști, cât și o serie de concluzii subiective care îmi aparțin) a acestei soluții fundamentale atât în ceea ce privește existența noastră, cât și a generațiilor viitoare.

Cineva spunea acum ceva timp, ca sustenabilitatea e aidoma unei fantome: toată lumea vorbește despre ea, dar nimeni nu o vede. Lucrurile au luat o altă traiectorie între timp. În țările dezvoltate, sustenabilitatea nu mai este o opțiune, ci o necesitate reală. Nu numai din perspectivă strict ecologică, ci și din punctul de vedere al economiei și societății.

Se vorbește din ce în ce mai mult despre Sustenabilitate, despre metode și căi „ecologice” de intervenție, indiferent de domeniul abordat. În același timp observăm multe neînțelegeri ale semnificației cuvântului Sustenabilitate. În sustenabilitate, găsim de multe ori un limbaj care poate induce confuzie și/sau abordări limitate ale subiectului.

Cea mai cunoscută definiție a dezvoltării durabile este cea propusă în 1987 de către Comisia Mondială pentru Mediu și Dezvoltare (WCED) ca urmare a Raportului Brundtland: „Dezvoltarea Durabilă este dezvoltarea care corespunde necesităților prezentului, fără a compromite posibilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface propriile nevoi”. Această definiție este similară celei pe care o regăsim în DEX pentru termenul de **SUSTENABILITATE**.

Și pentru că doar exemplele concrete pot fi cu adevărat elocvente voi prezenta în continuare câteva definiții ale sustenabilității (dezvoltării durabile) din perspectiva unor specialiști în domeniu. Hanz-Rudolf Schalcher, Profesor ETH Zurich, Membru al Bordului și Președintele pentru competențe Tehnice, Elveția: „Construcțiile durabile nu înseamnă doar o construcție ecologică, ci o construcție care să servească societății și mediului înconjurător pe o perioadă îndelungată”

Mohsen Mostavi, Decan al Colegiului de Arhitectură și Proiectare, Universitatea Cornell, USA - „Trebuie să ne gândim cu ce termeni vrem să asociem sustenabilitatea. Eu susțin *etica*. Un comportament sustenabil înseamnă un comportament etic”

Kaarin Taiple, Consultant Senior, ICLE - „Ce înseamnă sustenabilitatea ? Viața noastră. Nu există altă definiție.”

Jeremz Rifkin, Economist și scriitor, America - „Atunci când o specie devorează un sfert din produsele fotosintezei unei planete, trebuie să ne întrebăm: Poate această planetă continua în același ritm? Răspunsul este detul de simplu: vom dispărea noi, vor dispărea celelalte specii sau vom învăța să trăim împreună/unii cu alții.”

Cu alte cuvinte sustenabilitatea are multe definiții fără ca acestea să-i diminueze semnificația ci dimpotrivă, arătând complexitatea termenului precum și perspectivele multiple din care poate fi privită.

Conceptul dezvoltării durabile are la bază trei componente: mediul înconjurător, societatea și economia. În momentul de față, aceste domenii nu sunt corelate astfel încât să se ajungă la un echilibru durabil. De prea puține ori se ține cont de impactul negativ asupra mediului sau societății, atunci când sunt luate deciziile economice. De multe ori, prosperitatea economică se obține cu efecte dezastruoase pentru mediu și / sau cu prețul exploatării forței de muncă.

Pentru a concluziona, pragmatic vorbind, putem spune că dezvoltarea durabilă are legătură cu tot ce presupune VIAȚA, fie ea biologică, socială, economică sau spirituală. Ea se reflectă în orice domeniu al existenței văzută ca un ansamblu de dimensiuni și de aceea NU este corect să o gândim pe sectoare.

În unul din articolele sale „Playing Climate Change Catch-up” Bryan Walsh spunea „Lumea se schimbă datorită nouă; ca să schimbăm ceea ce a mai rămas, va trebui să ne schimbăm și noi”

Ce părere aveți despre această declarație? Este o declarație puternică, dramatică; o declarație în care accentul cade pe cuvântul „schimbare”? Nu este niciun dubiu că oamenii sunt responsabili pentru schimbarea lumii. Întrebarea principală este cum vom schimba lumea, în bine sau în rău?

.... TOTUL depinde de NOI!

Referințe bibliografice

- Stephen M. Meyer (forthcoming) Environmentalism and Economic Prosperity
- Duerksen, Christopher J. (1983) Environmental Regulation of Industrial Plant Siting: How to Make It Work Better
- 3.Bălțeanu, D., Șerban, Mihaela (2005), Modificări ale mediului Global. O Evaluare interdisciplinară o incertitudinilor, Editura CNI "Coresi" SA, București
- 4.D. Marinescu, TRATAT DE DREPTUL MEDIULUI, Edit. Univesul Juridic, București, 2008
- 5.VI. Rojanschi, Fl. Bran, POLITICI ȘI STRATEGII DE MEDIU, Edit. Economică, București, 2002.
- 6.Rojanschi V., Bran F., Grigore F. Elemente de economia și managementul mediului, Editura economică, București, 2004
- <http://www.bauerw2e.com/>
- <http://www.stakeholderforum.org>
- Arsene, G.G., Elemente de ecologie generală, Timișoara, Editura Orizonturi Universitare, 2006
- Berca M. – „Strategii pentru protecția mediului și gestiunea resurselor”. Editura Grand, București, 1998.
- Berca M. - „Teoria gestiunii mediului și a resurselor naturale”. Editura Grand, București,
- Dumitrescu I. – „Poluarea mediului”. Editura Universitas Petroșani, 2002.
- Duțu M. – „Dreptul mediului”. vol. I și vol. II. Editura Economică, București, 1999 și 2000.
- Ionescu Al., ș.a. – „Ecologie și Protecția mediului”. Constanța, 1994.

DIZOLVAREA ȘI LICHIDAREA SOCIETĂȚILOR COMERCIALE CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ ȘI ASOCIAT UNIC ÎN BAZA LEGII SOCIETĂȚILOR COMERCIALE NR. 31/1990

Ioana SANDRU*
Raluca DUMITRIU**

Abstract:

Dissolution of the firm refers to those operations that trigger this process and ensures the premises of social heritage liquidation. Dissolution may appear from various reasons, reasons that we will state and explain further. After the dissolution of the company we meet with the process of liquidation. Ending the existence of the company requires the fulfillment of some transactions to end its activity. Finally, the liquidation shall terminate the company's legal statute.

Cuvinte cheie: Dizolvare, lichidare, societate comercială, asociat unic, raspundere limitată.

I. Importanța economică actuală și introducerea în această temă, aspecte generale

1. Societatea cu raspundere limitata

1.1. Generalități

Societatea cu răspundere limitată este o formă de societate care a apărut mai tarziu în activitatea comercială, ca o formă intermediară între societățile de persoane și cele de capitaluri. Prima dată aceasta a fost reglementată în anul 1892 în Germania, fiind apoi preluată de Franța în 1925, în timp ce în România a fost recunoscută prin Legea nr. 31/1990. Se știe că întotdeauna știința economiei și cea a dreptului vor fi în continuă schimbare, ele trebuind să corespundă cu cerințele societății, fie ele economice sau juridice. De aceea, această formă de societate a fost reglementată din nevoia de a satisface unele cerințe pe care le avea activitatea comercială. Am spus că societatea cu răspundere limitată este un hibrid între societățile de persoane și cele de capitaluri. Societățile de persoane asigurau condițiile pentru folosirea capitalurilor mici, iar societățile de capitaluri folosirea celor mari, erau destinate afacerilor de anvergura. Realitatea economică cerea o societate care să permită folosirea unor capitaluri mijlocii, societatea cu răspundere limitată împrumutând caractere de la ambele tipuri de societăți, născându-se, astfel, o societate cu formă mixtă.

Societatea cu răspundere limitată poate fi definită ca o societate constituită pe baza deplinei încrederi dintre două sau mai multe persoane care pun în comun anumite bunuri, pentru a desfășura împreună o activitate comercială având ca scop obținerea de profit, persoane care răspund pentru obligațiile sociale în limita aportului lor.¹ De asemenea, Legea nr. 31/1990 reglementează, în conținutul său, la diferite articole, printre care și la art. 2 sau 196¹ societatea cu răspundere limitată și asociat unic, cea care ne interesează, de fapt în prezenta lucrare. Sunt câteva cerințe care se cer a fi întrunite, ca de exemplu ca unicul asociat să nu mai fie prezent într-o altă societate cu răspundere

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Vasile Nemeș și Asist. univ. drd. Dan-Alexandru Sitaru, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Vasile Nemeș și Asist. univ. drd. Dan-Alexandru Sitaru, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

¹ Stanciu D. Carpenaru, „Tratat de drept comercial roman”, editura Universul juridic, colectia 2009

limitată, însă despre acestea vom vorbi după ce vom fi lămurit tot ceea ce ține de aspectele generale și trăsăturile unei astfel de societăți cu răspundere limitată, indiferent de numărul de asociați.

În ceea ce privește trăsăturile societății cu răspundere limitată, trebuie știut că aceasta se constituie pe baza unui act constitutiv care cuprinde elemente specifice contractului de societate, dar și cele specifice statutului de funcționare.

Legea prevede un capital minim de 200 RON, capital social ce se constituie prin aporturile aduse de asociați la constituire, acestea putând să conștie în bani sau natură, fiind obligați să verse integral la data constituirii capitalul social subscris, conform articolului 9¹ din lege.

Societatea cu răspundere limitată se poate dizolva atât pentru cauze generale oricăror societăți, ori pentru cauze speciale, multe dintre acestea regasindu-se și în cazul societăților de persoane: moartea, retragerea, incapacitatea, interdicția unuia dintre asociați sau unicului asociat.

O societate cu răspundere limitată nu poate avea ca asociat unic o altă societate cu răspundere limitată alcătuită dintr-o singură persoană.

Dacă se constată încălcarea acestor interdicții, dizolvarea va putea fi cerută pe cale judecătorească de către stat, prin Ministerul Finanțelor, de Camera de Comerț și Industrie Teritorială sau de orice persoană interesată. Pe baza hotărârii de dizolvare, lichidarea se va face în condițiile prevăzute de prezenta lege pentru societățile cu răspundere limitată.

Trebuie să menționăm că societatea cu răspundere limitată cu asociat unic este o societate comercială, indiferent dacă asociatul unic este o persoană fizică sau o persoană juridică.

Fiind o societate comercială și beneficiind de personalitate juridică, statutul acesteia nu poate fi confundat cu statutul juridic al unui comerciant persoană fizică.

1.2. Societatea cu unic asociat

Chestiunea societăților comerciale cu răspundere limitată și asociat unic este destul de simplă, legea română recunoscând și aceste societăți unipersonale, situație numită de unii autori ca fiind o ficțiune juridică. Asociatul unic poate fi persoană fizică, dar și juridică. Aceasta, indiferent de natura sa, nu poate fi asociat unic decât într-o singură astfel de societate. În practică se întocmește o declarație prin care viitorul asociat mărturisește juridic că nu mai are o altă societate în care să fie asociat unic. Asociatul unic este cel care exercită atribuțiile adunării generale existentă în cazul pluralității de asociați. Unicul asociat poate fi administratorul societății.²

Ca măsură de control, legea instituie obligația încheierii contractelor între asociatul unic și societatea sa comercială în formă scrisă, în caz contrar acestea fiind lovite de nulitatea absolută. De asemenea, deciziile unilaterale care sunt adoptate de către asociatul unic atunci când acesta exercită atribuțiile AGA trebuie consemnate în scris. Deciziile adoptate sunt lovite de nulitate relativă în cazul nerespectării formei scrise.

Este permis ca asociatul unic să fie și angajat la propria societate comercială, indiferent dacă deține sau nu calitatea de administrator ori administrator unic. În timp, însă, nu fusese întotdeauna permis acest lucru.

Dintre obligațiile asociatului unic la un SRL menționăm: aprobarea situațiilor financiare anuale și desemnarea/revocarea administratorului/-ilor și cenzorilor societății.

Ne vom referi în continuare la societățile comerciale cu răspundere limitată (SRL) cu asociat unic persoană juridică, aspect ce ni se pare mai interesant. Legea permite unei alte societăți comerciale să fie asociat unic al unui SRL numai cu condiția ca aceasta, cealaltă societate, să nu aibă un singur asociat. Legea interzice ca o persoană să aibă calitatea de asociat unic în mai mult de o societate comercială cu răspundere limitată, după cum am mai arătat și în cele precedente. Dacă nu

² Judecător Dan Lupașcu, "Culegere de practică judiciară în materie comercială - Curtea de Apel București", editura Rosetti, 2003

mai dorește să îndeplinească această calitate de asociat unic, persoana în cauză poate să cesioneze, total sau în parte, părți sociale la societatea respectivă către o altă persoană, sau către mai multe.³

1.3. Avantaje

Societatea cu răspundere limitată are o serie de avantaje, dintre care ținem să amintim câteva, cum ar fi chiar numărul minim de asociați, unu, acela al faptului că asociatul nu răspunde decât în limita aportului adus la capitalul social, controlul societății poate fi realizat de însuși asociatul, pentru finanțarea și dezvoltarea societății, societatea poate apela la noi aporturi de capital aduse de o persoană din afara ei, care este astfel interesată să se asocieze, capitalul social este în numerar, dar și natură.

II. Dizolvarea societăților comerciale, studiu pe baza Legea nr. 31/1990

1. Cauze de dizolvare

1.1. Trecerea timpului stabilit pentru durata societății

Potrivit art. 227 alin. (1) din Legea 31/1990 sunt cauze de dizolvarea a societăților comerciale următoarele: trecerea timpului stabilit pentru durata societății, imposibilitatea realizării obiectului sau realizarea acestuia (dizolvarea de drept), declararea nulității societății, dizolvarea voluntară, hotărârea tribunalului sau alte cauze prevăzute de lege sau de actul constitutiv al societății. În cele ce urmează vom trata pe rând unele din aceste cauze.⁴

În ceea ce privește trecerea timpului stabilit pentru durata societății, prelungirea societății e valabilă prin voința asociaților atâta timp cât hotărârea de prelungire are loc înainte de expirarea duratei stabilite în actul constitutiv, altminteri dizolvarea operează de drept. Asociații trebuie consultați cu cel puțin un an înainte de expirarea duratei societății, dacă se hotărăște cu privire la eventuala prelungire a datei de funcționare a acesteia.

În cazul în care asociații nu sunt consultați cu cel puțin un an înainte de expirarea duratei societății cu privire la eventuala prelungire a acesteia, la cererea oricăruia dintre asociați, tribunalul va dispune, prin încheiere, efectuarea consultării.

Creditorii unei societăți cu răspundere limitată pot face opoziție împotriva hotărârii de prelungire a duratei societății peste termenul fixat inițial. Opoziția se face în termen de 30 de zile de la data publicării hotărârii sau actului adițional care modifică data inițială în Monitorul Oficial al României și se depune la oficiul registrului comerțului.

Făcând o paralelă, deosebirea majoră dintre dizolvarea voluntară și cea de drept, prin ajungerea la termen, constă în aceea că, în ce privește dizolvarea voluntară, lichidarea este resortul voinței asociaților, iar în cazul dizolvării de drept, lichidarea intervine automat, fără ca organele statutare sau, după caz, asociații să poată decide altfel după ce aceasta și-a produs efectele.

1.2. Hotărârea tribunalului

Dizolvarea societății comerciale este posibilă și ca urmare a unei hotărâri judecătorești, la cererea asociatului unic, în cazul de față, pentru motive temeinice. Acest caz de dizolvare lasă la latitudinea instanței aprecierea măsurii în care societatea își mai poate continua sau nu activitatea.

Legiutorul a reglementat acest tip de dizolvare deoarece s-a observat, în practica, faptul că după un anumit timp au fost cazuri când, în interiorul societății au apărut grave probleme care au dus la funcționarea lacunară sau nefuncționarea sa. Dizolvarea societății pentru acest motiv este pe deplin

³ Judecător Dan Lupașcu, "Culegere de practică judiciară în materie comercială - Curtea de Apel București", editura Rosetti, 2003

⁴ Legea 31/1990 privind societățile comerciale (republicată)

justificată pentru a ocroti drepturile, interesele creditorilor societății, creditorii care ar putea fi lezați în drepturi din cauza neînțelegerilor sau problemelor grave survenite în societate. Aceste probleme vor fi apreciate de către instanță, în funcție de probele administrate în cauză.

1.3. Falimentul societății

În cazul în care instanța de judecată va dispune falimentul unei societăți comerciale, evident societatea se va dizolva, urmând a fi radiată din registrul comerțului. Falimentul societății reprezintă, până la urmă, o dizolvare silită a unei societăți comerciale care intervine, de cele mai multe ori, în situația în care societatea înșală buna-credință a creditorilor.⁵

1.4. Dizolvarea prin imposibilitatea realizării obiectului de activitate

Obiectul de activitate a societății, ca și durata acesteia, reprezintă un element esențial al contractului, fapt pentru care o obligație să se precizeze în actul constitutiv obiectul societății. Dar, obiectul de activitate al societății are un caracter dublu: *stricto sensu*, obiectul de activitate al societății este cel stabilit ca atare în actul constitutiv, în timp ce *lato sensu*, obiectul de activitate are înțelesul de scop statutar.

Într-o opinie se consideră că textul legal are în vedere două situații. O primă situație este aceea în care societatea și-a propus ca obiect de activitate un singur obiectiv, pe care l-a realizat (spre exemplu – o societate creată de statul român, cu o firmă privată pentru construirea unei autostrăzi) iar cea de-a doua privește imposibilitatea realizării obiectului social.

Imposibilitatea poate fi materială, ca în cazul în care obiectul asupra căreia părțile au înțeles să-l exploateze prin intermediul societății, spre exemplu, o aeronavă a pierit, dar poate fi și juridică, ca în cazul în care societatea preconiza exploatarea unei concesiuni petroliere, dar concesiunea nu a fost obținută sau a fost retrasă. Într-o altă părere, imposibilitatea realizării obiectului social trebuie să includă și două cauze prevăzute distinct de vechiul Cod Comercial și anume: lipsa și desființarea obiectului societății.

Pe lângă faptul că dizolvarea poate fi împiedicată prin modificarea obiectului de activitate al societății, trebuie menționat că această modificare poate fi făcută oricând, înainte de pronunțarea dizolvării de către tribunal sau de adoptarea hotărârii de dizolvare de către adunarea generală.⁶

Efecte

Sub imperiul efectelor dizolvării regăsim deschiderea procedurii lichidării patrimoniului societății. Prin excepție, lichidarea nu are loc dacă este vorba despre fuziune ori divizare totală a societății, ori alte cazuri prevăzute de lege. Din momentul dizolvării societății nu se mai pot întreprinde acțiuni cu privire la societate, ea neputând decât să ducă la bun sfârșit operațiunile începute înaintea dizolvării. Societatea procedează doar la efectuarea operațiunilor în vederea lichidării, a încasării creanțelor și plata pasivului.

Personalitatea juridică se păstrează până la momentul radierii societății din registrul comerțului.

În trecut era reglementată, prin art. 231 din Legea 31/1990 transmiterea universală a patrimoniului societății către asociatul unic, odată cu dizolvarea societății, fără lichidare. Această dispoziție era în contradicție cu reglementările tradiționale privitoare la dizolvarea persoanelor juridice care au, de obicei, ca efect lichidarea patrimoniului (Decretul nr. 31/1954 privitor la persoana fizică și juridică) și a fost abrogată.

⁵ Prof. univ. dr. Smaranda Angheni, Magda Volonciu, Camelia Stoica, "Drept comercial", Editura Oscar Print, 2000

⁶ Crina Mihaela Letea, "Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale", editura Hamangiu, 2009

III. Lichidarea societăților comerciale

1. Aspecte ale lichidării întâlnite pentru toate formele de societăți comerciale

1.1 Noțiuni

Așa cum am precizat anterior, dizolvarea nu are ca efect imediat încetarea existenței societății comerciale, ci numai intrarea ei în lichidare. Abia la încheierea operațiunilor de lichidare poate înceta definitiv existența societății dizolvate. Așadar înțelegem că efectul principal al dizolvării este chiar lichidarea.

Prin lichidare înțelegem toate operațiunile care au ca scop terminarea afacerilor în curs în momentul declarării dizolvării, astfel încât să se poată obține realizarea activului și plata pasivului. Până la momentul în care lichidatorii își preiau funcția, administratorii continuă mandatul lor, potrivit Legea 31/1990. Actul de numire al lichidatorilor sau sentința care ține locul acestuia, precum și orice alt act care ar aduce schimbări referitoare la persoana lichidatorului trebuie depuse la oficiul registrului comerțului pentru a fi înscrise și date spre publicare. Lichidatorii răspund la fel ca administratorii, iar împotriva deciziilor lor creditorii pot face opoziție.⁷

1.2 Principii

Această fază esențială, lichidarea, este condusă de niște principii. Printre acestea se numără principiul ca lichidarea nu este prevăzută în favoarea asociaților. Per a contrario înțelegem că nu poate interveni la cererea creditorilor. Asta nu înseamnă însă că drepturile creditorilor nu sunt ocrotite de lege, asociații neputând să intre în posesia niciunei sume revenite din lichidare înainte ca tuturor creditorilor să le fie plătite dărilor. Unul dintre motivele pentru care credem ca lichidarea este prevăzută în favoarea asociaților sau asociatului, după caz, este ca există dreptul de a numi pe lichidatori prin actele constitutive.

Un al doilea principiu care se află la baza lichidării este acela că este obligatorie. Ea este obligatorie fiindcă declararea dizolvării unei societăți nu reprezintă un scop, ci pur și simplu o etapă, scopul final fiind chiar lichidarea. Este adevărat că au existat autori care au considerat că lichidarea poate fi facultativă, ea putând fi înlăturată prin fuziunea cu o altă societate.

1.3 Drepturile și obligațiile lichidatorilor

În Legea 31/1990 sunt prevăzute o serie de obligații care le revin lichidatorilor. Printre acestea le enumerăm pe următoarele: aceea de a face un bilanț care să constate situația exactă a activului și pasivului societății, de a păstra patrimoniul societății, registrele ce li s-au încredințat de administratori și actele societății, de a întocmi un registru cu toate operațiunile lichidării, în ordinea datei lor. După cum se știe, oricărui drept îi corespunde și o obligație; per a contrario, și unei obligații îi corespunde un drept. Așadar, lichidatorii au următoarele drepturi: de a executa și termian operațiunile de comerț începute înainte de dizolvare, dar și pe cele referitoare la lichidare; să stea în judecată în calitate de reclamant sau de pârât în interesul lichidării patrimoniului societății; să vândă prin licitație publică bunurile mobile și imobile ale societății, să facă tranzacții.⁸

2. Operațiuni specifice procedurii de lichidare

2.1 Inlocuirea organelor de administrare

Procedura lichidării este instituită în favoarea asociaților și i se aplică regulile stabilite prin statut și prin lege, dacă nu sunt dispoziții contrare legii. Pe întreaga durată a lichidării personalitatea

⁷ Crina Mihaela Letea, "Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale", editura Hamangiu, 2009

⁸ Judecător Dan Lupașcu, "Culegere de practică judiciară în materie comercială - Curtea de Apel București", editura Rosetti, 2003

juridică a societății subzistă intactă. Singura diferență este aceea că, în actele ce emană de la societate se va arăta faptul că aceasta se află în proces de lichidare. În procesul de lichidare regăsim următoarele operațiuni principale: înlocuirea organelor de administrație curentă, predarea gestiunii, restrângerea obiectului acesteia în scopul de a asigura plata creditorilor și satisfacerea drepturilor asociaților, întocmirea și executarea bilanțului final, radierea din registrul comerțului a fostei societăți comerciale. Dintre acestea vom explica, în cele ce urmează câteva:

2.2 Predarea gestiunii

Preluarea de către lichidatorii a administrației se efectuează prin întocmirea unor acte de predare/primire. În inventar și bilanț trebuie să existe situația activului, precum și a pasivului societății. Lichidatorii au obligația ca, împreună cu administratorii societății, să întocmescă inventarul și să încheie bilanțul, semnând aceste acte. Lichidatorii sunt obligați să primească și să păstreze patrimoniul societății. El trebuie să țină un registru cu toate operațiile lichidării, în ordinea datei lor.⁹

2.3 Drepturile creditorilor

Creditorii sunt ei înșiși în măsură să-și valorifice drepturile. Lichidarea se face în interesul asociaților, însă, după cum am spus, fără a vătăma pe creditorii. Prin lichidare asociații nu sunt eliberați de răspundere. Atunci când nu recurg la procedura declarării societății în stare de faliment, creditorii au acțiuni în justiție care le stau la dispoziție pentru a le îndrepta împotriva fie a asociatului, fie a lichidatorilor.

2.4 Radierea societății comerciale din registrul comerțului

După terminarea lichidării, lichidatorii trebuie să ceară radierea societății din registrul comerțului, radiere care se poate face și din oficiu. Trebuie să se prezinte următoarele acte: bilanțul, raportul lichidatorilor, certificatul fiscal eliberat de Administrația financiară, din care să rezulte că societatea nu are datorii față de stat, originalele documentelor emise de la oficiul registrului comerțului, declarația lichidatorilor cu privire la executarea operațiunilor efectuate. La data radierii societății personalitatea sa juridică încetează.¹⁰

Referințe bibliografice:

- Legea 31/1990 privind societățile comerciale (republicată)
- Crina Mihaela Letea, "Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale", editura Hamangiu, 2009
- Prof. univ. dr. Smaranda Angheni, Magda Volonciu, Camelia Stoica, "Drept comercial", Editura Oscar Print, 2000
- Judecător Dan Lupașcu, "Culegere de practică judiciară în materie comercială - Curtea de Apel București", editura Rosetti, 2003
- Judecător Dan Lupașcu, "Practică judiciară comercială", editura Brilliance, colecția LEX EXPERT, 2002
- Diana Manole, "Culegere de practică judiciară", editura All Beck, 2004
- Stanciu D. Carpenaru, „Tratat de drept comercial roman”, editura Universul juridic, colecția 2009

⁹ Stanciu D. Carpenaru, „Tratat de drept comercial roman”, editura Universul juridic, colecția 2009

¹⁰ Crina Mihaela Letea, "Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale", editura Hamangiu, 2009

DREPTUL FUNDAMENTAL AL OMULUI LA UN MEDIU SĂNĂTOS CU PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA JURISPRUDENȚEI CEDO

Iulia Andreea DINCĂ*

Abstract

"If we use resources productively and take to heart the lessons learned from coping with the energy crisis, we face a future confronted only, as Pogo, once said, by insurmountable opportunities. The many crises facing us should be seen, then, not as threats, but as chances to remake the future so it serves all beings." - L. Hunter Lovins and Amory B. Lovins, Utne Reader, November-December, 1989. "A democratic and equitable international order requires, inter alia, the realization of the right of every person and all peoples to a healthy environment." – United Nations Commission on Human Rights in Resolution 2005/57. The fight to establish the right to a healthy environment as a fundamental human rights has been taken for many years now. At times with more results, at times with less. Though not yet mentioned as a right in the European Human Rights Convention, the right to a healthy environment has been indirectly protected by the European Human Rights Court, since the López-Ostra vs. Spain case, in 1994, throughout article 8, the right to respect for private and family life. It is rightfully considered a component of a normal private life, because one cannot live in an unhealthy environment without having his life affected by this. This paper is a journey in discovering the path the human right to a healthy environment had throughout history, its protection by the ECHR, alongside with the content of article 8 and the ECHR case-law in Europe, including Romania, as well as the national regulations. It allows a view into what this right means and its importance, recognized now by many of the European Union's countries, which have already made it a part of their Constitution and also, indirectly, by the ECHR.

Cuvinte cheie: ECHR, European Convention of Human right, healthy environment, fundamental rights, protection of human rights.

1. Introducere

Consacrat în numeroase texte legislative interne și de o serie de documente internaționale, dreptul la un mediu adecvat este prevăzut fie în mod direct (dar în formulări diferite), fie în mod indirect, prin consacrarea unei obligații în sarcina statului de a asigura calitatea factorilor naturali și echilibrul ecologic, ceea ce conduce la asigurarea unui drept corespunzător al cetățenilor.

Nu de puține ori este folosit termenul de "drepturile la mediu" pentru a desemna drepturile umane care sunt specific protejate în cadrul protecției mediului; acesta include: dreptul de acces la informație, dreptul de a participa la luarea deciziei și drepturile procesuale corespunzătoare, precum și libertatea de asociere.

Reglementarea juridică actuală evidențiază conturarea și consacrarea, atât la nivel național, cât și internațional, a unui drept fundamental al omului la un mediu înconjurător echilibrat și sănătos. Deși ca o părere generală, în literatură se recunoaște existența unui asemenea drept, întâlnim și autori care consideră că este prematură admiterea acestuia, în contextul dezvoltării prezente a societății.¹

În cadrul măsurilor menite să contribuie la apărarea ființei umane în fața degradării ireversibile a mediului său natural, se înscrie și cunoașterea dreptului fundamental al omului la un mediu sănătos și echilibrat, ca un răspuns obiectiv la cerințe funcționale și autoreglare a sistemului socio-natural.²

* Student, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” din București (yullyutza@yahoo.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Andrada Trușcă.

¹ E.T. Roberts, *The rights to a decent environment: a premature construct*; R. Pelloux, *Environment policy and law*, Lausanne, 1976, p. 185

² Mircea Duțu, *Dreptul internațional și comunitar al mediului*, Ed. Economică, 1995, p. 66-68

În ciuda acestui fapt, pe parcursul timpului s-au întâlnit și păreri diferite, care consideră recunoașterea dreptului omului la un mediu înconjurător de calitate ca venind în contradicție cu alte drepturi fundamentale ale omului, pe care acesta le-ar putea limita sau ar putea determina anihilarea anumitor semnificații ale acestora.³ Unii autori au relevat în concret asemenea consecințe negative ale “relației conflictuale” dintre dreptul mediului și celelalte drepturi umane fundamentale precum: incidența negativă asupra “libertății de mișcare” (prin restrângerea sau interzicerea accesului la zonele protejate), libertății de rezidență (prin atingerea creată de exigențele protecției mediului și respectului regulilor de construcție și ale urbanismului), dreptul la dezvoltare (care riscă să fie contracarat de restricțiile creșterii luate pentru conservarea naturii), dreptul la muncă (care poate fi amenințat prin aceea că uzinele poluante care, dacă nu-și încetează activitatea, sunt obligate fie să-și schimbe sediul, fie să investească în depoluare), dreptul la proprietate (amenințat prin instituirea unor servituți legale vizând conservarea mediului, precum în cazul zonei de protecție, folosinței specifice etc.).⁴

Fără îndoială însă, dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos nu poate fi ignorat cu ușurință, iar efectele sale, în nici un caz, nu pot fi minimalizate. Este vital să luăm în calcul un astfel de drept, indiferent dacă el este menționat expres sau nu în legislația națională și internațională, așa cum a făcut și Curtea Europeană a drepturilor omului.

Astfel, ca o introducere în reglementarea acestui drept pe plan internațional și în ceea ce reprezintă noțiunea de “drepturile omului”, căci dreptul la un mediu sănătos este un drept al omului, putem spune că preambulul Declarației Drepturilor Omului și Cetățeanului a Revoluției franceze din 1789, proclamă că “ignorarea, uitarea și disprețul drepturilor omului sunt singurele cauze ale nenorocirilor publice (...)”. Un secol și jumătate mai târziu, Declarația Universală a Drepturilor Omului din 1948 reține că “ignorarea și disprețuirea drepturilor omului au condus la acte de barbarie ce revoltă conștiința oamenilor”, astfel că “este esențial ca drepturile omului să fie protejate printr-un sistem juridic pentru ca omul să nu fie constrâns, ca ultim recurs, la revoltă împotriva tiraniei și opresiunii”.

Pe de altă parte, respectarea dreptului omului și a libertăților fundamentale constituie esența unei societăți democratice; nu poate exista democrație fără a asigura recunoașterea și respectarea acestor valori recunoscute universal. După cum a subliniat Curtea de la Strasbourg, “apărarea și dezvoltarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale se bazează pe un regim politic într-adevăr democratic (...), pe o concepție comună și un respect comun al drepturilor omului (...)”.⁵

Pe plan intern, drepturile fundamentale au fost definite ca fiind acele drepturi subiective ale cetățenilor, considerate ca esențiale pentru viața, libertatea și demnitatea lor, indispensabile dezvoltării personalității umane, drepturi care sunt stabilite prin Constituție și garantate de aceasta, precum și de legile în materie.⁶ Prin înscrierea lor în Constituție, li se recunoaște însuși caracterul de drepturi fundamentale și li se stabilesc garanții pentru ocrotirea și exercitarea lor, atât la nivel normativ, cât și la nivel internațional.

Pe plan internațional, răspunsul la ce ar putea reprezenta drepturile și libertățile fundamentale ale omului ar putea fi considerat a fi dat prin adoptarea de către Consiliul European, la 7 decembrie 2000 la Nisa, a Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, integrate apoi în partea a II-a a Proiectului de constituție europeană, elaborat de Convenția instituită în acest sens și adoptat ca atare la Consiliul European de la Atena 2003.

³ „Multiplicarea și diversificarea acestor noi drepturi (inclusiv dreptul la mediu) face să se nască o dificultate care nu este numai intelectuală. Acestea riscă de a devaloriza veritabilele drepturi ale omului, care par a fi depășite, în timp ce, în numeroase țări, ele sunt încă puțin respectate.”, R. Pelloux, op.cit., p. 68

⁴ F. Dore, *Conséquence des exigences d'un environnement équilibré et sain sur la définition*, la portée a la Conférence de Strasbourg, vol. I, p. 7 și urm.

⁵ Hotărârea CEDO, *Partea comunistă unificată a Turciei și alții contra Turciei*, 30 ianuarie 1998

⁶ Cornelii Birsan, *Convenția Europeană a Drepturilor omului, comentariu pe articole*, vol I „Drepturi și libertăți”, Ed. All Beck, București 2005, p. 12-13

Însă, dacă în dreptul intern, noțiunea de “drepturi fundamentale” are un criteriu sigur dat de cuprinderea anumitor drepturi în constituția unui stat, în dreptul internațional, această noțiune devine ambiguă și nesigură.⁷ Enumerările drepturilor din Cartă nu au niciun criteriu la bază, astfel încât acest document nu poate fi considerat de natură să definească noțiunea de “drepturi și libertăți fundamentale”.

Evoluția internațională a dreptului fundamental al omului la un mediu sănătos

Conceptul unui asemenea drept fundamental al omului a fost consacrat, pentru prima dată în plan internațional, prin Declarația adoptată în iunie 1972, la prima Conferință a ONU privind mediul, de la Stockholm. Astfel, primul articol al documentului a proclamat că “omul are un drept fundamental la libertate, egalitate și la condiții de viață satisfăcătoare, într-un mediu a cărei calitate să-i permită să trăiască în demnitate și bunăstare. El are datoria solemnă de a proteja și de a ameliora mediul pentru generațiile prezente și viitoare.” Astfel, din textul acestui document reies clar dimensiunile esențiale ale acestui drept: raportarea la celelalte drepturi umane fundamentale și consecințele ce decurg pentru state, cele două aspecte ale sale - dreptul la un mediu sănătos și prosper și datoria corelativă de a-l proteja - și finalitatea acestor cerințe, precum și beneficiarii săi: generațiile prezente și viitoare.

Un alt document important și relevant în acest sens a fost Carta Mondială a Naturii (aprobată prin Rezoluția nr. 37/7 din 28 octombrie 1982, a Adunării Generale a ONU) care a contribuit la definirea dreptului omului la mediu. Sunt precizate, pe această cale, obligațiile pertinente ce decurg pentru state și diferite autorități publice, pentru indivizi și colectivități (grupuri). În aceeași rază se situează și Principiul I al Declarației de la Rio de Janeiro (din iunie 1992) ce proclamă “dreptul la viață sănătoasă și rodnică, în armonie cu natura”, contribuind astfel la o mai bună circumscriere a conținutului său concret.

Din păcate, însă, ca de altfel toate declarațiile adoptate în cadrul Națiunilor Unite, aceste trei documente nu au suficientă forță juridică, cuprinzând prin excelență norme de recomandare. Acest neajuns este suplinit în parte, prin prevederile a două instrumente regionale privind drepturile omului.⁸

Vorbim aici de Carta africană a drepturilor omului și popoarelor, adoptată la 28 iunie 1981, care consacră în cadrul art. 24 că “toate popoarele au dreptul la un mediu satisfăcător și global, propice dezvoltării lor.” De remarcat este importanța acestui document, care constituie, pe de-o parte, prima stipulare convențională, obligatorie a dreptului mediului și, pe de altă parte, provine din partea unei structuri de cooperare aparținând țărilor lumii a treia, care, din cauza dificultăților economico-sociale, nu acordă, în general, un loc prioritar preocupărilor ecologice. Cel de-al doilea document, tot regional, îl constituie Protocolul adițional din 14 noiembrie 1988 privind drepturile economice, sociale și culturale al Convenției americane a drepturilor omului, care recunoaște “dreptul la un mediu sănătos” în articolul 11.⁹

În paralel cu aceste evoluții la nivel internațional, dreptul la mediu a fost recunoscut și garantat din ce în ce mai mult în cadrul legislațiilor interne; se consideră că nu există constituție revizuită după 1972 care să nu fi înglobat dispoziții relative la mediu. Așa se face că acest drept este recunoscut, sub o formă sau alta, în constituțiile naționale din 45 de state, în ale celor 11 state membre ale SUA, precum și în legislația a numeroase alte țări.¹⁰

⁷ Cornelii Bîrsan, op. cit., p. 12-13

⁸ Mircea Duțu, op. cit., p. 69-71

⁹ Formularea din Protocol este: „1. Fiecare are dreptul de a trăi într-un mediu sănătos și de a beneficia de serviciile publice esențiale. 2. Statele contractante se angajează de a promova protecția, prezervarea și ameliorarea mediului.”

¹⁰ Mircea Duțu, op. cit., p. 69-71

Evoluția europeană a dreptului fundamental al omului la un mediu sănătos

În ciuda eforturilor depuse, Convenția Europeană a Drepturilor Omului nu consacră încă, în mod direct, dreptul la un mediu sănătos și echilibrat din punct de vedere ecologic.

Pentru a se rectifica acest lucru, s-a propus, în cadrul Conferinței europene asupra conservării naturii, organizată la Strassbourg în 1970, de Consiliul Europei, elaborarea și adoptarea unui protocol adițional la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care să recunoască și să garanteze dreptul fiecăruia de a se bucura de un mediu sănătos și nedegradat. Deși a fost reluată într-o recomandare (720) din 1973 a Adunării parlamentare a Consiliului Europei, a rămas, din păcate nerezolvată.

În ciuda absenței unor dispoziții specifice privind dreptul la mediu la nivelul dreptului pozitiv, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a recunoscut, în cazul unor spețe, pe cale indirectă, atingeri aduse dreptului la un mediu sănătos.¹¹ Avem ca exemplu pentru acest lucru cazurile Powell și Ryner (21 februarie 1990, cererea nr. 9310/81), The Scarby Case (28 iunie 1990) sau The Fredin Case (18 februarie 1991), în care a fost arătat că deteriorările mediului pot duce la violarea drepturilor omului recunoscute de Convenția Europeană, printre care dreptul la viața privată și de familie și dreptul la proprietate.

Din punctul de vedere al textelor comunitare, avem ca exemplu Directiva nr. 1176/160 din 8 decembrie 1975 care constata că “opinia publică manifestă un interes crescând pentru problemele mediului și ameliorarea calității sale; că trebuie deci să fie informată de o manieră obiectivă asupra calității apelor de baie”. De asemenea, la 7 iunie 1990 a fost adoptată Directiva 90/313 privind libertatea de acces la informație în materie de mediu, care stabilește obligația autorităților publice și corelativ, dreptul persoanelor fizice și juridice, de a oferi informațiile relative la mediu, pe care le dețin.

2. Reglementarea dreptului la un mediu sănătos în legislația unor țări ale Uniunii Europene

Începând cu anul 1972, când a avut loc Conferința de la Stockholm, aproape toate constituțiile revizuite au înglobat în structura lor reglementări referitoare la mediu, semn că lumea a început să conștientizeze importanța protejării mediului înconjurător. De exemplu, Constituția Spaniei din 1978 evocă dreptul fiecăruia de a beneficia de un mediu “adekvat pentru dezvoltarea persoanei”. De asemenea, țările din Europa de Est introduc reglementări privind mediul (Ungaria, Slovenia, Polonia). După 1972, din ce în ce mai multe state membre ale Uniunii Europene au prevăzut garantarea dreptului la un mediu sănătos în legile lor fundamentale: Franța în anul 2005, Germania în anul 1994, Belgia și Suedia au adoptat dispoziții privind mediul cu ocazia revizuirilor constituționale din 1994 și, respectiv, 1999, iar legea constituțională din Austria (1984) angajează Republica în protejarea “mediului natural”. După extinderea Uniunii Europene din 2004, numai din constituțiile Danemarcei și Irlandei lipseau dispoziții exprese privind problematica mediului. Pe lângă aceste țări, au inserat dreptul la un mediu sănătos în Constituția lor (fie în Preambul, fie în conținutul Constituției sau în legile ordinare) state precum: Finlanda, Grecia¹², Slovacia, Lituania, Letonia, Estonia, Spania, Portugalia, Olanda¹³.

Consecințele afirmării constituționale și a garantării dreptului la un mediu sănătos sunt numeroase: consolidarea obligațiilor autorităților publice de a proteja mediul, asigurarea unei protecții mai bune a drepturilor subiective legate de mediu, crearea unei baze legale solide pentru

¹¹ Mircea Duțu, op.cit., p. 71-72

¹² art. 24: “Protecția mediului natural și cultural constituie o obligație pentru stat”

¹³ art. 21: “Puterile publice veghează la condițiile de trai din țară, ca și la protecția și ameliorarea mediului înconjurător”

sanționarea în justiție a daunelor de mediu.¹⁴ Se poate spune că garantarea dreptului la un mediu sănătos în legile fundamentale ale Statelor membre Uniunii Europene constituie un pas înainte și un demers pozitiv menit să sensibilizeze cetățenii europeni în legătură cu necesitatea protecției mediului înconjurător.¹⁵

a) Franța

Constituția franceză cuprinde, din luna martie a anului 2005, și Carta Mediului, adoptată în 2004. În Franța, se poate vorbi despre dreptul fiecărei persoane, în condițiile și limitele legii, de a accede la informațiile privind mediul înconjurător, informații deținute de autoritățile publice și de a participa la luarea deciziilor publice care au ca incidență asupra mediului.

Carta Mediului¹⁶ din Franța, consacră anumite obligații impuse tuturor: fiecare persoană are datoria să participe la conservarea și ameliorarea mediului înconjurător, fiecare persoană trebuie, în condițiile legii, să prevină atingerile pe care le-ar putea aduce mediului sau, în cel mai rău caz, să limiteze consecințele acestora, fiecare persoană trebuie să contribuie la repararea prejudiciilor pe care le-a adus mediului înconjurător.

Din Constituția Franței reiese faptul că este de datoria legiuitorului să concretizeze dreptul la informare și participarea la elaborarea deciziilor, dar și dreptul la repararea prejudiciilor și principiul prevenției.

b) Germania

Ideea inserării dreptului la mediu în Legea fundamentală germană a fost exprimată, pentru prima dată într-un program pentru protecția mediului publicat de guvernul federal în 1971, primul document important referitor la protecția mediului în Germania. De la acest moment, a existat o unanimitate politică pentru nevoia introducerii unei dispoziții în constituție prin care statul se obligă să protejeze mediul. În 1987, Consiliul federal a adoptat un proiect în acest sens care a fost mai mult simbolic. În final, în urma unificării Germaniei, tratatul de unificare prevedea reforma constituțională și introducerea unor principii directe ale politicii de Stat. Singurul principiu care a rezistat discuțiilor de reformă a fost chiar cel al protecției mediului. Articolul 20a al Legii fundamentale germane, adoptat în 1994, dispune că statul este obligat să protejeze “fundamentele naturale ale vieții prin exercițiul puterii legislative, în cadrul ordinii constituționale și a puterilor executive și judiciare în condițiile fixate de lege și drept”.

c) Belgia

Principiile dreptului mediului din dreptul pozitiv belgian sunt inspirate din articolul 174 din Tratatul asupra Uniunii Europene. În Belgia, aceste principii au fost mai întâi enunțate în decretul flamand din 5 aprilie 1995, care conține dispozițiile generale privind politica mediului. Regiunea

¹⁴ Mircea Dușu, *Constitutionalising the right to a healthy environment*, p. 27

¹⁵ Matei Diaconu, *Dreptul la mediu sănătos în constituțiile unor țări ale Uniunii Europene*, Revista de Științe Juridice nr.4, 2006, p. 98

¹⁶ „art.1.Fiecare persoană are dreptul să trăiască într-un mediu echilibrat și propice pentru sănătate; art.2.Fiecare persoană are datoria să participe la conservarea și ameliorarea mediului înconjurător; art.3.Fiecare persoană trebuie, în condițiile legii, să prevină atingerile pe care le-ar putea aduce mediului sau, în cel mai rău caz, să limiteze consecințele acestora; art.4. Fiecare persoană trebuie să contribuie la repararea prejudiciilor pe care le-a adus mediului înconjurător, în condițiile legii; art.5.Atunci când posibilă producere a unui prejudiciu ar putea afecta într-un mod grav și ireversibil mediul înconjurător, autoritățile publice vor veghea, în spiritul principiului precauției și în conformitate cu atribuțiile lor, la punerea în practică a procedurilor de evaluare a riscurilor și la adoptarea măsurilor provizorii și proporționale în scopul prevenirii prejudiciului; art.6.Politicile publice trebuie să promoveze o dezvoltare durabilă. În acest scop, ele vor armoniza protecția și punerea în valoare a mediului înconjurător cu dezvoltarea economică și progresul social; art.7.Fiecare persoană are dreptul, în condițiile și limitele legii, să accedă la informațiile privind mediul înconjurător deținute de autoritățile publice și să participe la luarea deciziilor publice care au incidență asupra mediului; art.8.Educația și formarea în spiritul protecției mediului trebuie să contribuie la exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor reglementate de prezenta Cartă; art.9.Cercetarea și inovarea trebuie să-și aducă contribuția la conservarea și punerea în valoare a mediului înconjurător; art.10.Prezenta Cartă inspiră acțiunile europene și internaționale ale Franței.”

valonă, prin decretul din 27 mai 2004, a adoptat Cartea I a Codului Mediului care a reluat în mod clar aceste principii fundamentale.

Articolul 23 din legea fundamentală belgiană include dreptul la mediu sănătos în cadrul dreptului la respectarea demnității umane: "Fiecare persoană are dreptul de a duce o viață conformă cu demnitatea umană. În acest scop, orice lege, decret sau regulament vor garanta, ținând cont de obligațiile corelative, drepturile economice, sociale și culturale și vor determina condițiile exercitării acestora. Aceste drepturi cuprind în principal: dreptul la muncă și la libera alegere a unei activități profesionale (...); dreptul la securitate socială, la protecția sănătății și la asistență socială, medicală și juridică; dreptul la un domiciliu decent; dreptul la protecția unui mediu sănătos; dreptul la propășire culturală și socială."¹⁷

3. Dreptul la un mediu sănătos în Convenția Europeană a Drepturilor Omului

a) *Introducere. Articolul 8 din Convenție*

Deși au existat încercări de a introduce o reglementare care să facă referire exclusiv la dreptul mediului în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, acest lucru nu s-a întâmplat până în prezent. Cu toate acestea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu a neglijat respectarea acestui drept, care a devenit astfel recunoscut și protejat prin intermediul art. 8 al Convenției, cel referitor la viața privată.¹⁸ Astfel, acest drept a fost consacrat în jurisprudența CEDO „prin rigoare”, pe cale pretoriană, adică prin interpretarea extensivă a domeniului de aplicație a unor drepturi prevăzute expres de Convenție.¹⁹

O atingere a dreptului la un mediu înconjurător sănătos nu poate fi invocată ca atare în fața Curții Europene, pentru că el nu este garantat *in terminis* de Convenție; el a fost alăturat dreptului la viață privată sau, mai bine spus, ca decurgând din acest drept, fiind o componentă a sa.²⁰ Așa s-a ajuns la protejarea „indirectă” a dreptului la mediu; urmând această cale, Comisia a decis că atingerile aduse mediului înconjurător prin anumite activități nocive pot „afecta calitatea vieții personale și, prin aceasta, îi este afectată viața sa privată”, precum și că, de pildă, „o poluare sonoră poate afecta neîndoielnic bunăstarea fizică a unei persoane și, în consecință, aduce atingeri vieții private”, precum și că ea „poate, de asemenea, lipsi persoana de posibilitatea de a se bucura de liniștea domiciliului său.” La rândul ei, Curtea a admis în anul 1990 că emanațiile sonore puternice, generate de exploatarea unui aeroport în apropierea locuințelor reclamanților este de natură să constituie o atingere a dreptului la viață privată și la domiciliu.²¹

Prima afirmare netă a principiului integrării dreptului la un mediu sănătos în sfera de aplicare a articolului 8, ca o componentă a protecției la viață privată, o găsim în hotărârea instanței de contencios european al drepturilor omului, pronunțată în cauza López Ostra contra Spaniei, în data de 9 decembrie 1994, în următorii termeni: „Este de la sine înțeles că atingerile grave aduse mediului

¹⁷ Matei Diaconu, op. cit., p. 101-102

¹⁸ Convenția Europeană a Drepturilor Omului: „Articolul 8 - Dreptul la respectarea vieții private și de familie 1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale. 2. 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 publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirii faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora.”

¹⁹ Judecătorel european nu reduce înțelesul termenului de „viață privată” la sfera intimă a relațiilor personale, ci îl extinde și la dreptul individului „de a stabili și dezvolta relații cu semenii săi, acoperind, în consecință, și activitățile profesionale ori comerciale precum și localurile unde acestea se exercită” (Afacerea Niemietz c/ Germania, 16 decembrie 1992)

²⁰ Cornelii Bîrsan, op. cit., p. 596

²¹ Sentința CEDO din cauza Powel și Rayner contra Regatului Unit, 21 februarie 1990, cererea nr. 9310/81

înconjurător pot afecta bunăstarea unei persoane și pot s-o priveze de dreptul de a se bucura de o locuință care să-i asigure exercițiul dreptului la viața privată și familială, chiar fără ca prin aceasta să-i fie pusă în pericol grav sănătatea”. De aceea, Curtea a decis ca prin plasarea unei stații de epurare în apropierea locuinței reclamantelor, autoritățile naționale au încălcat dreptul acestora la un mediu înconjurător sănătos, deci, implicit, dreptul lor la viață privată.

Instanța europeană a decis că, atunci când guvernul unui stat contractant desfășoară anumite activități periculoase, cum ar fi cele legate de explorarea unei instalații nucleare, susceptibile a avea consecințe nefaste și pe termen lung asupra persoanelor care participă la ele, respectarea dreptului la viață privată și familială, impune autorităților organizarea unei proceduri eficiente care să le permită atât participanților la experimente, cât și urmașilor lor, o informare cât mai corectă asupra pericolului la care se supun.²²

Această extindere a sferei de aplicare a articolului 8 din Convenție la poluările și atingerile aduse mediului a fost confirmată mai târziu și prin sentințele date în cauzele: „Guerra și alții împotriva Italiei”, din 19 februarie 1998, cererea nr. 14967/89, când s-a prevăzut că emisiile nocive ale unei uzine chimice au o incidență directă asupra dreptului protejat de art.8; „Afacerea McGinley și Egan contra Marea Britanie”, din 9 iunie 1998, cererea nr. 21825/93, ce privea expunerea soldaților la radiații nucleare, Curtea considerând că protecția sănătății este în strânsă legătură cu dreptul la o viață privată și familială, astfel încât și această plângere își găsește soluția tot în art. 8.

b) Conținutul art. 8 și titularii dreptului la un mediu sănătos

Ca toate drepturile, de altfel, și cele reglementate de art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului presupune pentru autoritățile publice și populație respectarea unor obligații negative (de a nu face ceva) sau a unora pozitive (de a face ceva).

Toate drepturile din Convenție garantate de art. 8: respectarea dreptului la viață privată, la viața familială, respectul domiciliului unei persoane și al secretului corespondenței impun, în primul rând, obligații negative din partea autorităților statale, și anume de a nu face ceva de natură a restrânge exercițiul lor de către titularii cărora le sunt recunoscute.

Aceste prevederi, consacrară dreptului la respectarea vieții private și familiale, urmăresc, în esență, asigurarea că autoritățile de stat nu-și vor depăși atribuțiile atunci când își exercită meseria, iar, în cazul în care acest lucru se întâmplă, titularii vor avea la îndemână o posibilitate de a reclama.

Cu toate acestea, Curtea a admis că existența unor dispoziții legislative care acordă autorităților publice posibilitatea de a intercepta corespondența, trimiterea poștale sau conversațiile telefonice, deși constituie ingerințe în exercițiul dreptului la viață privată, în anumite situații excepționale pot să se dovedească necesare într-o societate democratică, din moment ce sunt destinate să apere securitatea națională, ordinea publică ori să prevină săvârșirea unei fapte penale.²³ Însă, autoritățile nu se pot folosi de acest fapt pe un termen nelimitat, deoarece s-ar putea ajunge la distrugerea democrației sub pretextul apărării ei.

La capătul celălalt, art. 8 reclamă din partea statelor și îndeplinirea unor obligații pozitive, inerente asigurării respectului efectiv al vieții private și familiale, care pot implica și necesitatea adoptării de măsuri de protecție a vieții private, chiar cu privire la relațiile între indivizi.²⁴ Exemplificând obligațiile pozitive pe care le au de îndeplinit autoritățile statale, în cazul „Guerra și alții contra Italiei”, Curtea a statuat că Italia a violat art. 8 al Convenției, prin aceea că autoritățile au omis să transmită informațiile necesare relative la riscurile majore cauzate prin implantarea, în proximitatea comunei lor, a unei uzine chimice. Așadar, statul parte la Convenție are obligația

²² Corneliu Bîrsan, op.cit., p. 596-597

²³ Corneliu Bîrsan, op. cit., p. 594 -595

²⁴ CEDO, Stubbings și alții contra Regatului Unit, din 22 octombrie 1996, cererea nr. 22083/93; Verliere contra Elveția, din 28 iunie 2001, cererea nr. 41953/98

pozitivă nu numai de a lua măsuri pentru a face să înceteze ori să se reducă poluările (cazul López Ostra contra Spania), dar și să furnizeze informații despre riscurile grave de poluare.²⁵

Referitor la titularii dreptului la acțiune în fața organismelor Convenției, operează în primul rând acțiunea individuală, deschisă oricărei persoane fizice, organizații non-guvernamentale și oricărui grup de particulari. Este posibilă și acțiunea statelor, care are un caracter obiectiv, întrucât în temeiul art. 24 al Convenției, „orice parte contractantă poate sesiza Comisia (...) de orice lipsă de aplicare a dispozițiilor Convenției, care ar crede că s-ar putea imputa unei alte părți contractante”. Deoarece poluarea are un caracter transfrontier, un astfel de temei juridic ar putea fi invocat din partea unui stat pentru a putea determina alt stat să reducă poluarea sau să înceteze activitatea ce dăunează mediului său.

Spre deosebire de reclamantul statal, în cazul celui cu titlu individual, trebuie să se demonstreze un interes de a acționa.

c) *Jurisprudență state Uniunea Europeană*

Cazul López Ostra contra Spaniei²⁶ este considerat prima speță în domeniul dreptului la un mediu sănătos din întreaga jurisprudență CEDO, în care dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos a fost apărut prin intermediul articolului 8 din Convenție. Este vorba aici de reclamanta Gregoria López Ostra, care locuind împreună cu familia sa într-o casă aflată în vecinătatea unei stații de epurare a apelor și deșeurilor industriale, s-a plâns prin cererea înaintată la CEDO de mirosurile, zgomotele și gazele poluatoare provocate de acea stație de epurare. Această poluare provocată de stația de epurare îi îngreuna viața atât ei, cât și persoanelor ce locuiau în apropiere, și, de asemenea, le punea în pericol starea de sănătate. În motivarea cererii, reclamanta s-a considerat ca fiindu-i încălcat dreptul la respectul pentru domiciliul său, astfel, fiind încălcat și afectat dreptul la viață privată. În soluționarea cauzei, Curtea a decis în favoarea reclamantei, considerând că orice atingere de o gravitate minimă adusă mediului înconjurător poate dăuna vieții private și de familie a unei persoane, prin nepermiterea de a se bucura de folosirea domiciliului său în aceleași condiții ca și alte persoane. Curtea a considerat că statul este responsabil pentru menținerea unui echilibru just între nevoile societății, în acest caz, anume acelea de înființare a unei stații de epurare și respectarea dreptului la viață privată și de familie, prin respectarea domiciliului.

Această hotărâre a fost atât de importantă și prin faptul că impune statelor-părți la Convenție o obligație pozitivă, astfel încât acestea trebuie nu numai să nu desfășoare activități de natură a îngrădi drepturile prevăzute de art. 8 din Convenție, dar trebuie și să ia măsurile necesare pentru asigurarea respectării acestor drepturi, ce includ dreptul fundamental la un mediu sănătos.

Următoarele două cauze prezintă tot încălcări de către stat a obligațiilor pozitive de a preveni. Prima dintre ele este cauza Hatton și alții contra Marea Britanie²⁷, din 2001, în care reclamantii s-au plâns de faptul că viața lor privată și de familie le-a fost afectată de creșterea numărului de decolări din timpul nopții de pe aeroportul Heathrow, ce se afla în apropierea casei lor. Aceștia au menționat faptul că până în 1993 erau impuse niște restricții cu privire la numărul de decolări din timpul nopții, restricții ce au fost eliminate în urma unui studiu efectuat de guvern, din care reieșea creșterea economică semnificativă în cazul în care se permiteau mai multe decolări pe timp de noapte. Guvernul însă nu a efectuat niciun studiu pentru a verifica în ce măsură această eliminare a restricțiilor va afecta traiul persoanelor din împrejurul aeroportului, consultându-se numai cu companiile aeriene înainte de decizie. Curtea a considerat, precum și în cazul López Ostra, faptul că statul avea obligația de a păstra un echilibru între creșterea economică bună pentru societate și modul în care acest lucru va afecta populația ce locuia în apropiere. Având în vedere că statul a luat decizia numai din perspectiva intereselor economice generale (motiv care nu este suficient pentru a justifica o

²⁵ Mircea Dușu, *Dreptul internațional al mediului*, Ed. Economică, 2004, p. 160-161

²⁶ CEDO, López Ostra contra Spania, din 09.12.1994, cererea nr. 16798/90

²⁷ CEDO, Hatton și alții contra Marea Britanie, din 02.10.2001, cererea nr. 36022/97

astfel de decizie), Curtea a considerat că a fost violat art. 8, statul încălcându-și obligațiile pozitive ce-i revineau.

Cea de-a doua cauză este Fadeyeva contra Federația Rusă²⁸, din 2005. În acest caz, reclamanta a depus cererea afirmând că locuiește într-un oraș în care se afla un important centru siderurgic și după ce și-a construit o casă la 450 metri de o oțelărie, a fost făcut un studiu prin care se dovedea faptul că starea de sănătate a locuitorilor se degradează continuu și a fost propusă mutarea lor din zonă. Aceasta a depus o cerere prin care a cerut în justiție acordarea unui spațiu în altă zonă pentru a se muta, însă a fost doar pusă pe o listă de așteptare, iar cererea de a se muta imediat fiindu-i refuzată de mai multe ori. Curtea a admis cererea reclamantei, arătând că există o violare a obligațiilor pozitive ale statului, considerând că statul este răspunzător pentru lipsa unei reglementări a activităților societăților în domeniile poluante, iar decizia instanțelor interne, care au admis parțial cererile reclamantei, nu au schimbat cu nimic situația acesteia.

Observând problema din alt punct de vedere, trebuie menționat faptul că și reclamanții au anumite obligații, aici fiind vorba de prezentarea unei documentații suficiente pentru a proba cazul lor. Părerile personale, presupunerile sau simpla invocare a unor riscuri de poluare nefiind considerate ca relevante în sine pentru a admite cauza. O cauză ce ilustrează acest fapt este *Kyrtatos contra Grecia*²⁹, din 2003. Reclamanții au susținut faptul că mediul lor înconjurător a fost distrus de niște amenajări urbane din sud-estul unei insule grecești, însă luând în considerare că aceștia nu au adus nicio probă a vreunui element nociv concret ce ar putea fi dăunător pentru sănătatea lor, respectiv pentru viața lor privată și familială, Curtea nu poate admite cauza.

d) *Jurisprudență România*

În ultimii doi ani, la CEDO în ceea ce privește respectarea și asigurarea dreptului fundamental al omului la un mediu sănătos, ca parte integrantă și apărută „prin ricoșeu” de art. 8 al Convenției europene a drepturilor omului, a fost auzit și numele României.

Prima cauză în acest domeniu a fost *Tătar contra România*³⁰, din ianuarie 2009. Cei doi reclamanți, Vasile Gheorghe Tătar și fiul, Paul Tătar au depus cererea pe motiv că o cursală a unei societăți comerciale aflate în apropierea locuinței reclamanților, ce utilizează în procesul tehnologic cianură de sodiu, după ce s-a produs un accident ecologic în zonă, fiind deversate aproximativ 100.000 metri cubi de apă conținând cianuri, societatea nu și-a închis activitatea, fapt ce le pune în pericol starea de sănătate, îndeosebi pe cea a fiului, care suferă de astm. Ei au invocat totodată și pasivitatea autorităților față de situația de fapt concretă, raportat la numărul mare de reclamații formulate de primul reclamant. Curtea a reținut că se încalcă articolul 8 din Convenție, pe motiv că statul nu și-a îndeplinit obligația de a-i informa pe locuitorii orașului Baia Mare, și îndeosebi pe reclamanți, astfel încât aceștia s-au aflat în imposibilitate de a cunoaște potențialele măsuri de prevenire ale unui accident similar sau modul de acțiune în cazul repetării unui astfel de accident. Cu toate acestea, Curtea nu a admis și partea cererii în care se cereau daune pentru starea de sănătatea a fiului, considerând că reclamanții nu au putut dovedi legătura de cauzalitate între accidentul ecologic și agravarea astmului reclamantului.

În speță, pentru a reține incidența art. 8 din Convenție, Curtea a acordat relevanța particulară stării de neliniște și incertitudine în care s-au aflat reclamanții coroborată cu pasivitatea autorităților de stat, cărora le revine obligația de a furniza informații suficiente cu privire la consecințele trecute, prezente și viitoare ale accidentului ecologic, precum și cu privire la măsurile de prevenire și recomandările în caz de repetare în viitor a unei astfel de situații, în contextul continuării activității respective.

²⁸ CEDO, *Fadeyeva contra Federația Rusă*, din 09.06.2005, cererea nr. 55723/00

²⁹ CEDO, *Kyrtatos contra Grecia*, din 22.05.2003, cererea nr. 42666/98

³⁰ CEDO, *Tătar contra România*, din 27.01.2009, cererea nr. 67021/01

Cel de-al doilea caz de condamnare a României la CEDO pe probleme de mediu îl reprezintă cauza Brândușe contra România³¹, din aprilie 2009. În această speță este vorba de un deținut care reclamă faptul că în apropierea celulei sale din penitenciarul din Arad, se depozitează gunoaie menajere, fiind nevoit să respire un aer viciat. În soluția sa, Curtea reține faptul că argumentul adus de Guvern, anume acela că nu au fost epuizate căile de atac interne, nu este admisibil, deoarece reclamantul a sesizat în mai multe rânduri autoritățile, care potrivit art. 86 din Legea nr. 137/1995, ar fi trebuit să se sesizeze din oficiu și, de asemenea, nici nu i-au fost prezentate alte opțiuni de căi de atac pentru a rezolva problema reclamantului. Curtea a decis faptul că „spațiul de viață” al reclamantului, celula sa din penitenciar, a fost afectat suficient de grav de depozitele de gunoaie menajere, astfel încât să cadă sub incidența art. 8 din Convenție, având în vedere că acest lucru nu este o consecință normală a privării de libertate. De asemenea s-a considerat că statul ar fi trebuit să-și îndeplinească obligația pozitivă de a acționa pentru a pune în aplicare reglementările legale necesare pentru activitățile ce au efecte asupra mediului, în așa fel încât să nu fie puse în primejdie viețile persoanelor din jur.

Ultima cauză prezentată și cea mai recentă este Marcu contra România³², alături de Cucolaș contra România și Coman contra România. Cei trei reclamânți au fost, respectiv sunt, deținuți în diferite penitenciare din România. Aceștia au adus în discuție prin plângerea lor condițiile inumane în care au fost nevoiți să trăiască în timpul necesar pentru a-și efectua pedeapsa. Toți au menționat aglomerarea de deținuți în celule, mâncarea de proastă calitate, accesul limitat la duș (doar o dată pe săptămână), murdăria din celule, acces puțin la lumină și aer curat, împărțirea unei celule cu deținuți care fumează sau care au boli contagioase. Totodată, Marcu a reclamat faptul că pe lângă pedeapsa principală, a primit ca pedeapsă complementară retragerea dreptului de custodie asupra copiilor minori. Curtea a decis că, în ceea ce privește condițiile inumane de trai la care au fost supuși reclamânții, chiar Guvernul a admis că în penitenciare este o problemă cu numărul prea mare de deținuți, și astfel, cu aglomerarea acestora în celule mult prea mici, deci există o încălcare a articolului 3 al Convenției referitor la interzicerea tratamentului inuman sau degradant. Referitor la art. 8 din Convenție, s-a constatat o încălcare a acestuia, prin faptul că deținutului Marcu i s-a retras custodia asupra copiilor, fără efectuarea în prealabil a unei cercetări pentru a vedea dacă acesta este un bun tată pentru copii săi, dacă îi tratează necorespunzător sau dacă a fost neglijent în îngrijirea lor, astfel încât nu este considerat admisibil ca el să nu aibă nicio cale de atac pentru a-și recăpăta copiii.

e) Garantarea dreptului la un mediu sănătos prin asigurarea dreptului la un proces echitabil (art. 6 din Convenție)

Prin natura sa procedurală, exercițiul dreptului la un proces echitabil, prevăzut de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, este condiționat de existența unei contestații „asupra drepturilor și obligațiilor cu caracter civil” (ori de o acuzare în materie penală). Dezvoltând o interpretare autonomă a acestor prevederi convenționale, organele de aplicare a Convenției consideră, ca regulă generală, că art. 6 este aplicabil oricărei contestații care are un obiect „patrimonial” și se întemeiază pe o atingere considerată atașată unor drepturi la rândul lor patrimoniale.³³

În mod sigur, putem considera dreptul la proprietate ca un drept patrimonial, astfel că acesta poate servi ca suport pentru antrenarea unui drept la un proces echitabil³⁴, deoarece afectarea sa prin fapte de poluare permite dreptul la acțiune în fața CEDO. Astfel, violarea dreptului la un mediu sănătos poate, prin sine, să autorizeze deschiderea dreptului „la o satisfacție echitabilă”, prevăzut de art. 50 din Convenție.

³¹ CEDO, Brândușe contra România, din 07.04.2009, cererea nr. 6585/03

³² CEDO, Marcu contra România, comunicat de presă eliberat de registratura Curții Europene a Drepturilor Omului nr. 787, din data de 26.10.2010

³³ Mircea Dușu, *Dreptul internațional al mediului*, Ed. Economică, 2004, p. 161-162

³⁴ după cum s-a stabilit, de exemplu, prin decizia în cauza Zander contra Elveția, din 25 noiembrie 1993, cererea nr. 14282/88

4. Uniunea Europeană - Programele de mediu

După conferința Organizației Națiunilor Unite din anul 1972, de la Stockholm, Uniunea Europeană a lansat mai multe programe de mediu. Primul Program de Acțiune pentru Mediu (PAM) pentru perioada 1973-1977, a fost elaborat în 1973, sub forma unei combinații de programe pe termen mediu și de gândire strategică, în care era pusă pe primul plan nevoia de protecție a apei și a aerului și cuprindea o abordare sectorială a combaterii poluării.

Cel de-al doilea Program de Acțiune pentru Mediu (PAM 2 - 1978-1982) a fost adoptat în 1978, și cuprindea aproximativ aceleași priorități ca și PAM 1 fiind, de fapt, o reînnoire a acestuia.

Din anul 1981, odată cu crearea, în cadrul Comisiei Europene, a Direcției Generale pentru Politica de Mediu, pregătirea și asigurarea implementării și funcționării politicilor de mediu au căpătat o importanță mult mai mare, deoarece acum există o direcție responsabilă cu acestea și astfel un cadru legislativ care să le dirijeze.

În 1982 este adoptat al treilea PAM (1982 -1986), în care se reflectă influența dezvoltării pieței interne în echilibrarea obiectivelor sale cu cele ale pieței, marcând trecerea de la o abordare calitativă a standardelor de mediu, la una axată pe emisiile poluante, iar în 1987 este adoptat PAM 4 (1987- 1992), ce se caracterizează prin aceleași tendințe ca și programul precedent. Un element de noutate al PAM 4 îl constituie pregătirea terenului pentru promovarea conceptului de conservare a mediului și a resurselor sale în vederea asigurării transmiterii moștenirii naturale și generațiilor viitoare.

La rândul său PAM 5 (1993 – 1999), care a fost adoptat în 1992 reprezintă trecerea la instrumentele economice și fiscale și la consultarea părților interesate în procesul de decizie, transformând dezvoltarea durabilă în strategie a politicii de mediu.

Anul 2000 reprezintă anul definirii priorităților pentru cel de-al 6- lea Program de Acțiune pentru Mediu (PAM 6 - 2001-2010) care susține strategia dezvoltării durabile și accentuează responsabilitatea implicată în deciziile ce afectează mediul. Sunt identificate 4 direcții prioritare ale politicii de mediu pentru următorii zece ani:

- 1) schimbarea climatică și încălzirea globală;
- 2) protecția naturii și biodiversitatea;
- 3) sănătatea în raport cu mediul;
- 4) conservarea resurselor naturale și gestionarea deșeurilor.

5. Reglementările interne în materia dreptului mediului

Deși în ceea ce privește dreptul la un mediu sănătos au existat încercări de reglementări încă din timpul lui Ștefan cel Mare (1457-1504, atunci când acesta, preocupat de protejarea vânatului și a celorlalte resurse naturale a dat „legea braniștei” - reprezenta un loc unde nimeni nu avea voie să vâneze, să pescuiască, să pășuneze vitele și nici măcar să cosească fânul fără voia stăpânului), cele mai importante demersuri în privința acestui drept au fost făcute după cel de-al doilea război mondial.

După prima Conferință Mondială asupra mediului înconjurător, ce a avut loc la Stockholm, în 1972, pe data de 23 iunie 1973 a fost dată prima lege privind protecția mediului înconjurător. Acest lucru deosebit de important situează astfel România printre puținele țări din lume care dispunea de o lege cadru în acest domeniu, lege ce a fost ulterior întregită și completată cu alte reglementări.³⁵

Pentru o îndrumare unitară a activității de protecție a mediului și o coordonare mai bună a fost înființat în 1974, Consiliul Național pentru Protecția Mediului Înconjurător, iar în județe și Municipiul București, comisii pentru protecția mediului înconjurător.

³⁵ Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 30 și urm.

Un alt pas important a fost adoptarea, la 29 decembrie 1995 a noii Legi a protecției mediului nr. 137³⁶, în care a fost prevăzut pentru prima dată că protecția mediului constituie „un obiectiv de interes major”.

Prin toate aceste reglementări juridice, dreptul românesc a făcut un pas important în direcția armonizării sale cu legislația Uniunii Europene și tranziția spre un sistem legal modern de protecție a mediului. Au fost consacrate principii precum: principiul precauției în luarea deciziilor, principiul prevenirii riscurilor ecologice și a producerii daunelor, principiul conservării biodiversității și a ecosistemelor specifice cadrului biogeografic natural, principiul poluatorul plătește. Tot în cadrul procesului de „europenizare” a legislației ecologice românești se înscrie și diversificarea și promovarea instrumentelor economice și fiscale de protecție a mediului prin instituirea unor fonduri speciale (fondul apelor, fondul de protecție a vânatului, fondul de conservare și regenerare a pădurilor).³⁷ De asemenea, este de remarcat și faptul că România a aderat sau a ratificat o serie de tratate internaționale în materie de mediu, la care este parte și Uniunea Europeană, precum: Convenția de la Basel privind controlul transportului peste frontiere a deșeurilor periculoase și al eliminării acestora, Convenția de la Viena privind protecția stratului de ozon, Convenția de la Geneva asupra poluării atmosferice transfrontiere pe distanțe lungi, Convenția-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice etc.

Următorul pas extrem de important în reglementarea în dreptul intern a dreptului la un mediu înconjurător sănătos îl constituie menționarea acestuia în Legea fundamentală a statului, odată cu revizuirea Constituției din 2003. Se știe că în Constituția din 1991 nu se recunoștea expres dreptul fundamental la un mediu sănătos; singurele prevederi reprezentau recunoașteri indirecte a dreptului la mediu și creau o obligație în sarcina statului de a proteja mediul.³⁸ De aceea se consideră că momentul semnificativ al recunoașterii și garantării constituționale a dreptului la un mediu sănătos în România, este reprezentat de articolul 35 al Constituției revizuite din 2003, articol intitulat „Dreptul la un mediu sănătos”, cuprins în capitolul consacrat drepturilor și libertăților fundamentale.³⁹ Astfel, suntem în prezența unui raport juridic complex în care toate persoanele sunt atât titularile dreptului la mediu, cât și titularile de obligații. Noțiunea de „îndatorire” folosită în Constituție are sensul de obligație juridică propriu-zisă.⁴⁰ Acestor dispoziții constituționale li se adaugă prevederea din art. 135, alin.(2), lit. e din Legea fundamentală privind obligația statului de a asigura refacerea și ocrotirea mediului, precum și cea referitoare la dreptul de proprietate care impun proprietarului respectarea sarcinilor privind protecția mediului, din art. 44 din Constituție. Aceste norme constituționale se completează reciproc în principal pentru că noul articol evidențiază faptul că dreptul la un mediu sănătos se referă atât la om, cât și la natură aflate într-o indisociabilă relație ecologică.⁴¹

În acest context, a fost necesară crearea unui nou cadru unitar, care să reunească principiile care guvernează activitatea de protecție a mediului, armonizat cu legislația europeană, prin adoptarea la 22 decembrie 2005 a OUG nr. 195 privind protecția mediului.⁴² Reglementarea cadru privind protecția mediului este completată de o serie de reglementări sectoriale, cu modificările și

³⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 304/30.12.1995

³⁷ Mircea Duțu, *Drept comunitar al mediului*, Ed. Economică, 1997, p. 166-168

³⁸ Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 88

³⁹ articolul 35 din Constituția revizuită și republicată în 2003, prevede: „(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 ameliora mediul înconjurător.”

⁴⁰ Matei Diaconu, op. cit., p. 97

⁴¹ Mircea Duțu, *Constitutionalising the right to a healthy environment and its implications in Romanian legislation*, Revista română de dreptul mediului, 2004, p. 27

⁴² Publicată în Monitorul Oficial nr. 1196/30.12.2005, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 265/29.06.2006, publicată în Monitorul Oficial nr. 586/06.07.2006

completările ulterioare, precum: Codul silvic (Legea nr. 26/1996), Legea apelor nr. 106/1996, Legea vânătorii și a protecției fondului cinegetic nr. 407/2006, OUG nr. 243/2000 privind protecția atmosferei ș.a.m.d

6. Concluzii

Dreptul fundamental al omului la un mediu înconjurător sănătos și-a afirmat puterea mai ales după anul 1972, când a ajuns să fie menționat în aproape toate Constituțiile țărilor din Uniunea Europeană. Având în vedere acest fapt, nimeni nu poate nega importanța unei persoane de a se bucura de viața sa particulară și de familie, în condiții considerate normale, adică într-un mediu propice dezvoltării armonioase atât fizice, cât și psihice.

Deși nu a fost prevăzut expres în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Curtea de la Strasbourg nu l-a ignorat și i-a dat putere prin interpretarea art. 8.1 și 6, creând astfel teoretic dreptul la un mediu sănătos și incluzându-l în categoria „drepturilor civile”, și astfel individuale. În acest mod, statele nu pot ignora dreptul persoanelor la acest drept, singurul lucru care le este permis este limitarea lui, cât timp nu încalcă alte drepturi ale populației.

Respectarea acestui drept a fost dovedită pe cale jurisprudențială, prin numeroasele cauze admise de către Curte și prin criticile aduse statelor care ori nu și-au îndeplinit o obligație pozitivă, ori au adus atingere drepturilor statuate de art. 8 din Convenție printr-o acțiune contrară, „îndeplinind” astfel o obligație negativă. În general Curtea s-a pronunțat în cauze care au avut ca temă principală: dreptul la informare privind riscurile de poluare și calitatea mediului, dreptul la un mediu echitabil, obligația statelor de a adopta „măsuri pozitive” menite să asigure efectivitatea dreptului la un mediu sănătos.

Urmarea acestor cauze prezente la CEDO a fost impunerea statelor-părți la Convenție de a asigura caracterul efectiv al dreptului, însă în anumite limite rezonabile, lăsând o marjă de apreciere statelor atunci când este vorba de alegerea mijloacelor necesare pentru asigurarea garanției sale.

Fiind într-o interdependență continuă cu dreptul la sănătate, dreptul la viață privată și de familie și dreptul la o anumită calitate a acestei vieți private, atingerile grave aduse dreptului la un mediu sănătos conferă posibilitatea victimelor de a se adresa autorităților de state, sau ca ultimă posibilitate, Curții Europene a Drepturilor Omului, pentru restabilirea condițiilor prielnice vieții, pentru prevenirea altor evenimente nefericite sau pentru repararea prejudiciului cauzat.

Referințe bibliografice

- Bîrsan, C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, Vol. I, *Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, București, 2005.
- Marinescu, D., *Tratat de dreptul mediului*, Ediția a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2008
- Marinescu, D., *Tratat de dreptul mediului*, Editura All Beck, București, 2003
- Duțu, M., *Dreptul comunitar al mediului*, Editura Economică, 1997
- Duțu, M., *Drept internațional și comunitar al mediului*, Editura Economică, 1995
- Duțu, M., *Dreptul internațional al mediului*, Editura Economică, 2004
- Duțu, M., *Dreptul mediului*, București, 1993
- Berger, V., *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a V-a în limba română, Editura Insitutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2005
- Lupan, E., *Dreptul mediului*, Editura Lumina Lex, București, 2001
- Diaconu, M., *Dreptul la un mediu sănătos în constituțiile unor țări ale Uniunii Europene*, articol internet: <http://drept.ucv.ro/RSJ/Articole/2006/R SJ4/B02DiaconuMatei.pdf>
- Trușcă, P. și Trușcă, A., *Dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos în jurisprudența CEDO*, Revista Transilvană de Științe Administrative, 1 (23)/2009, p. 97-120

- Constituția României, republicată, Editura Themis Cart, 2007
- Convenția Europeană a Drepturilor Omului - <http://www.echr.coe.int>
- Consiliul Europei - <http://www.coe.int/>
- Curtea Europeană a Drepturilor Omului - <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>
- Uniunea Europeană - <http://europa.eu>
- Enciclopedia liberă: <http://ro.wikipedia.org>
- <http://www.juridice.ro>
- <http://www.jurisprudencedo.com>

PROTECȚIA SPAȚIULUI EXTRAATMOSFERIC, A LUNII ȘI A CELORLALTE CORPURI CEREȘTI

Adrian Ștefan GABOR *

Abstract:

Standing in your corner and looking at the stars, probably doesn't generate the need to think about the dangers that might be coming from above, instead of contemplating the celestial harmony. To maintain this peaceful state for the next generations, some people created a legal framework for the "sky". The protection of the outer space is determined by the actual progress of technology, this domain becoming very accessible to some states which tend to use it as the last frontier of armed conflict, the ultimate battleground. Obviously a potential abuse can generate great consequences to all humanity. It is fascinating what you can discover these days by searching closely on the Internet. Governmental entities that have overcome the international financial crisis put on their agenda as main topic the research of the Moon's core.

Few of us know that they ignore the rules already accepted. These regulations are on the Internet too. For instance, you can find the current international legal regime on outer space that is based on treaties dating 1967. From the very beginning, you will discover that states, with no regard of these treaties agreed upon, have been breaking the principles and the provisions till this very day. This study intends to present you what the Governments agreed upon and what they are really doing. To conclude, the militarization and weaponization of outer space is a past, present and future problem and can't be contained if the main subjects of this matter – the states – are looking the other way. Although the treaties stipulate the legal entity's liability in both forms, objective and subjective, the last one you will find very rare applied, even in cases when is not necessary to ask for it.

Cuvinte cheie: protecție, spațiu extraatmosferic, militarizare, înarmare, încălcări

1. INTRODUCERE ÎN DREPTUL COSMIC

Dreptul cosmic este constituit din totalitatea normelor de conduită care reglementează relațiile internaționale ce se formează ca urmare a activității cosmice a statelor.

În opinia unor autori Dreptul cosmic reprezintă o parte a Dreptului internațional public și nu o ramură distinctă de drept deoarece este creația principalelor subiecte de Drept internațional – statele.

Normele sale sunt create pe baza unor convenții multilaterale și în mai mică măsură bilaterale. Un rol important în apariția și dezvoltarea Dreptului cosmic îl are O.N.U.¹

Dreptul cosmic a apărut, de la început, ca un drept al păcii interzicând efectuarea de acțiuni militare în spațiul interplanetar sau pe corpurile cerești.¹

Necesitatea existenței reglementării juridice a activității cosmice a statelor este imperativă pentru limitarea dacă nu eliminarea unor acțiuni anarhice din partea statelor în Cosmos, de folosire a acestuia împotriva intereselor omenirii.

Principiile de bază ale Dreptului cosmic au fost stabilite prin Tratatul spațial din 1967. Aceste principii stabilesc drepturile și obligațiile fundamentale ale statelor în activitatea lor cosmică și relațiile internaționale aferente.¹

Conținutul propriu-zis al lucrării

* Student, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” din București, (slick_ws_mib@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lector Univ. Drd. Trușcă Andrada
¹ Marțian I. Niciu „Cucerirea Cosmosului și Progresul Omenirii”, Ed. Dacia Cluj-Napoca 1978, p.p.104-105

2. Regimul juridic internațional actual al spațiului extraatmosferic

Actualul regim juridic internațional al spațiului extraatmosferic are patru piloni: Tratatul privind Principiile care Guvernează Activitatea Statelor în Explorarea și Folosirea Spațiului Extraatmosferic inclusiv a Lunii și a Celorlalte Corpuri Cerești² (The Outer Space Treaty of 1967), Acordul care Guvernează Activitatea Statelor pe Lună și pe Celelalte Corpuri Cerești³ (Moon Treaty of 1979), Convenția din 1972 asupra Răspunderii Internaționale pentru Prejudicii Cauzate de Obiecte Spațiale⁴ și Convenția din 1975 asupra Înregistrării Obiectelor Lansate în Spațiul Extraatmosferic⁵.

Tratatul privind Principiile care Guvernează Activitatea Statelor în Explorarea și Folosirea Spațiului Extraatmosferic inclusiv a Lunii și a Celorlalte Corpuri Cerești este structurat pe șaptesprezece articole care statuează, printre altele, că explorarea spațiului extraatmosferic este liberă și se va face în avantajul și ținând cont de interesele tuturor statelor indiferent de gradul de dezvoltare economică sau științifică (art. I). De asemenea, spațiul extraatmosferic inclusiv Luna și celelalte corpuri cerești nu pot face obiectul aproprierii sub nicio formă (art. II). Statele părți la Tratat se obligă să nu plaseze pe orbita Pământului sau să instaleze pe corpurile cerești obiecte purtătoare de arme nucleare sau de orice fel de arme de distrugere în masă. Totodată Luna și celelalte corpuri cerești vor fi folosite de Statele părți doar în scopuri pașnice. Stabilirea de baze militare, instalații sau fortificații, testarea de arme precum și executarea de manevre militare sunt interzise (art. IV).

Acordul care Guvernează Activitatea Statelor pe Lună și pe Celelalte Corpuri Cerești cuprinde douăzeci și unu de capitole.

În prima parte, Acordul reiterează normele de conduită stabilite de Tratatul privind Principiile care Guvernează Activitatea Statelor în Explorarea și Folosirea Spațiului Extraatmosferic inclusiv a Lunii și a Celorlalte Corpuri Cerești.

Potrivit art. 7 alin. (1), în cursul explorării Lunii Statele părți trebuie să ia măsuri pentru a preveni deranjarea echilibrului existent al mediului fie prin inducerea schimbărilor adverse în acel mediu, fie prin contaminarea dăunătoare cauzată de introducerea de materie străină în mediu sau altfel. De asemenea, se vor lua măsuri pentru a se evita afectarea dăunătoare a mediului de pe Pământ prin introducerea de materie extraterestră sau altfel.

Convenția din 1972 asupra Răspunderii Internaționale pentru Prejudicii Cauzate de Obiecte Spațiale este structurată pe douăzeci și opt de articole.

La articolul 1 alin. (1) se definește termenul de prejudiciu ca fiind pierdere de viață, accidentare sau altă deteriorare a sănătății; pierderea sau prejudicierea proprietății statelor sau persoanelor, naturală sau juridică ori a proprietății organizațiilor interguvernamentale internaționale.

Articolul 2 prevede că statul care lansează un obiect în spațiu este răspunzător absolut pentru prejudiciile cauzate de acesta, atât pe suprafața Pământului, cât și aeronavelor aflate în zbor, urmând să plătească compensații.

În cazul în care prejudiciul ce poartă asupra unui obiect spațial al unui stat lansator sau unei persoane ori proprietăți aflate la bordul obiectului spațial, cauzat de un obiect spațial al altui stat lansator, se produce în altă parte decât pe suprafața Pământului, statul din urmă va fi răspunzător doar dacă prejudiciul s-a produs din cauza greșelii sale ori a persoanelor care sunt responsabile pentru aceasta (art.3).

² Tratatul privind Principiile care Guvernează Activitatea Statelor în Explorarea și Folosirea Spațiului Extraatmosferic inclusiv a Lunii și a Celorlalte Corpuri Cerești, deschis spre semnare la Moscova, Londra și Washington, la 27 ianuarie 1967.

³ Acordul care Guvernează Activitatea Statelor pe Lună și pe Celelalte Corpuri Cerești, adoptat de Adunarea Generală a O.N.U. în anul 1979, intrat în vigoare în 1984.

⁴ Convenția din 1972 asupra Răspunderii Internaționale pentru Prejudicii Cauzate de Obiecte Spațiale, adoptată de Adunarea Generală a O.N.U. în anul 1971, intrată în vigoare în 1972.

⁵ Convenția din 1975 asupra Înregistrării Obiectelor Lansate în Spațiul Extraatmosferic, intrată în vigoare în anul 1976.

Convenția din 1975 asupra Înregistrării Obiectelor Lansate în Spațiul Extraatmosferic cuprinde douăsprezece articole și statuează la articolul 2 alin. (1) că în cazul lansării unui obiect pe orbita Pământului sau dincolo de aceasta statul lansator trebuie să înregistreze obiectul spațial prin mijloacele adecvate ale unei consemnări într-un registru pe care să îl mențină. Fiecare stat lansator trebuie să informeze Secretariatul General al O.N.U. privind constituirea unui astfel de registru.

Articolul 4 alin. (1) prevede că fiecare stat inclus în registru trebuie să furnizeze, în timp util, Secretariatului General al O.N.U. următoarele informații cu privire la obiectul spațial folosit în registru:

- a) Numele statului/statelor lansatoare;
- b) Un mijloc potrivit de identificare a obiectului spațial sau numărul său de înregistrare;
- c) Data și teritoriul sau locația lansării;
- d) Parametrii de bază ai orbitei;
- e) Funcția generală a obiectului spațial.

Fiecare stat inclus în registru, poate, la intervale de timp, să furnizeze Secretariatului General al O.N.U., informații adiționale cu privire la un obiect spațial folosit în registru alin. (2).

Fiecare stat inclus în registru va notifica Secretariatul General al O.N.U., în cea mai mare măsură posibilă și în timp util cu privire la obiecte spațiale despre care a transmis în prealabil informații și care s-a aflat dar nu se mai află pe orbita Pământului.

3. Militarizarea spațiului extraatmosferic, o problemă trecută, prezentă și viitoare

Prima tentativă de militarizare a spațiului cosmic, în sensul descris de Tratatul privind Principiile care Guvernează Activitatea Statelor în Explorarea și Folosirea Spațiului Extraatmosferic inclusiv a Lunii și a Celorlalte Corpuri Cerești și adusă la cunoștința publicului a aparținut SUA.

În anul 1983 președintele american Ronald Reagan a propus înființarea Inițiativei Strategice de Apărare (Strategic Defense Initiative) – un sistem spațial menit să protejeze SUA de atacuri cu rachete nucleare strategice. Planul a fost amplu criticat ca fiind nerealist și chiar neștiințific dobândind în scurt timp denumirea de Războiul Stelelor (Star Wars), după popularul film lansat de George Lucas în 1977.⁶

Sub administrația președintelui Bill Clinton, în 1993, numele programului a fost schimbat în Organizația pentru Apărarea împotriva Rachetelor Balistice, accentul mutându-se de pe apărare națională pe apărare în teatre de război, iar domeniul schimbându-se din global în regional. Deși n-ar fi fost pus în funcțiune niciodată, anumite aspecte din cercetarea și tehnologia Inițiativei Strategice de Apărare au pus bazele unor sisteme de rachete anti-balistice de astăzi. Organizația pentru Apărarea împotriva Rachetelor Balistice a fost redenumită ca Agenția de Apărare împotriva Rachetelor în anul 2002.⁷

Cercetarea și testarea în domeniul spațiului extraatmosferic rămâne puternic finanțată până în prezent indiferent de denumirea programelor, de influența politică sau de rapoartele de negație apărute în presă. Cu toate că este dificil a se cumula cheltuielile totale care să acopere întreg spectrul programelor de apărare bazate pe spațiul cosmic incluzându-le și pe cele clasificate (black budget), SUA a investit mult peste 100 de miliarde de dolari americani în Inițiativa Strategică de Apărare și în programele care au urmat-o.⁸

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Strategic_Defense_Initiative.

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Strategic_Defense_Initiative.

⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Strategic_Defense_Initiative.

a. Cursa pentru înarmarea spațiului extraatmosferic

În ianuarie 2008, China și-a demonstrat abilitatea fizică de a distruge un satelit din spațiul cosmic lansând o rachetă spre el. Deși satelitul care a fost doborât era relativ vechi, gestul a trimis un mesaj înfiorător către lume. Mai târziu SUA a demonstrat capacități similare.

Un titlu apărut în revista Jane's Defense Weekly acum câțiva ani afirma: "Noile sisteme optice ale Forțelor Aeriene ale Statelor Unite au Rolul de a Extinde Raza Laserelor". Cu majuscule primul paragraf al știrilor din Washington D.C. proclama amenințător: "arme laser de mare putere sunt așteptate să-și facă debutul operațional puțin mai târziu în acest deceniu, potrivit planificatorilor militari care spun că aceste arme vor revoluționa bătăliile viitoare oferind Statelor Unite abilitatea de a lovi ținte cu raze letale de energie generate la viteze extreme și pe distanțe mari". Instalarea acestor sisteme de arme vor transforma spațiul extraatmosferic într-un potențial câmp de luptă – o platformă care să ofere superioritate strategică asupra solului. Spațiul extraatmosferic capătă repede statutul de spațiu suprem, o expresie folosită cu devotament de către planificatorii și liderii militari.

În ce direcție se îndreaptă Occidentul ghidat de Statele Unite? Este vorba despre programul Războiul Stelelor al lui Ronald Reagan din nou? Sau este, cum unii analiști au descris, fiul programului Războiul Stelelor? Planurile în desfășurare ce prevăd utilizarea laserelor aeropurtate la mare înălțime de avioane Boeing 747 modificate, care să genereze raze laser de multi-megawați reflectate de un releu cu oglinzi de 5 metri în diametru dispuse în spațiul extraatmosferic pentru a doborî rachete cu focoaie nucleare în faza de propulsare vor duce inevitabil la înarmarea spațiului cosmic.

Cursa Statelor Unite pentru spațiul extraatmosferic

Potrivit Washington Post, în ianuarie 2001, Comandamentul Spațial al Forțelor Aeriene ale Statelor Unite a finalizat un important joc de război plasat în spațiu unde, "sateliți de atac și lasere au luptat contra hackerilor și avioanelor spațiale într-o confruntare simulată ce reflectă convingerea în creștere a Pentagonului că bătăliile cheie ale secolului 21 ar putea fi purtate în spațiul extraatmosferic". Exercițiul denumit "Schriever 2001" a arătat că abilitatea de a proiecta forțe înspre și dinspre spațiul cosmic poate constitui un puternic determinant într-un conflict. Armata Statelor Unite nu este foarte depășită și urmărește exploatarea tehnologiei spațiale pentru a obține "efecte bazate pe trageri" pentru manevre în viitorul câmp de luptă. Cum intenționează mai exact să obțină astfel de efecte, în prezent, este neclar.

Următorul pas logic ar fi dezvoltarea capacităților de a distruge sisteme spațiale similare ale adversarilor inclusiv sateliți militari. Senatorul american Tom Harkin a afirmat, după un test laser din 1997 menit să ajute armata Statelor Unite să înțeleagă vulnerabilitatea sateliților militari, că testul a fost "atât inutil, cât și provocator". Destul de evident, de atunci, armata Statelor Unite a acceptat spațiul cosmic ca un viitor câmp de luptă și un nou teatru de operațiuni. În curând lumea va afla despre "sateliți ucigași" înarmați cu lasere, mine spațiale, sisteme electronice de bruij, bombe inteligente și viruși care pot afecta comenzile, controlul, comunicațiile și sistemele inteligente bazate pe computere.

Scopul va fi distrugerea sateliților sau neutralizarea temporară a acestora prin mijloace neletale. Acestea pot include lasere care să "orbească" sateliții responsabili cu realizarea imaginilor și semnale radio de bruij și chiar mijloace chimice de defaectare a aeronavelor în zbor. Cu siguranță, lupta se va extinde și spre distrugerea bazelor terestre ale inamicului, atât din aer cât și din spațiul extraatmosferic. De asemenea, pe tablitele de desen se află și un bombardier strategic spațial care se va declanșa ca o rachetă balistică și va elibera muniție ghidată cu precizie de la înălțime stratosferică de până la 100 de km asupra țințelor aflate adânc în teritoriul inamic. Va fi capabil să atingă orice țință din lume în 30 de minute de la lansarea din Statele Unite continentale.

Departamentul Apărării al Statelor Unite a emis o Directivă asupra Politicii Spațiale (9 iulie 1999) care declara spațiul ca fiind "un mediu similar celui terestru, acvatic și aerian în care ar trebui

desfășurate activități militare”. Comisia pentru Evaluarea Managementului Securității Naționale a Spațiului Statelor Unite din anul 2000 prezidată de secretarul apărării Donald Rumsfeld înainte de a fi numit șeful Pentagonului, a avertizat despre un Pearl Harbour spațial. În raportul ei, Comisia a afirmat că ar fi de interes național ”dezvoltarea și instalarea mijloacelor de apărare împotriva actelor ostile direcționate spre obiective spațiale ale Statelor Unite și împotriva folosirii spațiului extraatmosferic în mod ostil intereselor Statelor Unite.

Forțele aeriene ale Statelor Unite, nerăbdătoare să capete supranumele de ”forță aerospațială”, au lansat un nou studiu în anul 2001 pentru a identifica arii de cercetare care să se concentreze pe controlul spațiului și pe accesul la spațiu cu privire asupra desfășurării efective de operațiuni aerospațiale.

Eforturile prezente ale Statelor Unite sunt concentrate în principal pe dobândirea unui control al forțelor armate a spațiului, pentru livrarea potențialului militar a acestui mediu vital, de a proteja trupe și teritorii și de a proiecta putere peste hotare. Cu toate acestea, trebuie ținut cont că planificatorii politicii Statelor Unite și oficialii industriei spațiale cer în acest moment un ”cuprinzător plan strategic care să coordoneze eforturile spațiale civile, militare și comerciale”. Realizările practice ale acestor capacități diabolice vor fi extrem de destabilizatoare pentru pacea mondială. Posesia lor de către Statele Unite va determina în mod natural Rusia, China și poate încă alte douăsprezece state să urmeze această direcție – ducând la o a doua cursă pentru spațiu, după ce prima a fost pornită de lansarea satelitului Sputnik 1 de către U.R.S.S. în anii '50.

Reacții în societatea internațională

Fostul președinte rus Vladimir Putin a exprimat o serioasă îngrijorare cu privire la militarizarea spațiului extraatmosferic în creștere și s-a adresat comunității internaționale în sensul dublării eforturilor de a menține pacea în spațiul extraatmosferic pentru binele generațiilor viitoare.

China a cerut interzicerea testelor, instalării și folosirii oricăror arme, sistemelor de arme și componentelor lor în spațiul extraatmosferic înaintea testului ei anti-satelit. A sugerat constituirea unei Comisii a Națiunilor Unite care să redacteze un instrument internațional de legătură pentru prevenirea unei curse de înarmare a spațiului extraatmosferic. În timp ce China își diminuează consistent orice aplicații militare ale propriului program spațial, dezvoltări recente incluzând accente reînnoite asupra zborului cu pilot (Proiectul 921) indică fără dubiu o creștere a importanței spațiului în planul de securitate națională. Proiectul 921 are în mod evident conotații militare.

În Israel, Forțele Aeriene au fost create cu scopul de a conduce serviciul pentru planificare operațională și eventuala instalare de obiective spațiale și sisteme înrudite și pentru expansiunea uzului militar al spațiului.

India s-a opus cu vehemență folosirii spațiului în scopuri militare. Adresându-se Conferinței Aplicațiilor Spațiale sponsorizată de ESCAP, din noiembrie 1999 de la New Delhi, Prim Ministrul Atal Behari Vajpayee a spus: ”nu pot supraestima nevoia dezvoltării aplicațiilor spațiale pentru pacea și securitatea global. Spațiul trebuie să devină noua frontieră nu pentru o cursă a înarmării ci pentru cursa dezvoltării colaborative și comune a omenirii.” La summitul privind spațiul din cadrul Congresului Științific Indian din Bangalore de la începutul lui ianuarie 2003, Președintele, Dr. A. J. Abdul Kalam a solicitat constituirea unei ”Forțe Internaționale Spațiale” care să asigure neextinderea conflictelor de pe Pământ în spațiu sau punerea în pericol a bunurilor spațiale ale omenirii. Astăzi, acest lucru pare produsul unei gândiri utopice.

b. Încălcări ale prevederilor Dreptului cosmic

În Dreptul spațial, Tratatul cu privire la Principiile care Guvernează

Activitatea Statelor în Explorarea și Folosirea Spațiului Extraatmosferic inclusiv a Lunii și a Celorlalte Corpuri Cerești, din 1967 și Convenția privind Răspunderea pentru Daunele Cauzate de

Obiecte Spațiale din 1972, reglementează răspunderea materială a statelor care lansează obiecte spațiale.

Condiția esențială a răspunderii subiective o reprezintă culpa autorului poluării.

Convenția din 1972, ia în considerare atât răspunderea subiectivă – atunci când paguba este cauzată de un obiect spațial ”oriunde în afară de suprafața pământului” unui alt obiect spațial lansat de un alt stat, precum și persoanelor sau bunurilor aflate la bordul acestui obiect, cât și răspunderea obiectivă, absolută pentru daune cauzate de un obiect spațial ”la suprafața pământului sau aeronavelor”

Potrivit articolului 6 din Tratatul din 1967, statele părți la Tratat poartă responsabilitatea pentru activitățile naționale în spațiul extraatmosferic, inclusiv Luna și celelalte corpuri cerești, nu numai pentru faptele lor proprii, ci și pentru cele întreprinse de ”alte entități guvernamentale”, deci de alte persoane juridice.

În toate situațiile de răspundere solidară a două state de lansare pentru daunele provocate de obiecte spațiale, repararea daunei se împarte între ele, după gradul lor de culpabilitate. Dacă acest lucru nu se poate stabili, dauna se suportă în mod egal de către statele respective.⁹

După analiza faptelor petrecute în sfera de acoperire a Dreptului cosmic putem spune că, deși încălcări ale normelor prevăzute de Tratatul și Convențiile adoptate până în prezent au existat, jurisprudența din acest domeniu este foarte săracă.

Demersul științific al N.A.S.A. din data de 9 octombrie 2009¹⁰ a constatat în prăbușirea intenționată a componentei Centaur, parte a sistemului LCROSS (Satelitul responsabil cu Observarea și Detectarea de la Distanță a Craterelor Lunare) în scopul creării unui crater în apropierea polului sud al Lunii pentru a antrena particule de la baza acestuia a căror compoziție să fie analizată în vederea identificării dovezilor existenței apei. Corpul rachetei prăbușite cântărind 2 tone a lovit suprafața lunară cu peste 5600 de mile pe oră, generând un crater de aproximativ 5 mile în diametru și ridicând un nor de materie la peste 12 mile înălțime. Acest demers violează în mod evident normele Dreptului cosmic identificate în Acordul care Guvernează Activitatea Statelor pe Lună și pe Celelalte Corpuri Cerești prin articolul 3 alin. (1), articolul 7 alin. (1) și articolul 11 alin. (1). Cu toate acestea nu există sesizări juridice din partea niciunui subiect de Drept internațional ci numai articole de presă.

Unul dintre cazurile care au reușit să ajungă în documente oficiale este cel al dezastrului provocat de satelitul Cosmos 954 aparținând Uniunii Sovietice. Satelitul cu propulsie nucleară a fost lansat de către Uniunea Sovietică în anul 1977. În data de 24 ianuarie 1978, satelitul s-a defectat, a intrat în atmosferă și s-a prăbușit împrăștiind material radioactiv într-o zonă din nordul Canadei de mărimea aproximativă a Austriei. Operațiunea de căutare și curățare a fost extrem de complicată și s-a finalizat în martie 1978 după ce resturile radioactive au fost culese și zona a fost curățată. Statele Unite au oferit asistență imediată Canadei pentru curățire, asistență care a fost și acceptată, pe când oferta de asistență a Uniunii Sovietice nu a venit până când Canada a cerut informații despre reactorul nuclear. Costurile operațiunii de curățire s-au ridicat la aproape 14 milioane de dolari canadieni, în timp ce Statele Unite au cheltuit între 2 și 2,5 milioane de dolari.¹¹

Canada a emis o notă de plată în valoare de 6 milioane de dolari pentru Uniunea Sovietică împreună cu o pretenție formulată pe baza Convenției din 1972 asupra Răspunderii Internaționale pentru Prejudicii Cauzate de Obiecte Spațiale. Negocierile au început în luna februarie a anului 1980 și după câteva sesiuni pretenția a fost stabilită de comun acord, ca Uniunea Sovietică să plătească 3 milioane de dolari canadieni. În consecință, pretenția a fost stabilită prin intermediul negocierilor diplomatice recunoscute de articolul IX al Convenției din 1972 asupra Răspunderii Internaționale

⁹ Marinescu Daniela, „Tratat de dreptul mediului” Ediția a IV-a, Editura Universul Juridic, 2010, p. 672.

¹⁰ http://www.nasa.gov/mission_pages/LRO/news/lro-lcross-impact.html.

¹¹ Ka Fei Wong, op. cit. Colaborarea pentru Explorarea Spațiului Extraatmosferic p. 19.

pentru Prejudicii Cauzate de Obiecte Spațiale ca fiind primul pas în procesul prezentării unei pretenții.¹²

c. Organisme internaționale de control

Organizația Națiunilor Unite reprezintă primul și cel mai important organism al cărui rol este de a reglementa cadrul lansărilor spațiale.

1) În anul 1958 a fost înființat Biroul Națiunilor Unite pentru Afacerile Spațiului Extraatmosferic (UNOOSA)¹³, ca o mică unitate de experți în cadrul Secretariatului, menit să servească Comisia pentru Folosirea în mod Pașnic a Spațiului Extraatmosferic. În prezent Biroul se află în Viena.

Biroul Națiunilor Unite pentru Afacerile Spațiului Extraatmosferic¹⁴ implementează deciziile Adunării Generale a O.N.U. și ale Comisiei pentru Folosirea în mod Pașnic a Spațiului Extraatmosferic. Biroul are dublul rol de a sprijini discuțiile interguvernamentale din cadrul Comisiei și ale Subcomisiei Științifice și Tehnice și Comisiei Legale și de a asista țările în dezvoltare în procesul de folosire a tehnologiei spațiale. În plus, urmărește din punct de vedere legal dezvoltarea științifică și tehnică în domeniul spațiului, tehnologia și aplicațiile pentru a putea furniza informații tehnice și sfaturi statelor membre, organizațiilor internaționale și altor birouri ale O.N.U.

2) Comisia pentru Folosirea în mod Pașnic a Spațiului Extraatmosferic¹⁵ a fost constituită de Adunarea Generală a O.N.U. în anul 1959 pentru a evalua scopul cooperării internaționale în domeniul folosirii pașnice a spațiului extraatmosferic, a inventa programe în acest domeniu care să fie preluate sub auspiciile Națiunilor Unite, a încuraja continuitatea cercetărilor și diseminarea informațiilor pe probleme de spațiu extraatmosferic și a studia problemele juridice generate de explorarea spațiului extraatmosferic.

Statele membre în Comisie sunt în număr de 69 printre care și România.

Comisia și cele două Subcomisii ale sale, Științifică și Tehnică și Legală se întâlnesc se întâlnesc anual pentru a lua în considerație întrebările aduse la cunoștință de către Adunarea Generală, rapoartele primite și problemele ridicate de către statele membre. Informații detaliate despre munca Comisiei și Subcomisiilor se regăsesc în rapoartele lor anuale.

3) Conferința pentru Dezarmare¹⁶ (CD), confirmată în 1979 ca fiind singurul forum multilateral de negociere pentru dezarmare a fost rezultatul primei Sesiuni Speciale pentru Dezarmare a Adunării Generale a O.N.U., ce a avut loc în anul 1978. Aceasta a urmat alte forumuri de negociere de tipul celui de la Geneva, ca de exemplu Conferința Comisiei pentru Dezarmare.

Între anii 1985 și 1994, Conferința pentru Dezarmare a creat o Comisie ad-hoc pentru Prevenirea unei Curse de Înarmare a Spațiului Extraatmosferic (PAROS).

4) Prima Cosmisie pentru Dezarmare și Securitate Internațională a Adunării Generale a O.N.U.

5) A patra Comisie pentru Politică Specială și Decolonizare a Adunării Generale a O.N.U.

6) Uniunea Internațională de Telecomunicații.

4. CONCLUZII

Umanitatea a încercat să dezvolte de-a lungul existenței sale un sistem de reguli de conviețuire care s-a dovedit prin aplicare nu doar perfectibil, ci și marcat de subiectivitatea celor puternici.

¹² Ka Fei Wong, op. cit. Colaborarea pentru Explorarea Spațiului Extraatmosferic p. 20.

¹³ <http://www.oosa.unvienna.org/>.

¹⁴ <http://www.oosa.unvienna.org/oosa/en/OOSA/index.html>.

¹⁵ <http://www.oosa.unvienna.org/oosa/en/COPUOS/copusos.html>.

¹⁶ [http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/2D415EE45C5FAE07C12571800055232B?Open](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/2D415EE45C5FAE07C12571800055232B?Open)

De cele mai multe ori motivul care a stat la baza unor decizii materializate în reglementări internaționale l-a constituit precedentul periculos și, implicit, nevoia de soluționare a unor diferende.

Normele consacrate în dreptul internațional au fost influențate în mod semnificativ de marile puteri, respectiv de interesele de natură economică ale acestora.

Se poate observa un tipar creat de modul de acțiune al oamenilor, mai precis de societatea internațională și anume expectativa, chiar nevoia de a se produce unul sau mai multe incidente specifice unui anumit domeniu pentru ca aceasta să aibă o reacție. În speță, reglementările normative privind activitatea atomo-nucleară au apărut după producerea dezastrului de la Hiroshima și Nagasaki, Dreptul spațial a îmbrăcat forma oficială după derularea unor misiuni spațiale, în anul 1967, ca ulterior să devină parte a Dreptului mediului, ramură conturată oficial abia în anul 1972 prin Conferința de la Stockholm. Cu siguranță nu putem invoca necunoașterea pericolelor la care a fost expusă omenirea prin derularea activităților menționate mai sus și prin lipsa de reacție a comunității internaționale. De câte incidente de poluare a mediului a fost nevoie pentru reglementarea acestui domeniu de activitate? Este o întrebare retorică desigur, pentru că aflându-ne în anul 2011 experiența ne confirmă că doar existența intereselor politico-economice poate genera măsuri de rezolvare a unor probleme, de altfel evidente.

În prezent cadrul legal de desfășurare a activităților în spațiul extraatmosferic este bine conturat, cuprinzător însă adevărata problemă se regăsește în latura coercitivă a legii, latură aproape neexploată și în eterna lipsă de reacție a statelor cu privire la încălcări ale normelor Dreptului spațial concretizată prin numărul extrem de mic al cauzelor internaționale în justiție raportat la numărul efectiv de încălcări existente.

Luând în considerare tendința de evoluție a lucrurilor în ultimele opt decenii putem aprecia că direcția în care se va îndrepta comunitatea internațională nu va fi considerabil diferită de cea de până acum, astfel, marile puteri își vor continua programele de explorare spațială care pot aduce beneficii umanității dar și programele de înarmare a spațiului extraatmosferic ignorând cu bună știință normele pe care, cu ipocrizie, ele însele le-au adoptat fapt ce va determina caducitatea unor inițiative de tipul prevenirii unei curse de înarmare a spațiului.

Referințe bibliografice

- Marinescu Daniela, *Tratat de dreptul mediului*, Ediția a IV-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic București 2010;
- Niciu. I. Marțian, *Cucerirea Cosmosului și Progresul Omenirii*, Ed. Dacia Cluj-Napoca 1978;
- Wong Ka Fei, *Colaborarea pentru Explorarea Spațiului Extraatmosferic*;
- [www.indiastrategic.in/topstories599 htm](http://www.indiastrategic.in/topstories599.htm);
- www.nasa.gov;
- www.oosa.unvienna.org;
- www.un.org;
- www.unog.ch;
- www.wikipedia.org.

ARBITRAJUL – O METODĂ LA ÎNDEMÂNĂ COMERCIANȚILOR

Alexandra PÎRVU¹

Abstract

My paper is in the field of International Commerce, under the name "Arbitration - a handy method in commerce". At the beginning of the paper I would like to introduce you in this world, the world of arbitration. It is an interesting world, but not many people know about its existence. It is an easy way to clear some misunderstandings with your business partners, only if you know some basic notions. Some history and examples of cases, also some cases from Romania will also be a part of this paper, so that I can show that arbitration is a useful method. The most important part of my paper it is going to be the analysis of the rules of this procedure, not only the national ones, because we do have this sort of institution in Romania, under a national regime, but also the international ones.

Key words: arbitration, handy method, celerity, authonomy, secrecy.

1. Considerații introductive

Privind spre noua turnură pe care o ia lumea modernă, observăm că mai mult de 90 % dintre litigiile ivite între comercianți au fost și sunt soluționate pe calea arbitrajului. Acest demers este ales de către țările dezvoltate care pot organiza și desfășura procedura în cele mai bune condiții, mai ales că în aceste state, încrederea și posibilitățile de respectare ale tuturor cerințelor necesare a fi întrunite pentru a putea avea rezultatul dorit sunt net superioare.

Dorința de a soluționa litigiul într-un timp scurt, într-o manieră lipsită de publicitate, a dus la popularizarea procedurii arbitrale. Lucrarea își propune să discute despre avantajele apelului la procedura arbitrală, cu speranța că aceste mențiuni vor ajuta la îndreptarea litiganților spre această manieră pentru a soluționa situația ivită între ei.

2. Analiza avantajelor procedurii arbitrale

Pentru a putea soluționa un litigiu comercial sau civil, intern sau internațional, există posibilitatea apelului la procedura arbitrală. Arbitrajul este de două feluri: instituționalizat și ad-hoc. Privind din perspectiva unui comerciant, în cazul în care se ivește o situație ce necesită soluționare în fața unui organ abilitat în domeniul juridic, acesta așteaptă ca situația să fie soluționată cu celeritate și cu aplicarea unei anumite legi, care să dea sens tuturor clauzelor contractuale.

Posibilitatea de a apela la o instanță ordinară este o altă variantă. În ceea ce privește acest articol, vom încerca să dovedim care sunt avantajele unui arbitraj fie el instituționalizat, fie ad-hoc, în detrimentul unei instanțe naționale ordinare.

Pentru a putea iniția o analiză, trebuie să definim o serie de concepte. Unul dintre acestea este reprezentat de acela de instanța ordinară. Conform Dicționarului Explicativ al Limbii Române, reprezintă un organ de stat însărcinat cu soluționarea litigiilor dintre persoanele fizice sau dintre acestea și persoanele juridice, de către un judecător, sau un complet mai larg (2 sau 3 judecatori, pentru apel sau recurs). În ceea ce privește conceptul de arbitraj, vorbim despre soluționarea unui litigiu, de către un arbitru. Arbitrajul diferă după cum este ad-hoc sau instituționalizat. Diferența este că arbitrajul ad-hoc se constituie doar pentru un caz singular, în acea formulă. După soluționarea litigiului ivit între părțile ce au făcut apel la acest tip de arbitraj, comisia ce a soluționat, își întrerupe

¹Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București. Acest studiu a fost realizat sub coordonarea prof. univ. dr. SITARU Dragos Alexandru și Lect. univ. drd. MIHUT Gabriela GYONGY .

activitatea în acea formulă. Arbitrajul instituționalizat este organizat în cadrul unei instituții permanente de arbitraj. În România, este vorba despre Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

Continuând cu aceste concepte, trebuie să privim avantajul alegerii procedurii arbitrale, astfel partea poate nominaliza arbitrul sau arbitrii, dacă dorește o comisie alcătuită din trei arbitrii. În cazul instanțelor ordinare, judecătorul cărui îi este repartizat cazul spre soluționare este ales aleatoriu, cu ajutorul unui program de calculator. Acesta este un avantaj al arbitrajului, astfel, dacă persoanele litigante doresc să numească persoane pe care le consideră calificate pentru cazul lor. Nu există îndoieli asupra pregătirii judecătorilor din sistemul juridic de stat. Discutăm despre pregătirea specializată și experiența vastă a unui arbitru, care focusează asupra acestor litigii de natură comercială. Este o realitate supraaglomerarea instanțelor ordinare, termenele ce sunt din ce în ce mai lungi. Apelul la procedura arbitrală rezolvă o parte foarte mare dintre aceste probleme.

În ceea ce privește taxele, instanțele naționale percep o serie de taxe, inferioare ca și quantum față de cele arbitrale. Pare un dezavantaj pentru procedura din urmă. Dar dacă privim în detaliu situația, vom descoperi că aceste taxe avantajează prin prisma faptului că arbitrajul este o procedură rapidă. În dreptul comun, este necesară achitarea unei taxe de timbru, achitarea eventualelor expertize, iar partea care cade în pretenții, trebuie să achite cheltuielile de judecată, de obicei. În materia arbitrajului discutăm despre onorariul arbitrilor, eventualele expertize, cheltuieli ocazionate cu constituirea comisiei arbitrale ad-hoc. Secțiunea a III-a din Regulile Curții de Arbitraj, în art. 42, prevede că „Cheltuielile arbitrale cuprind: taxa arbitrală, cheltuielile de administrare a probelor, de traducere a actelor, cheltuielile privind dezbaterile, onorariile arbitrilor, onorariile avocaților, ale experților și consilierilor, cheltuielile de deplasare a părților, arbitrilor, martorilor, experților și consilierilor și alte cheltuieli generate de arbitrarea litigiului.”

Conform art. 3 alin (1) din Regulile Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, este necesar ca părțile să fi încheiat o convenție arbitrală scrisă în acest sens, și să fie dornice să o pună în aplicare în cazul în care aceasta poate fi utilizată. Alin. (3) al aceluiași articol definește conceptul de litigiu comercial: „Litigiul comercial este orice litigiu care decurge dintr-un contract comercial, inclusiv referitor la încheierea, executarea sau desființarea lui, ca și din alte raporturi juridice comerciale arbitrabile.” Nu ne interesează definirea conceptului de litigiu civil, ținând cont de faptul că scopul acestei lucrări este acela de a demonstra utilitatea procedurii arbitrale în litigiile comerciale.²

Față de posibilitatea apelului la instanțele naționale, pentru a face apel la instanțele arbitrale trebuie să existe o formă scrisă expres prevăzută în contractul ce urmează să facă obiectul litigiului. Pentru a face apel la instanțele ordinare, este suficient să fie respectate prevederile din Codul de Procedură Civilă Român. În cuprinsul acestuia este cerută îndeplinirea procedurii concilierii prealabile prevăzută în art. 720¹ CPCiv. Ulterior îndeplinirii acestei proceduri, fără un rezultat notabil, care să ducă la soluționarea într-o manieră a conflictului de interese ivit, se avansează o treaptă, făcându-se apel la instanța națională ordinară, competentă să soluționeze.

În cazul în care se face apel la arbitraj, nu mai este necesară îndeplinirea procedurii concilierii prealabile. Însa este necesar să fie întrunite prevederile art. 12, 13 sau 14 din cadrul Regulilor de arbitraj ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României. Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie este o instituție permanentă de arbitraj neguvernamentală, fără personalitate juridică, independentă, cu exercitarea atribuțiilor ce îi revin, organizată să funcționeze în conformitate cu propriul său regulament. Astfel, în art. 12 al Regulilor Curții, este reglementată clauza compromisorie, prin aceasta înțelegându-se o clauză ce este inserată în contractul în cauză din care reiese dorința părților de a soluționa eventualele litigii viitoare, pe calea arbitrajului. Alin. (2) al art. 12 apreciază validitatea clauzei ca fiind independentă de valabilitatea contractului în cauză. Reiese de aici faptul că,

² Regulile Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

independent de faptul că acest contract ar putea fi lovit de nulitate, spre exemplu, clauza rămâne valabilă.

O altă posibilitate de a apela la arbitraj este reprezentată de compromis. În art. 13 al Regulilor menționate mai sus este prevăzut: „Prin compromis părțile convin ca un litigiu ivit între ele să fie soluționat pe calea arbitrajului, arătându-se, sub sancțiunea nulității, obiectul litigiului.” Din această reglementare trebuie observat faptul că acest mod de a implementa arbitrajul ca și opțiune pentru soluționarea litigiului ivit are o formă separată de contractul în litigiu. Compromisiul presupune un document separat, care se încheie în momentul în care litigiu este cert. Clauza compromisorie este inserată într-un contract, litigiul fiind unul potențial, viitor.³

Art. 14 din Regulament prevede o altă formă pentru reglementarea arbitrajului drept variantă de soluționare a litigiilor viitoare sau actuale. Art. 14 (1) „Convenția arbitrală poate rezulta și din introducerea de către reclamant a unei cereri de arbitraj și acceptarea pârâtului ca această cerere să fie soluționată de Curtea de Arbitraj. (2) Acceptarea pârâtului poate fi și implicită, dar neechivocă.”

În cazul arbitrajului instituționalizat, litigiul este soluționat de un tribunal arbitral din cadrul Curții de Arbitraj. Hotărârea acestuia este definitivă și obligatorie pentru părți. La fel se întâmplă și în cazul instanțelor naționale, hotărârea este definitivă și obligatorie pentru părți. Însă, în cazul instanțelor naționale, există și posibilitatea atacării hotărârii cu apel sau recurs. În general, instanțele de drept comun au căi de atac ale hotărârilor. În cazul Curții de Arbitraj, ținând cont că discutăm despre specialiști în domeniu, posibilitatea ca aceștia să comită o eroare este foarte scăzută. În cazul instanțelor comune, vorbim despre multiple specializări, multiple cazuri.

În ceea ce privește compunerea completului de judecată, în cazul instanțelor comune discutăm despre un singur judecător, ales aleatoriu, printr-un program informatic. În cazul în care vorbim despre recurs, discutăm despre un complet de 3 judecători. În cazul procedurii arbitrale, discutăm despre un singur arbitru sau de un număr de 3 arbitri. Dacă este cazul unui tribunal arbitral compus din 3 arbitri, fiecare parte numește un arbitru, fiind numit un supraarbitru de către ambele părți, în urma înțelegerii dintre acestea. Dacă părțile nu cad de acord în ceea ce privește supraarbitrul, acesta poate fi numit de către instanța judecătorească.

Ca și în cazul judecătorilor, pentru a fi arbitru trebuie să îndeplinești o serie de condiții. Astfel, profesia de arbitru este incompatibilă cu aceea de Avocat al Poporului, judecător, procuror, președinte al țării. În schimb, este compatibilă cu acelea de cadru universitar și avocat.

Dacă discutăm despre regulile de arbitraj instituționalizat din România, găsim în art. 17 din Regulile Curții menționată Autoritatea de nominare. Aceasta are rolul de a numi arbitrii în cazul în care părțile nu fac acest demers, și să numească supraarbitrul în cazul în care părțile nu au căzut de acord. Aceste nominalizări sunt făcute de pe lista de arbitri care există în cadrul Curții de Arbitraj Comercial. Astfel, părțile au posibilitatea să decidă, de comun acord, ca litigiul lor să fie soluționat de un singur arbitru, ales de către ele. Dar, au și posibilitatea de a alege o comisie formată din 3 arbitri. Fiecare parte își alege un arbitru, iar supraarbitrul este ales de comun acord. Dacă părțile nu se înțeleg, sau nu aleg arbitrul în termenul stabilit, intervine Autoritatea de nominare și face aceste demersuri în numele părților.⁴ Dacă există mai multe părți, părțile cu interese comune sau asemănătoare, vor numi un singur arbitru.

Sunt numiți și arbitri supleanți, pentru cazul în care arbitrii aleși nu participă la procedură, din diverse motive.

Avantajul major al arbitrajului îl constituie confidențialitatea, prevăzută de art. 353 lit.c CPCiv., dar și în Regulile de Arbitraj ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, art. 7.5 Astfel, dacă în cazul instanțelor ordinare, în mare parte, cazurile sunt judecate în ședință publică, oricine dorește poate participa, în limita locurilor din

³ Regulile Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

⁴ Regulile Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

⁵ Soluționarea litigiilor comerciale prin arbitraj, lector univ. dr. Mihăila Ștefan.

sala de judecată, în cazul procedurii arbitrale, se aplică principiul confidențialității. Părțile pot alege ca litigiul dintre ele să fie ținut secret față de terțe persoane. La dosarul cauzei, nimeni nu are acces fără acordul scris al părților. Aceste cazuri, pot fi publicate în integralitatea lor dacă părțile sunt de acord, sau parțial, în reviste de drept sau culegeri de practică judiciară, dacă ridică probleme de drept inedite, într-o manieră din care să nu poată fi recunoscută partea în speță, și să nu îi fie prejudiciate interesele. În alin. (2) „Președintele Curții de Arbitraj, iar în lipsa acestuia, prim-vicepreședintele, poate autoriza, de la caz la caz, cercetarea dosarelor în scopuri științifice sau de documentare după rămânerea definitivă a hotărârilor arbitrale.”

Procedura se poate desfășura și fără prezența părților, la fel cum există și în procedura instanțelor ordinare, dar, în cazul arbitrajului discutăm și despre posibilitatea soluționării prin scrisori sau poștă electronică.

În discutarea avantajelor/dezavantajelor arbitrajului comercial internațional, în general, sunt evidențiate elemente privind costurile și soluționarea cu celeritate a acțiunii. În Regulile Curții de Arbitraj este prevăzut faptul că termenul pentru soluționarea cauzei este de 6 luni, cu posibilitatea prelungirii acestuia cu două luni, dacă se ivesc diverse situații (în cazul încetării persoanei juridice sau al decesului uneia dintre părți) sau dacă părțile convin în acest mod. În procedura instanțelor ordinare, termenele sunt lungi, listele instanțelor sunt încărcate de dosare. Un litigiu poate dura foarte mult timp, ducând la o situație grea pentru părți. Avem în vedere faptul că discutăm despre comercianți, termenele în acest domeniu sunt foarte scurte (2 zile, de exemplu). Pagubele suferite de către un comerciant din cauza întârzierii pot fi foarte mari din cauza acestei târâgănări.

Un avantaj puțin discutat este acela al (respectării) autonomiei de voință a părților, autonomie care în doctrina arbitrală este considerată esența arbitrajului comercial. În discuțiile referitoare la autonomia de voință a părților uneori se face distincția între arbitrajul intern și cel internațional. În prima situație, voința părților este limitată în alegerea legii aplicabile de o legătură substanțială cu contractul, în timp ce în arbitrajul comercial internațional, alegerea este o opțiune esențială în litigiile izvorâte din contracte.

Hotărârile luate de Tribunalul Arbitral sunt definitive și sunt învestite cu formulă executorie. La fel ca și cele din dreptul comun, sunt valabile atât timp cât nu au fost date cu încălcarea unei norme imperative de ordine publică. Dacă hotărârea este legal luată, aceasta poate fi aplicată imediat ce a rămas definitivă.

Dacă litigiul decurge dintr-un contract cu elemente de extraneitate sau din alte raporturi juridice care conțin elemente de extraneitate, atunci discutăm posibilitatea arbitrajului comercial.⁶ Părțile pot alege ca normele aplicabile să fie cele române sau cele străine, la care România este parte. Pot fi aplicabile regulile Camerei Internaționale de Comerț de la Paris, acest organism fiind o structură organizatorică de tip asociativ. O latură pozitivă a arbitrajului internațional este reprezentată de posibilitatea de a alege țara pe teritoriul căreia sa se desfășoare procedura arbitrală.

Conform informațiilor de pe site-ul CCI din Paris, costurile sunt mai mici decât cele ocazionate de aducerea litigiului în fața unei instanțe naționale. Motivația este aceea că arbitri nu își permit să tragă de timp, nefiind în interesul lor amânarea soluționării cauzei. Taxele sunt stabilite de către CCI, conform unei scări stabilite anterior. Discutăm aici despre taxe stabilite în funcție de suma ce face obiectul arbitrajului. Pe site-ul în discuție există chiar un sistem care calculează cu aproximație costurile ocazionate de arbitraj, conform tarifelor stabilite de Curte. Este prevăzut faptul că aceste costuri variază în funcție de numărul de arbitri aleși, de locul unde se dorește a se desfășura procedura arbitrală, de condițiile generale dorite de către parte.

Accesibilă oricărui tip de companie, procedura arbitrală nu face deosebiri între comercianți. Nu există discriminări între companiile mici și marile corporații dezvoltate în țările industrializate.

⁶ Dreptul Comerțului Internațional – Tratat, vol. I, Sitaru Dragoș-Alexandru, Editura Universul Juridic, București, 2008.

Este un sistem unitar ce se poate aplica oricărui comerciant ce dorește să beneficieze de înlesnirile oferite de această procedură.⁷

Procedura este ținută secretă, nimeni nu cunoaște părțile în litigiu, cu excepția celor direct implicați. Confidențialitatea este la mare preț, ajungându-se până la posibilitatea de a se încheia un pact de confidențialitate chiar cu partea opusă în litigiu.

Arbitrii sunt ținuti să respecte în totalitate regulile impuse de către părți, reguli negociate de către acestea, conform interesului lor superior. Soluțiile arbitrilor fiind foarte clare, fără urmă de interpretare.

În cazul în care părțile nu au ales încă locul unde să se desfășoare arbitrajul, sunt sfătuiți să aleagă țara pe teritoriul căreia hotărârea nu va fi indisponibilizată de către legile interne. Este de preferat un stat ale cărui legi vin să dea sens în cel mai complex și complet mod posibil dispozițiilor contractuale stabilite între părți.

3. Concluzii

Luând în calcul toate cele expuse mai sus, trebuie să analizăm bine înainte de a decide ce cale vom alege pentru a soluționa un litigiu. Pentru a avansa și a atinge un nivel superior de dezvoltare, trebuie să dăm o șansă și să avem încredere în noile proceduri ce vin a decongestiona instanțele ordinare, precum arbitrajul. Principiul operativității este cel care face ca acest tip de procedură să fie foarte utilizată în multe țări. Astfel, ținând cont de cele enumerate și analizate succint, mai sus, indicăm procedura arbitrală drept o cale sigură de urmat în sensul soluționării litigiilor comerciale, fie ele interne sau internaționale.

Referințe bibliografice

- Dreptul Comerțului Internațional – Tratat, vol. I, Sitaru Dragoș-Alexandru,, Editura Universul Juridic, București, 2008.
- Revista „Dreptul”, nr. 11/2006, dr. Ion Schiau, „Ordinea publică în dreptul internațional privat și eficacitatea hotărârilor arbitrale”.
- Regulile Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.
- Soluționarea litigiilor comerciale prin arbitraj, lector univ. dr. Mihăila Ștefan.
- Tratat de Drept Comercial Român, Stanciu D. Cărpenaru, Editura Universul Juridic, București, 2009.
- International Court of Arbitration, Dispute Resolution Center from International Chamber of Commerce from Paris.

⁷ International Court of Arbitration, Dispute Resolution Center from International Chamber of Commerce.

ÎNSTRĂINAREA UNUI BUN IMOBIL CĂTRE UN DESCENDENT CU REZERVA DREPTULUI DE UZUFRACT VIAGER. CONTRACT DE VÂNZARE-CUMPĂRARE SAU DONAȚIE ?

Alexandra-Diana LUPȘOR *
Andreea-Raluca APOSTOL **

Abstract

The present study aims to analyse the practical and theoretical problems regarding the transfer of the real estate to a descendant under the subject to the lifelong usufruct right. Our paper is based on the analysis of two causes of the Romanian court of law practice. After presenting the facts, the motivations of both sides in the trial courts and the solution, we are to comment on specific civil institutions of the two causes, on the applicability of common or inheritance law, as appropriate, and also on the correctness of the solutions given by the court in the fund, call and appeal. Finally we will conclude with a brief description of those solutions which, in our opinion, would have been correct in accordance with the facts, the two side motivations, the applicable law and the doctrinal aspects present in these two cases.

Cuvinte cheie: moștenire legală, rezervă succesorală, cotate disponibile, prezumție de donație, moștenitori rezervatari, vocație succesorală, simulație, donație deghizată, drept succesoral, drept comun, preț serios, preț fictiv, manopere dolosive, descendenți, succesibili.

Vom începe prin a analiza câteva noțiuni de drept succesoral deoarece moștenirea legală și încălcarea rezervei succesorale reprezintă principala problemă.

Conform art.650 C.civ. 'Succesiunea se deferă sau prin lege, sau după voința omului, prin testament. Prin urmare, în funcție de izvorul vocației succesorale a celor care dobândesc patrimoniul persoanei decedate, moștenirea poate fi legală sau testamentară'.

Moștenirea este legală în cazul în care transmiterea patrimoniului succesoral are loc în temeiul legii – la persoanele, în ordinea și în cotele determinate de lege. Ea intervine în cazul și în măsura în care defunctul nu a dispus prin testament de patrimoniul sau pentru caz de moarte sau manifestarea sa de voință nu poate produce efecte, în total sau în parte.

Cu alte cuvinte, moștenirea este legală fiindcă patrimoniul succesoral se transmite la persoanele, în ordinea și în cotele determinate de lege, moștenitorii justificând această calitate a lor prin invocarea textelor legale corespunzătoare¹.

Persoanele care dobândesc moștenirea în temeiul legii sunt moștenitori universali, cu vocație la întregul patrimoniu lăsat de defunct, chiar dacă, în concret, existând o pluralitate de moștenitori, ei beneficiază numai de o fracțiune din moștenire. Rezerva se culege, în toate cazurile, cu titlu universal. Moștenitorii legali nu pot avea vocație numai la bunuri singulare, privite ut singuli, deci nu pot exista moștenitori legali cu titlu particular.

Am menționat noțiunea de vocație succesorală. Așadar, sub titlul 'Despre calitățile cerute pentru a succede', Codul Civil(art.654 – 658) prevede 2 condiții – una pozitivă și una negativă – pe care trebuie să le îndeplinească o persoană pentru a putea moșteni.; să aibă capacitate succesorală și să nu fie nedemnă de a moșteni.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti (e-mail: lupsor.alexandra@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist.univ.drd.Gheorghe Anca Nicoleta

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti (e-mail: raluca.apostol@gmail.com).

¹ F.Deak, Tratat de drept succesoral, Ed. Actami, Bucuresti, 1999, p.8

La aceste două condiții, în literatura juridică se adăuga o a treia condiție, și anume, vocația(chemarea) la moștenire. Într-adevăr, dreptul la moștenire se analizează în cadrul dreptului succesoral nu în sensul aptitudinii generale a persoanei fizice ori juridice de a avea acest drept în conținutul capacității sale de folosință, ci în sensul dreptului asupra unei moșteniri deschise. Iar pentru ca o persoană să aibă un asemenea drept, ea trebuie să fie chemată la moștenire, adică să aibă vocație succesorală, legală sau testamentară. Deci vocația succesorală este o condiție a dreptului la moștenire, numai că această chemare își are temeiul fie în lege, fie în testamentul lăsat de defunct.²

Pe de altă parte, trebuie observat că nedemnitatea succesorală, în sistemul Codului Civil, este specifică numai moștenirii legale și deci nu reprezintă o condiție generală a dreptului la moștenire.

Pentru ca o persoană fizică sau juridică ori statul să aibă dreptul de a culege, în tot sau în parte, moștenirea lăsată de o persoană fizică decedată, nu este suficient ca persoana ce pretinde moștenirea să aibă capacitate succesorală, ci mai este necesar ca ea să aibă chemare la moștenire, fie în virtutea legii, fie în virtutea testamentului lăsat de defunct.

Legea conferă vocație la moștenire rudelor defunctului(în anumite limite), inclusiv rudenii rezultată din adopție, șotului supraviețuitor al defunctului și statului.

Noțiunea de vocație la moștenire are un dublu înțeles. În sensul ei general ea desemnează vocația potențială(eventuală) a unor persoane de a culege moștenirea lăsată de o alta persoană. În acest sens se analizează, de exemplu, vocația succesorală legală a rudelor în linie directă fără limită în grad sau limitarea vocației succesorale legale a rudelor pe linie colaterală la gradul IV inclusiv ori principiul reciprocității vocației succesorale legale.

Dar noțiunea de vocație succesorală are și un sens concret(vocație efectivă, utilă), determinată prin devoluțiunea succesorală, cu ajutorul căreia se selectează, dintre persoanele cu vocație succesorală generală, acele persoane care vor culege efectiv moștenirea lăsată de defunct. Deci vocația succesorală concretă presupune două condiții; una pozitivă, vocația succesorală generală și una negativă, persoana în cauza să nu fie înlăturată de la moștenire de un alt succesibil, chemat de lege în rang preferabil sau de un legatar. Evident, în ambele sale sensuri, vocația succesorală presupune existența capacității succesorale(dar nu și invers).

Nici vocația succesorală generală și nici cea concretă nu se confundă cu aptitudinea general-abstractă a unei persoane de a se bucura, în conținutul capacității sale de folosință, de dreptul de moștenire, garantat prin Constituție – art.42 – 'Dreptul la moștenire este garantat'. Dreptul de moștenire, ca o aptitudine abstractă, devine potențial prin intermediul vocației succesorale generale și efectiv, util prin vocația concretă la moștenire.

Potrivit condițiilor pe care le-am prezentat mai sus, transmiterea moștenirii(legală) operează în virtutea legii din momentul deschiderii acesteia. Aceasta nu înseamnă, bineînțeles, că moștenitorii legali sunt siliți să primească moștenirea. Potrivit art.686 C.civ., 'nimeni nu este obligat de a face acceptarea unei moșteniri ce i se cuvine'(nemo invitus heres). Dacă moștenitorul, în baza acestui text, renunță la moștenire, prin aceasta desființează cu efect retroactiv titlul de moștenitor, devenind o persoană străină de moștenire(art.696 C.civ.).

Instituția moștenirii este concepută – în cadrul devoluțiunii legale – ca o moștenire de familie și numai în cazul moștenirii vacante masa succesorală este culeasă de către stat.

Astfel fiind, în dreptul nostru sunt chemate la moștenire în temeiul legii – și deci au vocație succesorală legală – persoanele care sunt în legătură de familie cu defunctul, adică rudele defunctului – din căsătorie, din afara căsătoriei și, în anumite condiții, din adopție – și, alături de acestea, șotul supraviețuitor al defunctului.

Potrivit legii, rudenii este legătura bazată pe descendența unei persoane dintr-o altă persoană(rudenii în linie dreaptă) sau pe faptul că mai multe persoane au un ascendent comun(rudenii în linie colaterală). Rudenii în linie dreaptă poate fi ascendentă sau descendentă(art. 659 – 663 C.civ. și art. 45 C familiei).

² F.Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Actami, Bucuresti, 1999, p.43

Prin urmare, rudele în linie dreaptă, descendentă(fiu, nepot de fiu, strănepot de fiu etc.) și ascendentă (părinți, bunici, străbunici etc.), au vocație succesorală în mod nelimitat în grad. În schimb, rudele colaterale au numai până la gradul al IV-lea inclusiv. Deci au vocație succesorală legală pe linie colaterală frații și surorile defunctului, rude de gradul al 2-lea, descendenții lor pana la gradul al IV-lea(nepoți și strănepoți de frate – soră, care sunt rude de gradul 3, respectiv de gradul 4 cu defunctul), unchii și mătușile defunctului(rude colaterale de gradul 3) și copiii lor(veri primari ai defunctului, care sunt rude colaterale de gradul 4) și frații sau surorile bunicilor defunctului(rude colaterale tot de gradul 4).

Subliniem că vocația succesorală a acestor rude(care sunt chemate la moștenire alături de soțul supraviețuitor al defunctului) nu înseamnă că ele toate, împreună și deodată, vor culege moștenirea lăsată de defunct, căci vocația lor la moștenire este numai generală, potențială, vizând posibilitatea de principiu a acestor persoane de a moșteni, prin efectul legii, patrimoniul persoanei decedate. Vocația lor concretă de a culege efectiv această moștenire este determinată prin devoluțiunea succesorală legală, legea instituind o anumită ordine de chemare legală la moștenire. Dacă toate rudele cu vocație generală ar fi chemate împreună și deodată la moștenire, 'averile succesoriale s-ar fărâmița în părți de o valoare neînsemnată, iar instituția moștenirii nu și-ar mai putea îndeplini rosturile ei social-economice'; pe de alta parte, 'nu s-ar ține seamă de caracterul diferit al legăturilor de afecțiune dintre cel care lasă moștenirea și rudele sale'.³

Prin urmare, pentru ca o persoană să fie chemată efectiv la moștenire în temeiul legii, deci să aibă vocație legală concretă, nu este suficient să facă parte din categoria moștenitorilor legali, cu vocație generală, ci trebuie să mai fie îndeplinită și o condiție negativă, și anume, să nu fie înlăturată de la moștenire de o altă persoană, cu vocație generală, dar chemată de lege în rang preferabil, deci care are și vocație concretă, utilă.

Potrivit legii, orice persoană fizică poate dispune liber de bunurile care alcătuiesc patrimoniul său, astfel încât patrimoniul lăsat la moarte poate fi, valoric, cu totul neînsemnat; nimeni nu este obligat să lase o moștenire, chiar dacă are rude apropiate sau soț supraviețuitor. Dar dreptul de dispoziție, drept exclusiv și absolut poate fi exercitat numai în limitele și cu modificările determinate de lege (art.41 alin.1 din Constituție, art.475 și 480 C.civ.).

Astfel de limitări sunt prevăzute în favoarea unor rude apropiate ale defunctului (descendenți și părinți) și în favoarea soțului supraviețuitor, care au calitatea de moștenitori rezervatari. Aceste limitări vizează însă numai liberalitățile făcute prin acte inter vivos(donații) și mortis causa(legate), precum și exheredările făcute prin testament. Asemenea acte de dispoziție, fără a fi interzise, trebuie să se încadreze în anumite limite prevăzute de lege în favoarea moștenitorilor rezervatari. În schimb, chiar și în prezența lor, actele cu titlu oneros și actele cu titlu gratuit care nu sunt liberalități, ci simple acte dezinteresate nu comportă limitări în materie succesorală, pentru că nu au drept urmare micșorarea patrimoniului succesoral, evident, cu condiția ca, sub aparența acestor acte pentru care legea nu prevede limitări, să nu fie încheiate acte(de exemplu, donație deghizată) pentru care legea prevede limitări în favoarea moștenitorilor rezervatari.

Dacă nu există moștenitori legali rezervatari, dreptul de dispoziție al celui care lasă moștenirea este nelimitat. Dacă defunctul are numai moștenitori nerezervatari sau dacă nu are rude în grad succesibil, actele sale de dispoziție – fie și liberalități sau exheredări – produc efecte fără limitări.

Legea nu determină în mod direct noțiunea de rezervă succesorală. Însă, din textele prevăzute sub titlul 'Despre partea disponibilă a bunurilor'(art.841-855 și 939-941 C.civ. și art.2 din Legea nr.319/1994) se pot desprinde elementele necesare pentru stabilirea acelei părți din patrimoniul defunctului care, prin efectul legii, este 'rezervat' anumitor moștenitori legali și, respectiv, a acelei părți de care defunctul putea dispune liber, sub formă de liberalități sau exheredări.

³ S. Carpenaru, p.398

Rezerva succesorală este acea parte din patrimoniul celui care lasă moștenirea la care moștenitorii au dreptul, în virtutea legii, împotriva voinței defunctului manifestată prin liberalități făcute în timpul vieții(donații) și/sau prin dispoziții testamentare pentru cauză de moarte(legate sau exheredări). Este o parte a moștenirii pe care legea o atribuie unor persoane apropiate defunctului (moștenitorii rezervatari), chiar împotriva voinței dispunătorului.⁴ Astfel, testatorul, în prezența rezervatarilor, nu poate dispune prin liberalități decât de o parte din moștenire, numită cotitate disponibilă.

Cotitatea disponibilă este acea parte a patrimoniului care excede rezervei succesorală și de care defunctul putea dispune liber, neîngrădit, inclusiv prin donații și dispoziții testamentare.

Prin urmare, dacă defunctul are moștenitori rezervatari și dacă a dispus de patrimoniul său prin donații și/sau testament, masa succesorală – la care se adaugă donațiile făcute în timpul vieții – se divide în două părți; rezerva succesorală, destinată a fi moștenită de moștenitorii rezervatari chiar și împotriva voinței liberale a defunctului, și cotitatea disponibilă, în privința căreia voința defunctului este suverană, discreționară.

Precizăm că această împărțire a patrimoniului succesoral se impune nu numai în cazul moștenirii testamentare propriu-zise, dar și în cazul în care defunctul nu a lăsat testament, însă a făcut donații; în cadrul devoluțiunii legale a moștenirii trebuie să se verifice dacă prin donațiile făcute au fost sau nu respectate drepturile moștenitorilor rezervatari.

Pe de altă parte, rezerva îi apără pe moștenitorii rezervatari nu numai împotriva liberalităților excesive făcute în favoarea unor persoane străine, dar și împotriva liberalităților făcute în favoarea unor moștenitori legali, chiar comoștenitori rezervatari. De exemplu, dacă defunctul are mai mulți copii, nu poate gratifica pe unul dintre ei decât cu respectarea rezervei celorlalți. Înseamnă că defunctul îl putea favoriza atribuindu-i, pe lângă rezerva la care are dreptul în mod egal cu ceilalți, și cotitatea disponibilă. În felul acesta defunctul poate restabili o eventuală inegalitate obiectivă patrimonială existentă între ei, indiferent de cauză. Dar această posibilitate de avantajare este limitată – indiferent de motivație – la cuantumul cotității disponibile; rezerva nu poate fi atinsă nici prin liberalități făcute unuia(unora) dintre moștenitorii rezervatari.

O altă instituție care prezintă un deosebit interes pentru această lucrare o reprezintă prezumția de donație instituită prin articolul 845 C.civ. Pentru a ușura dovada deghizării unui contract, legea prevede în favoarea moștenitorilor rezervatari o prezumție relativă potrivit căreia înstrăinarea cu titlu oneros făcută unui succesibil în linie dreaptă reprezintă o donație dacă înstrăinarea s-a făcut cu rezerva uzufructului sau cu sarcina unei rente viagere, iar deghizarea nu este invocată de un moștenitor în linie dreaptă care să fi consimțit la încheierea actului.

În practica judecătorească prezumția prevăzută de art.845 C.civ., se aplică și în cazul în care înstrăinarea către o rudă în linie directă s-a făcut cu sarcina întreținerii. Această soluție este criticată, deoarece prezumția are caracter excepțional și, ca atare, este de strictă interpretare(*exceptio est strictissimae interpretationis*).⁵

Articolul 845 C.civ. este aplicabil în condițiile arătate numai dacă actul de înstrăinare este calificat de către părți ca fiind cu titlu oneros. Dacă actul este cu titlu gratuit, nu se prezumă fictivitatea sarcinilor prevăzute; simulația trebuie să fie dovedită. Dacă nu se dovedește, se va ține seama de valoarea rezultată din diferența dintre valoarea bunului donat și valoarea sarcinii, dacă sarcina nu reprezintă, ea însăși, o donație indirectă, grefată pe o donație directă.

Beneficiarul înstrăinării trebuie să fie un moștenitor prezumtiv, rudă în linie directă. Dacă se susține că părțile au recurs la interpunere de persoane, ea trebuie dovedită.

Prezumția caracterului gratuit al actului poate fi invocată numai de către moștenitorii rezervatari, cu condiția să nu fi consimțit la înstrăinare, recunoscând caracterul cu titlu oneros al înstrăinării.

⁴ L.Stanciulescu, Drept civil.Contracte și succesiuni, ed.a 4-a, Ed.Hamangiu. 2008, p.479

⁵ F.Deak, Tratat de drept succesoral, Ed. Actami, Bucuresti, 1999, p.373

Ca efect al prezumției (dacă dobânditorul nu a reușit să o răstoarne), valoarea bunului înstrăinat (aparent cu titlu oneros) se va adăuga, ca donație, la masa de calcul în vederea stabilirii valorii efective a rezervei și a cotității disponibile, urmând să fie supusă reducțiunii numai dacă și numai în măsura în care liberalitățile se dovedesc a fi excesive, aducând atingere rezervei rezultând din calcul. Dacă cotitatea disponibilă nu a fost depășită, bunul rămâne valabil înstrăinat nefiind suspus nici raportului donațiilor, efectuarea unei donații sub formă deghizată echivalând cu scutire de raport.

Cu privire la corecta încadrare juridică a unui act de înstrăinare a unui imobil către un descendent cu rezerva dreptului de uzufruct viager ca fiind contract de vânzare-cumpărare sau donație și corecta aplicare a dispozițiilor articolului 845 C.civ urmează să prezentăm două spețe din practica judiciară care au ridicat diferite probleme în soluționarea acestora de către instanțele investite cu aceste două cauze.

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei 5 București la nr.X/2001, reclamanta NT a chemat în judecată pe parâții MC și MD investind instanța cu acțiune în constatarea simulației contractului de vânzare-cumpărare încheiat între părinții reclamantei MD și MC (în prezent decedat) în calitate de vânzători și fratele său MC, în calitate de cumpărător. Contractul a avut ca obiect apartamentul situat în București strada B, nr.21, scara 2, etaj 3, ap.50, sector 5 și în fapt este o donație deghizată deoarece scopul acestei vânzări a fost scoaterea din masa succesorală a acestui apartament pentru care nu s-a plătit nici un preț, fapt prejudiciabil pentru reclamantă în calitate de moștenitoare a vânzătorului.

Cauza a fost disjunsă prin sentința civilă nr.X/2001, prin care a fost respins primul capăt de cerere (având ca obiect constatarea nulității absolute a contractului de vânzare-cumpărare) pentru lipsa calității procesuale active și a fost înregistrată pe rolul Judecătoriei sectorului 5 la nr. Y/2001.

În motivarea cererii în constatarea simulației, reclamanta a învederat că la 8.10.2000 tatăl său MC a încetat din viață și la numai o săptămână de la acest eveniment a aflat că apartamentul părinților săi a fost vândut fratelui MC.

Reclamanta susține că mama sa i-a comunicat că fratele nu a plătit nici o sumă pentru imobil, așa încât rezultă că actul juridic încheiat este în fapt o donație deghizată, cu atât mai mult cu cât acest apartament era unicul imobil al părinților, în fapt chiar unicul bun de valoare al acestora.

Având în vedere că, în realitate fratelui său i s-a făcut o donație, o liberalitate, este evident că după deschiderea succesiunii în urma decesului autorului lor sunt aplicabile prevederile articolului 751 C.civ. conform căruia 'Fiul sau descendențele care vin la succesiune, chiar sub beneficiu de inventar, împreună cu frații ori surorile sale, sau cu descendenții acestora, trebuie a raporta coerezilor săi tot ce a primit de la defunct prin dar, atât direct cât și indirect, afară de cazul când donatoarele a dispus altfel'. Așadar, descendenții împreună cu soțul supraviețuitor, sunt obligați să readucă la masa succesorală tot ce au primit cu titlu de donație de la defunct, donații care sunt supuse raportului indiferent de felul lor: donații făcute prin act autentic, daruri manuale sau donații simulate, indiferent dacă donația a purtat asupra persoanei gratificatului sau dacă a avut ca obiect natura juridică a actului.

Prin donația deghizată sub aparența contractului de vânzare-cumpărare, reclamanta arată că a fost în totalitate înlăturată de la moștenire deoarece în urma încheierii acestui contract este evident că părinții săi au avut intenția de a scoate apartamentul din masa succesorală fără ca în schimb să primească contravaloarea acestuia și au avut prin urmare intenția de a o prejudicia în calitate de moștenitoare.

În drept s-au invocat prevederile articolului 1175 C.civ. conform căruia 'actul secret, care modifică un act public, nu poate avea putere decât între părțile contractante și succesorii lor universali; un asemenea act nu poate avea nici un efect în contra altor persoane'.

Prin sentința civilă nr.Z/2001, Judecătoria Sectorului 5 a admis cererea, a constatat ca fiind simulat contractul de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. X/1996 încheiat între numiții MC și MD

pe de-o parte și MC pe de altă parte, acesta reprezentând o donație deghizată; s-a luat act că nu s-au solicitat cheltuieli de judecată.

Pentru a pronunța această soluție instanța de fond a reținut că s-a încheiat contractul de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. X/1996 denunțat ca simulat, pentru prețul de 40.000.000 lei (echivalentul a aproximativ 10.000 dolari) prin care vânzătorii și-au rezervat un drept de uzufruct viager asupra întregului apartament.

Instanța a apreciat că prezenta cerere de chemare în judecată, prin care reclamanta a ridicat în mod indirect pretenții cu privire la succesiunea tatălui său, reprezintă un act de acceptare tacită a succesiunii în sensul articolului 689 C.civ.- '...este tacită când eredele face un act, pe care n-ar putea să-l facă decât în calitatea sa de erede, și care lasă a se presupune neapărat intenția sa de acceptare'-realizat în termen de 6 luni de la data deschiderii ei, reținându-se în același timp calitatea de moștenitor rezervatar a reclamantei.

În această calitate a sa, reclamanta este în drept să invoce dispozițiile articolului 845 C.civ., edictate în favoarea moștenitorilor rezervatari și care stabilesc o prezumție de gratuitate în privința unor acte în aparență cu titlu oneros, menționându-se că va adăuga la masa de calcul valoarea bunurilor pe care defunctul le-a înstrăinat unui succesibil în linie dreaptă în schimbul unei rente viagere sau cu rezerva uzufructului.

Cu alte cuvinte, a mai reținut fondul, legea a prezumat că atunci când se pun în discuție drepturile moștenitorilor rezervatari, cum este și reclamanta, actele de înstrăinare cu titlu oneros realizate de autorii lor în timpul vieții sunt prezumate a fi deghizate și reprezintă în realitate donații în situațiile în care înstrăinările s-au făcut în favoarea unui succesibil în linie dreaptă în schimbul unei rente viagere sau sub rezerva uzufructului.

Prezumția de donație însă, poate fi invocată numai de un moștenitor în linie dreaptă care să nu fi consimțit la încheierea actului simulat.

Precizăm că articolul 845 C.civ. este aplicabil în condițiile arătate numai dacă actul de înstrăinare este calificat de către părți ca fiind cu titlu oneros. Dacă actul este cu titlu gratuit, nu se prezumă fictivitatea sarcinilor prevăzute; simulația trebuie dovedită. Dacă nu se dovedește, se va ține seama de valoarea rezultată din diferența dintre valoarea bunului donat și valoarea sarcinii, dacă sarcina nu reprezintă, ea însăși, o donație indirectă, grefată pe o donație directă.

Beneficiarul înstrăinării trebuie să fie un moștenitor prezumtiv, rudă în linie directă.

Prezumția caracterului gratuit al actului poate fi invocată numai de către moștenitorii rezervatari, cu condiția să nu fi consimțit la înstrăinare, recunoscând astfel caracterul cu titlu oneros al înstrăinării.

În speță s-a reținut împrejurarea că nu s-a dovedit consimțământul reclamantei la această înstrăinare după cum nu s-a făcut nici dovada contrarie prezumției instituită prin dispozițiile articolului 845 C.civ., motiv pentru care s-a admis acțiunea și s-a constatat simulat contractul de vânzare-cumpărare reținându-se că în realitate el reprezintă o donație deghizată.

În termen legal împotriva acestei sentințe au formulat apel pârâții MC și MD, criticând soluția atacată pentru nelegalitate și netemeinicie.

În motivele de apel se critică interpretarea dispozițiilor articolului 845 C.civ. de către instanța de fond deoarece textul se aplică numai actelor de înstrăinare în temeiul unei rente viagere sau a uzufructului viager, nu și în situația în care s-a plătit și un preț în bani de către dobânditorul cu titlu oneros.

Simpla deghizare a donației naște prezumția de scutire de raport așa încât cel care lasă moștenirea a vrut în acest mod să procure un avantaj definitiv donatarului peste partea sa succesorală.

Este adevărat, mai susține apelantul că, simplul fapt al deghizării unei donații sub forma unei vânzări nu implică în mod necesar scutirea de raport, dar această împrejurare naște o prezumție relativă de scutire de raport ce trebuie combătută prin dovada contrarie, dovadă pe care intimata nu a făcut-o, după cum instanța de fond nu a dat posibilitatea nici apelantului să combată prezumția relativă instituită de articolul 845 C.civ.

Pe de altă parte, mai arată apelantul, întemeindu-și hotărârea pe prezumția relativă prevăzută de articolul 845 C.civ., instanța de fond trebuia să constate simulat contractul de vânzare-cumpărare numai în partea ce depășește cotitatea disponibilă a defunctului MC, nu și vânzarea efectuată de mama părților, încă în viață, MD, deoarece drepturile părților cu privire la drepturile mamei privind proprietatea asupra apartamentului se nasc numai la decesul acesteia.

În raport de cadrul procesual cu care a fost investită instanța nu este posibilă aplicarea articolului 845 C.civ., mai arată apelantul, care se poate face numai într-o acțiune succesorală, nu și într-o acțiune de drept comun în care se cere constatarea simulației unui act.

Deși s-a solicitat de către intimată constatarea simulației intervenită între părți, instanța trebuia să țină cont de caracterul special al regulilor ce trebuie aplicate. Astfel, deoarece au existat doi vânzători dintre care unul este decedat, iar celălalt este în viață, în ce privește raportul juridic dintre vânzătoarea-pârâtă MD și cumpărătorul-pârât MC se aplică regulile dreptului comun în materie de simulație față de act, reclamanta fiind considerată terț, situație în care nu există în favoarea sa nici o prezumție.

Din acest punct de vedere instanța de fond a procedat în mod greșit aplicând regulile din materia succesiunilor unei persoane care este încă în viață, sarcina probei simulației revenind reclamantei pentru partea de proprietate a lui MD.

Regulile aplicabile acestui litigiu sunt mixte: de drept succesoral și de drept comun – așa încât instanța trebuia să admită și alte probe pentru a se lămurii asupra situației de fapt.

În motivele sale de apel, apelanta-pârâtă MD învederează că intimata a refuzat să-i acorde sprijin material fiind bolnavă și având nevoie de tratament și îngrijiri medicale la fel ca și soțul său MC, astfel încât au hotărât să vândă apartamentul fiului lor MC.

Mai arată apelanta că a primit prețul apartamentului de la MC, iar instanța de fond a apreciat în mod greșit aplicând regulile unei acțiuni succesorale cererii deduse judecății care era supusă dreptului comun.

La 16.11.2001 intimata – reclamantă a depus la dosar întâmpinare la motivele de apel prin care a solicitat respingerea ambelor apeluri ca nefondate.

În apel a fost administrată proba testimonială cu doi martori pentru apelanții-pârâți și proba cu interogatoriul intimătei-reclamante.

Apelurile formulate sunt fondate.

Analizând materialul probator al cauzei administrat în ambele faze procesuale, văzând motivele de apel formulate, Tribunalul apreciază ca fiind întemeiate unele critici aduse sentinței fondului.

Situația de fapt a fost corect reținută de către instanța de fond, determinându-se la această regulă de drept aplicabilă – articolul 845 C.civ. - însă nu și dreptul comun ca ansamblu de norme juridice incidente pentru analiza înstrăinării și a cotei indivize din proprietatea asupra apartamentului de apelanta-pârâtă MD apelantului-pârât MC.

În mod corect apelanții-pârâți au învederat că cererea dedusă judecății este supusă pentru soluționarea sa atât regulilor succesorale în măsura incidenței articolului 845 C.civ., pentru partea înstrăinată în timpul vieții de defunctul MC, cât și regulilor de drept comun pentru partea apelantei, deci un regim juridic mixt având în vedere că se reclamă contractul de vânzare-cumpărare a apartamentului ca fiind o donație deghizată.

Instanța de fond a reținut în mod just că promovarea prezentei cereri de către intimata reclamantă reprezintă o acceptare tacită a succesiunii defunctului său tată MC conform articolului 689 C.civ., fapt ce a dus în mod firesc la aplicarea regulilor din materia succesiunii, mai exact a dispozițiilor articolului 845 C.civ., așa încât critica apelantului-pârât din prima parte a motivelor sale de apel, în sensul inaplicabilității unor reguli succesorale speței, este nefondată.

Nefundamentată este și afirmația că dispozițiile articolului 845 C.civ., nu se aplică unor acte de înstrăinare încheiate între cel despre a cărei moștenire este vorba, atunci când s-ar fi plătit un preț

dublat de rezerva uzufructului viager, ci doar acelor acte de înstrăinare numai cu rezerva uzufructului viager sau a unei rente viagere.

În această situație instanța de apel consideră că articolul 845 C.civ. operează indiferent dacă s-a plătit și un preț sau nu, pe lângă instituirea unui drept de uzufruct viager sau a unei rente viagere.

Noi considerăm greșită opinia instanței de apel cu privire la incidența articolului 845 C.civ. și susținem opinia apelanților-pârâți conform căreia dacă s-a plătit un preț, dublat de rezerva uzufructului viager, prezumția de donație nu operează. În acest caz, ar trebui analizate elementele constitutive ale contractului de vânzare-cumpărare, caracterele juridice ale acestuia precum și cele ale contractului de donație.

Elementele contractului de vânzare-cumpărare sunt: lucrul, prețul și dreptul de proprietate. Pe noi ne interesează, în cazul de față, prețul, în mod special. Ca element esențial de validitate a vânzării, prețul trebuie să întrunească următoarele condiții: să fie stabilit în bani, să fie determinat sau determinabil și să fie sincer și serios.

Prin preț sincer trebuie înțeles un preț real, adică pe care părțile să-l fi stabilit nu în mod fictiv, ci în scopul de a fi cerut și plătit în realitate. Prețul este fictiv atunci când intenția părților este de a nu fi cerut și nici plătit.⁶

Prețul trebuie să fie serios(art.1303 C.civ.), adică nu trebuie să fie derizoriu, atât de disproportionat în raport cu valoarea lucrului vândut încât să nu poată constitui o cauză suficientă a obligației luate de vânzător de a transmite dreptul de proprietate. Seriozitatea fiind o chestiune de fapt, este lăsată la aprecierea instanței.

În cazul în care prețul este fictiv sau nereserios, contractul este nul ca vânzare, căci îi lipsește prețul, dar poate fi valabil ca donație deghizată, dacă sunt întrunite toate condițiile cerute pentru validitatea donației.

În ceea ce privește caracterele juridice ale vânzării-cumpărării ne interesează faptul că acesta este un contract cu titlu oneros, adică fiecare parte urmărește un interes patrimonial, respectiv primirea unui echivalent în schimbul prestației la care se obligă: 'îndeplinirea obligației vânzătorului este echivalentul celeilalte obligații și viceversa:'do ut des'.⁷

Acest caracter juridic al contractului de vânzare-cumpărare trebuie privit în comparație cu faptul că donația este un contract cu titlu gratuit, în sensul că donatorul transmite unul sau mai multe drepturi donatarului, fără ca acesta din urmă să se oblige la plata vreunui echivalent.

În considerarea a ceea ce am analizat cu privire la preț, contract cu titlu oneros în opoziție cu cel cu titlu gratuit, noi susținem faptul că, în cazul în care o parte plătește un preț real, sincer, care nu este fictiv, vădit disproportionat față de valoarea reală a bunului, preț dublat de rezerva uzufructului sau a unei rente viagere, nu ar trebui să se aplice prevederile articolului 845 C.civ. Dacă se face dovada plății unui preț real, care reprezintă valoarea reală a bunului, este clar că ne aflăm în prezența unui contract cu titlu oneros. Partea care plătește prețul nu primește nimic în schimb cu titlu gratuit, o obligație(cea de înstrăinare a bunului) este echivalentul celeilalte obligații(de plată a prețului). Dacă se face dovada plății prețului, din punctul nostru de vedere nu există nici un dubiu cu privire la încheierea unui contract de vânzare-cumpărare, și nu a unui contract de donație, fapt ce duce, în opinia noastră, la inaplicabilitatea prezumției de donație instituită de articolul 845 C.civ. Considerăm că instanța de apel a statuat în mod eronat că articolul 845 C.civ. se aplică indiferent dacă s-a făcut și o plată a prețului sau nu, dublat de rezerva uzufructului sau a rentei viagere.

Instanța de apel a motivat că, pentru partea din dreptul de proprietate asupra apartamentului a defunctului MC operează prezumția instituită de articolul 845 C.civ., care nu a fost răsturnată de apelanții-pârâți. Partea din dreptul de proprietate asupra apartamentului înstrăinat de soții M fiului lor MC este de ½ fiecare, fiind un apartament dobândit în timpul căsătoriei și ca efect al aplicării

⁶ S.Carpenaru, F.Deak, Drept Civil.Contractele speciale.Dreptul de autor.Dreptul de moștenire, Universitatea din Bucuresti – Facultatea de Drept, Bucuresti, 1986, p.24

⁷ C.Hamangiu, I.Rosetti-Balanescu, A.Baicoianu, p.547

prezumției de contribuție egală a soților la dobândirea lui, care de asemenea nu a fost răsturnată de apelanta pârâtă MD.

Pentru cota de proprietate a lui MD, înstrăinată de aceasta către apelantul pârât MC, respectiv cota sa de $\frac{1}{2}$ se aplică regulile de drept comun în materia simulației (art.1175 C.civ.) respectiv trebuia dovedit de intimata-reclamantă existența acordului simulatoriu între mamă și fiu în sensul că natura juridică reală a actului juridic este aceea de donație iar nu de contract de vânzare-cumpărare, acord simulatoriu care trebuia să se afle într-un raport temporal corect ca act juridic secret ostensibil între părți, respectiv într-un raport de anterioritate față de contractul de vânzare-cumpărare public, opozabil terților.

O atare dovadă însă nu s-a făcut în speță astfel că și pentru viitor înstrăinarea cotei de $\frac{1}{2}$ a apartamentului realizată de apelanta-pârâtă MD către apelantul-pârât MC, urmează a-și produce efecte depline specifice vânzării-cumpărării cu sarcina uzufructului viager stipulată de părți.

Față de cele de mai sus, în baza articolului 296 C.pr.civ., urmează a se admite apelurile, a se schimba în parte sentința atacată, în sensul că se va constata simulat contractul de vânzare-cumpărare doar în ceea ce privește cota de $\frac{1}{2}$ (a defunctului) din dreptul de proprietate asupra apartamentului, ca fiind o donație deghizată. În consecință se vor menține celelalte dispoziții ale sentinței și se va lua act că nu s-au solicitat cheltuieli de judecată în apel.

În ceea ce privește motivările instanței de apel, noi vedem această speță soluționată într-un mod diferit.

Cu privire la ceea ce am susținut mai sus în legătură cu prețul real, ca element constitutiv al contractului de vânzare-cumpărare se impun unele precizări.

Contractul a fost încheiat în anul 1996 și s-a stipulat prețul de 40.000.000 lei (10.000\$). Acesta poate fi considerat un preț real pentru valoarea imobilului la acea dată, dat fiind faptul că echivalența prestațiilor se apreciază și prin prisma subiectivității părților. Deci nu se pune problema unui preț neros, fictiv. Dacă pârâții MC și MD au făcut dovada plății acestui preț, în opinia noastră nu ar trebui să mai fie aplicabile dispozițiile articolului 845 C.civ., devenind inoperabilă prezumția de donație, dat fiind caracterul oneros evident al contractului încheiat între MD și MC și fiul lor, MC.

Instanța de apel ar fi trebuit să constate caracterul juridic oneros al contractului, să constate că nu a fost simulat contractul de vânzare-cumpărare, că acesta nu întrunește condițiile unei donații. Dacă s-ar fi menținut contractul ca fiind în întregime vânzare-cumpărare, adică pe ambele cote-părți ale soților M, atunci nu ar mai fi fost încălcată rezerva succesorală a intimetei reclamante NT, deoarece legea limitează dispunerea de rezerva succesorală a celui care o lasă doar la încheierea de acte cu titlu gratuit ce reprezintă liberalități. Legea nu interzice încheierea de acte juridice cu titlu oneros, chiar dacă prin acestea se încalcă rezerva succesorală.

O altă cauză care s-a aflat pe rolul instanțelor și care prezintă interes deosebit pentru studiul nostru de caz o reprezintă dosarul cu numărul X/1995.

Astfel, prin cererea înregistrată la 11.01.1995, reclamanta GM a chemat în judecată pe pârâta BOD, solicitând anularea contractului de vânzare-cumpărare încheiat între pârâta și defuncta OLG, autentificat sub nr.X/1993 la fostul Notariat de Stat Local al sectorului 5, contract încheiat ca urmare a manoperelor dolosive întreprinse de pârâtă. În subsidiar, reclamanta a solicitat să se constate că acest contract reprezintă o donație deghizată, ce urmează a fi redusă în limitele cotității disponibile de $\frac{1}{2}$ din masa succesorală rămasă de pe urma defunctei OLG, rezerva succesorală de $\frac{1}{2}$ din masa succesorală aparținând reclamantei. S-a mai solicitat și obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea în fapt a cererii, reclamanta a arătat că pârâta, fiică a sa dintr-o căsătorie anterioară, a determinat-o pe defuncta OLG, mama sa și bunica pârâtei, să îi vândă apartamentul în care locuia, situat în București, strada Y, nr.50, parter, sector 5. Reclamanta a mai arătat că pârâta s-a folosit de 'intrigi și acte de răzbunare' la adresa sa pentru a o convinge pe defunctă să încheie contractul de vânzare-cumpărare, al cărui preț nu corespunde valorii reale a imobilului. S-a mai învederat că imobilul a fost pentru prima oară vândut de către defunctă pârâtei, în anul 1979, tot ca

urmare a dolului întreprins de pârâtă, aceasta fiind însă nevoită să îi revândă defunctei, în anul 1982, când pârâta s-a stabilit în Israel. Reclamanta a mai arătat ca defuncta 'a suferit de reducerea discernământului pe parcursul existenței sale'.

În drept au fost invocate prevederile articolelor 960, 961, 841, 847, 848 și 1303 C.civ.

Cererea a fost legal timbrată.

La 06.09.1995, pârâta a formulat întâmpinare și cerere reconvențională, solicitând respingerea cererii principale și respectiv să se constate valabil încheiat contractul de vânzare-cumpărare încheiat în 1993 cu defuncta, să se constate deschisă succesiunea acesteia, calitatea sa de legatară universală a defunctei, anularea certificatului de moștenitor eliberat pe numele reclamantei și obligarea acesteia la restituirea bunurilor proprii ce s-au aflat în locuința defunctei la momentul decesului acesteia.

Pârâta și-a motivat cererea reconvențională arătând că a întreținut-o pe defunctă, care a vizitat-o și în Israel și că vânzarea-cumpărarea s-a făcut pentru ca imobilul să nu cadă sub incidența dispozițiilor Decretului 223/1974, pârâta stabilindu-se în Israel în anul 1982. Pârâta a mai arătat că prin testamentul autentificat sub nr.X/1982 la Notariatul de Stat Local al sectorului 1 a fost instituită legatară universală a defunctei și a enumerat bunurile mobile proprii ce se găseau în locuința defunctei la momentul decesului acesteia, bunuri pe care reclamanta și le-a însușit.

În drept au fost invocate dispozițiile art.111 C.pr.civ., art.651 și urm.C.civ., art.969 și 1295 C.civ.

La 13.03.1996, reclamanta și-a precizat cererea inițială, ca urmare a formulării cererii reconvenționale de către pârâtă, arătând că defuncta a fost indusă în eroare de promisiunea pârâtei că îi va asigura întreținerea, deși pârâta o vizita doar o dată pe an. Reclamanta și-a completat cererea principală și cu solicitarea de a se constata că imobilul în litigiu este proprietatea sa în cotă-parte de ½, întrucât a contribuit în mod egal cu defuncta la achiziționarea lui și, ca răspuns la pretențiile pârâtei, a arătat că aceasta nu a acceptat succesiunea defunctei și că bunurile mobile a căror restituire o cere au aparținut defunctei.

Au fost încuviințate pentru părți probele cu acte, cu interogatoriu, testimonială și o expertiză tehnică pentru evaluarea bunurilor mobile.

Din depozițiile martorilor a rezultat că pârâta a adus o parte din bunuri din străinătate, iar o parte au fost cumpărate din România, bunuri pe care aceasta le-a lăsat în folosința defunctei OLG.

Analizând cererea reclamantei privind anularea contractului de vânzare-cumpărare, în raport cu probele administrate în cauză, instanța a reținut că nu s-a făcut dovada manoperelor dolosive pe care reclamanta pretinde că pârâta le-ar fi folosit pentru a o determina pe defunctă să încheie contractul; astfel, cei 2 martori propuși de reclamantă au declarat doar că defuncta și-ar fi exprimat, după încheierea contractului, părerea de rau că a vândut pârâtei apartamentul, însă mărturiile privind momentul exprimării consimțământului defunctei, singurul moment în care ar fi putut fi întreprins dolul, nu au existat; în consecință, instanța a constatat că această cerere a reclamantei nu este întemeiată.

De asemenea, instanța a apreciat ca fiind nefondată și susținerea reclamantei privind neseriozitatea prețului contractului, suma de 200.000 lei, în anul 1993, la care s-a adăugat dreptul de uzufruct viager pe care și l-a rezervat defuncta-vânzătoare(pârâta cumpărând deci, doar nuda proprietate), neputând fi considerate ca reprezentând un preț neserios, chiar dacă acest preț nu ar corespunde valorii reale a imobilului; echivalența prestațiilor se interpretează însă prin prisma subiectivității părților și nu în mod obiectiv.

În ceea ce privește pretenția reclamantei asupra unei cote-părți de ½ din dreptul de proprietate asupra imobilului, instanța a reținut de asemenea netemeinicia acesteia, reclamanta neparticipând la încheierea vreunui contract privind transferul dreptului de proprietate(nefiind vorba nici despre vreun alt mod de dobândire a proprietății). Transferul proprietății s-a făcut doar pe numele defunctei, reclamanta neavând decât un drept de creanță, astfel cum rezultă din chitanțele aflate la filele 69-70 în dosar.

Având însă în vedere că pârâta era descendentă de gradul II a defunctei și că deci imobilul a fost înstrăinat de către defunctă unui succesibil în linie dreaptă, iar defuncta și-a rezervat uzufructul, apare ca fiind incidentă dispoziția cuprinsă în articolul 845 C.civ., care instituie o prezumție relativă de gratuitate a actelor de înstrăinare încheiate cu un succesibil în linie dreaptă, cu rezerva uzufructului. Se arată în acest articol că valoarea bunurilor astfel înstrăinate va fi socotită în porțiunea disponibilă, regim juridic care se aplică însă numai liberalităților; de aici concluzia că astfel de acte de înstrăinare sunt prezumate a fi donații deghizate, care, se menționează mai departe în dispoziția legală citată, urmează a fi reduse până la limita cotității disponibile.

Tot articolul 845 C.civ. mai prevede că prezumția nu poate fi invocată de către acei succesibili care au consimțit la înstrăinare. Nu s-a făcut însă dovada că reclamanta GM ar fi fost de acord cu încheierea contractului; dimpotrivă, formularea de către aceasta a acțiunii în anulare demonstrează contrariul.

Constatând prin urmare că în speță funcționează prezumția instituită prin articolul 845 C.civ.(prezumție al cărei caracter relativ nu a fost răsturnat de către pârâtă, care nu a probat că intenția defunctei a fost într-adevăr de a încheia un contract de vânzare-cumpărare) și că valoarea donației deghizate depășește limita cotității disponibile, încălcând rezerva succesorală cuvenită reclamantei(care și-a dovedit calitatea de succesoare legală prin certificatul de calitate succesorală aflat la fila 4), instanța a dispus, în baza articolului 841 și urm. C.civ., reducerea acestei liberalități excesive până la limita cotității disponibile din masa succesorală rămasă de pe urma defunctei(compunerea masei succesoriale nu a fost însă stabilită, întrucât instanța nu a fost învederată în acest sens).

Instanța a admis deci cererea subsidiară formulată de reclamantă.

Trecând la analiza cererii reconvenționale, instanța a respins al doilea și al treilea capăt de cerere ale acesteia în considerarea faptului că pârâta nu și-a dovedit calitatea de moștenitoare a defunctei, întrucât nu a făcut proba acceptării legatului universal instituit de defunctă în anul 1982 prin testament. Pârâta nu a probat acceptarea expresă și nici efectuarea de acte de acceptare tacită a moștenirii defunctei(plata cheltuielilor de înmormântare neavând caracterul unui act de acceptare tacită a succesiunii).

Ultimul capăt al cererii reconvenționale a fost de asemenea respins ca neîntemeiat, pârâta nefăcând dovada dreptului său de proprietate; martorii nu au arătat decât existența unora din aceste bunuri și faptul că o parte din ele au fost aduse de pârâtă din Israel; aceste mărturii nu sunt însă suficiente pentru a proba dreptul de proprietate asupra unor bunuri aflate în posesia defunctei la momentul decesului acesteia.

În baza articolului 276 C.proc.civ., instanța a obligat pârâta la plata către reclamantă a cheltuielilor de judecată, proporțional cu ceea ce s-a admis din cererea principală.

Noi considerăm că instanța a făcut o aplicare greșită a dispozițiilor articolului 845 C.civ., deoarece acest text legal își găsește aplicarea numai în cazul în care înstrăinarea se face în favoarea unui succesibil. Potrivit art.845 C.civ., valoarea bunurilor înstrăinate unui succesibil în linie dreaptă cu sarcina unei rendite viagere sau cu rezerva de uzufruct, va fi socotită în porțiunea disponibilă și excedentară, de este, se va trece în masa succesiunii.

Aceste dispoziții legale se aplică, însă, numai atunci când înstrăinarea s-a făcut unui descendent cu vocație la succesiunea dispunătoarei, prin termenul de 'succesibil' înțelegându-se descendentul care are dreptul de a primi moștenirea, fără să fie înlăturat de un descendent de grad superior. În speță, atât reclamanta cât și pârâta au calitatea de descendenți ai dispunătoarei, dar nu au amândouă calitatea de succesibili, deoarece reclamanta este descendentă de gradul I și are vocație la succesiunea dispunătoarei, înlăturând-o pe pârâtă care are calitatea de descendentă de gradul II, potrivit dispozițiilor articolelor 659, 660, 662 C.civ.

În ceea ce privește bunurile mobile, instanța, în mod greșit, a considerat că pretenția cu privire la acestea nu ar fi dovedită, deoarece din depozițiile martorilor a rezultat că pârâta, în calitate de proprietară a imobilului, și-a dorit ca atunci când vine în țară să aibă asigurat un confort minim,

motiv pentru care a și achiziționat bunurile mobile indicate în acțiunea reconvențională, o parte fiind aduse din străinătate, iar o parte fiind cumpărate din România și lăsate toate în folosința numitei OLG, bunuri pe care aceasta din urmă nu le putea cumpăra din cauza insuficienței mijloacelor materiale.

Astfel, instanța ar fi trebuit să dea o soluție favorabilă pârâtei BOD în sensul constatării inaplicabilității articolului 845 C.civ.(invocat de reclamanta GM) pentru considerentele expuse mai sus și a recunoașterii dreptului de proprietate al acesteia asupra bunurilor mobile, ținând cont de probele administrate în această cauză și depozițiile martorilor.

Referințe bibliografice :

- F.Deak, Tratat de drept succesoral, Ed. Actami, București, 1999
- L.Stănciulescu, Drept civil.Contracte și succesiuni, ed.a 4-a, Ed.Hamangiu. 2008
- S.Cârpenaru, F.Deak, Drept Civil.Contractele speciale.Dreptul de autor.Dreptul de moștenire, Universitatea din București – Facultatea de Drept, București, 1986
- G. Boroi, L. Stănciulescu, A. Almășan, I. Pădurariu, Drept Civil. Curs selectiv pentru licență. Teste grilă, Ed. Hamangiu, București, 2009

OPERA FOTOGRAFICĂ

Alexandra PÎRVU ¹

Abstract

My paper is in the field of Intellectual Property. Its title is "The photographic work". In the pages of this paper I am going to define the concept of "photographic work" as it appears in several laws, also I am going to talk about some aspects of this concept. But, first, I will create a frame for my story, some introductory notions, what does law protect in the field of Intellectual Property, a short history about some Conventions that have applicability here, and the roots of this concept, how it is developing from the branch of author rights. I would like to focus on the content of the right as it reveals from the legislative works from this field, also about the nature of the right, the duration and exercise of this right. I would also talk about the infringement of this right as it reveals in some cases. I am going to speak about this concept, the concept of "photographic work" from the point of view of several countries legislation, like United Kingdom, France, Germany, United States of America and Romania. I want to highlight some differences between the legislative systems from this countries, and compare them to the laws from this field applicable in Romania. I will highlight the difference between the photograph and photogram, and the applicability of these two concepts.

Keywords: *photography, photogram, stock photography, infringement, rights.*

1. Considerații introductive

Pentru mulți dintre noi, imaginea valorează mai mult decât 1000 de cuvinte. Nu este relevant procentajul celor care îmbrățișează această filozofie, mai ales ținând cont de rapiditatea cu care se produc schimbările în zilele noastre. Vorbim despre progresele pe care știința le face într-o manieră uimitoare, legiitorul întâmpinând dificultăți în recunoașterea și încadrarea tuturor situațiilor. Progresul este mereu binevenit, astfel că această lucrare își propune să cumuleze și să analizeze o serie de noțiuni utilizate frecvent, în momentul în care vorbim, despre fotografie, ca produs al unui proces complex.

Pentru a demara procesul de analiză, trebuie să stabilim cadrul în care vom acționa. Legea 8/1996 reprezintă un cadrul legal în ceea ce privește protecția drepturilor de autor în România. Drepturile de autor reprezintă ansamblul normelor juridice care reglementează relațiile sociale născute în legătură cu crearea și valorificarea operelor literare, industriale și artistice. Intră aici și operele fotografice. Acestea sunt menționate și în enumerarea făcută cu titlu exemplificativ în momentul în care se vorbește despre obiectul drepturilor de autor.

2. Conceptul de fotografie

Fotografia reprezintă orice fixare pe un suport fizic, material, a unei imagini, obiect, persoane, cu ajutorul unui aparat fotografic acționat de către o persoană. La baza acestui act de imortalizare a unei realități ce va fi proiectată într-o imagine, stau o serie de procedee fizice, chimice și mecanice.

Fotograma reprezintă o fotografie ce furnizează o perspectivă centrală pe baza căreia se pot efectua măsurători a obiectului a cărui imagine o reproduce. Cartografia, topografia sunt doar două exemple de domenii în care poate fi utilizată fotograma. De obicei, este realizată din puncte înalte, pentru a surprinde o imagine de ansamblu și a putea compara puncte de reper. Tot fotogramă se

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Roș Viorel.

numește și porțiunea dintr-o peliculă cinematografică ce conține imagini statice complete. În acest al doilea caz, în urma unui procedeu de decupare, rezultă opere originale individuale.

Fotografia de stock reprezintă o imagine deja fixată pe un suport material, această imagine putând fi, cu îndeplinirea anumitor condiții, utilizată de mai multe persoane, drepturile de utilizare a acesteia fiind licențiate, de regulă, neexclusiv. De obicei întâlnim acest concept în momentul în care discutăm despre publicații, cataloage pentru diverse produse, decorațiuni interioare. Avantajul acesteia este prețul relativ redus, în condițiile în care autorul încasează sume de bani de la mai mulți cumpărători ai aceleiași imaginii, și pot fi regăsite în agenții de stock.

3. Protecția operei fotografice

Pentru a fi protejată, opera fotografică trebuie să îndeplinească condițiile generale cerute pentru orice creație ce urmărește să fie protejată conform drepturilor de autor: să aibă o formă concretă, perceptibilă simțurilor umane, să fie originală, să lipsească o constrângere asupra autorului care ar nega posibilitatea autorului de a-și manifesta personalitatea prin creația sa, să fie o expresie a propriei personalități. Există discuții despre faptul dacă fotografiile pot fi considerate ca îndeplinind condiția originalității, ținând cont de faptul că la baza rezultatului stau o serie de procedee mecanice, chimice, și/sau electronice, controlate de om. Faptul că omul utilizează o serie de procedee, prestabilite, oare mai implică creativitate și originalitate din partea autorului? Doctrina susține că da, în majoritatea ipotezelor. Originalitatea este luată în calcul atunci când vorbim despre maniera în care a fost abordată realitatea înainte de a fi immortalizată prin intermediul acestor procedee. Persoane diferite pot percepe același lucru, în același moment, în moduri diferite. Vorbim despre esența persoanei umane, despre faptul de a fi toți distincți. Contează actele pregătitoare, aici intervenind creativitatea și amprenta personală a fiecăruia.

Doctrina concretizează prin a afirma că fotografiile și operele de această natură, sunt protejabile în măsura în care autorul își poate manifesta propria personalitate în realizarea lor. În ceea ce privește originalitatea și noutatea, trebuie purtată o discuție. Originalitatea este un criteriu subiectiv, pe când noutatea este un criteriu obiectiv. Dacă despre noutate este dificil să discutăm, în contextul actualei dezvoltări, despre originalitate putem vorbi, mai ales din prisma faptului că nu există două persoane identice, fiecare dintre noi percepend același lucru într-o manieră personală și originală. O serie de personalități franceze afirmau că „prin originalitate se înțelege că opera poartă amprenta personalității autorului”. Din aceasta desprindem ideea unicității personalității umane. Jurisprudența este cea care a adăugat acest principiu, nu există o regulă înscrisă în legislația în domeniu.

Autorul fotografiei este persoana care întrunește aceste cerințe, adică utilizează procedeele fizice, chimice și mecanice cu scopul de a obține, pe un suport material o operă ce poate fi protejată prin drepturi de autor. Autorul trebuie să îndeplinească și criteriile originalității și al lipsei constrângerii pe durata procesului de creație. Conform art. 3 alin. (1) din lg. 8/1996, „este autor persoana fizică sau persoanele fizice care au creat opera”. Din prevederile legii reiese în mod clar faptul că nu discutăm despre posibilitatea persoanei juridice de a fi autoare a unei astfel de creații. În ceea ce privește operele originale, se aplică principiul materializat în art. 3. În cazul operei derivate, există un alt autor, acesta fiind cel care pornește de la o operă originală și o modifică, adnotează astfel încât să poată fi regăsită personalitatea lui în opera finală. Acesta este autor al operei derivate atât timp cât nu prejudiciază drepturile autorului operei inițiale, cea de la care acesta a inițiat procesul de transformare.

Operele create în baza unui contract de muncă sunt reglementate în art. 44 al lg. 8/1996. Dacă nu există o clauză contractuală în acest sens, operele realizate în temeiul contractului de muncă, aparțin angajatului-creator. Cu toate acestea, autorul poate autoriza utilizarea operei de către terți numai cu acordul angajatorului și cu recompensarea acestuia din urma pentru contribuția sa la

costurile operei. Este firească această prevedere dacă se ia în calcul faptul că angajatul a utilizat resursele angajatorului și a realizat o opera originală în timpul programului destinat activității în beneficiul angajatorului. Dacă angajatorul dorește să utilizeze opera creată de către angajatul său în timpul orarului de serviciu, o poate face fără a cere acceptul angajatului său. Art. 86 din legea privind drepturile de autor prevede că: „drepturile patrimoniale asupra operei fotografice, care a fost creată prin executarea unui contract individual de muncă sau la comandă, se prezumă că aparțin, pentru o perioadă de 3 ani, angajatorului sau celui ce a dat comanda, dacă prin contract nu s-a prevăzut altfel.” Astfel, în cazul operei fotografice prezumția operează în sensul invers. Opera este presupusă ca aparținând angajatorului sau celui care a comandat-o, cu excepția cazului în care prin clauză contractuală s-a prevăzut altfel.

Drepturile autorului asupra operei sale sunt de două feluri: morale și patrimoniale. Cele morale, sau personal nepatrimoniale, sunt reprezentate de: dreptul autorului de a decide dacă, în ce mod și în ce moment va fi adusă opera la cunoștință publică, dreptul de a fi recunoscut drept autor al acesteia, dreptul de a decide sub ce nume va fi adusă la cunoștința publică, dreptul de a pretinde respectarea integrității operei și dreptul de a retracta opera, cu plata unei despăgubiri prealabile în cazul în care a cauzat un prejudiciu titularilor drepturilor de utilizarea a acesteia prin intermediul gestului său. Drepturile de retractarea și de a decide sub ce nume să apară opera nu se transmit către moștenitori, spre deosebire de celelalte trei menționate mai sus.

Drepturile patrimoniale se nasc din momentul în care autorul decide să aducă la cunoștința publicului opera sa. Este o retribuție a societății față de autorul ei pentru faptul că publicul se poate bucura de aceasta, de beneficiile aduse de către ea, astfel autorul fiind răsplătit pentru efortul depus și incurajat să continue să creeze. Drepturile patrimoniale care iau naștere sunt distincte și exclusive. Autorul poate autoriza sau poate interzice o serie de activități ce pot fi derulate în ceea ce privește opera sa. Menționăm aici: reproducerea, distribuirea, importul în vederea comercializării pe piața internă a copiilor realizate cu consimțământul său, închirierea, împrumutul, comunicarea publică, realizarea de opere derivate. În materie de radiodifuzare și retransmitere prin cablu, se ridică alte discuții care nu fac obiectul acestei lucrări.

O discuție trebuie purtată asupra dreptului de suită. În conformitate cu art. 21 din lg. 8/1996, „(1) Autorul unei opere originale de artă grafică sau plastică ori al unei opere fotografice beneficiază de un drept de suită, reprezentând dreptul de a încasa o cota din prețul net de vânzare obținut la orice revânzare a operei, ulterioară primei înstrăinări de către autor, precum și dreptul de a fi informat cu privire la locul unde se află opera sa. (2) Dreptul menționat la alin. (1) se aplică tuturor actelor de revânzare a unei opere originale de artă grafică sau plastică ori a unei opere fotografice care implică, în calitate de vânzători, cumpărători sau intermediari, saloane, galerii de artă, precum și orice comerciant de opere de artă. În continuare, în textul articolului se discută despre copiile operelor originale, făcute într-un număr limitat. Aceste copii pot fi efectuate de către însuși autorul, sau de către o altă persoană, cu acordul expres al autorului. Ele vor fi considerate opere originale. Pentru aceste opere, autorul încasează niște sume de bani, drepturi de suită. Ele nu pot depăși 12.500 euro, sau contravaloarea în lei. Procentele ce pot fi obținute din drepturi de suită sunt detaliate în art. 21, alin. (4) din lg. 8/1996. în cazul în care vânzătorul operei ce face obiectul drepturilor de suită nu înștiințează autorul operei despre vânzarea acesteia, în termenul de cel mult două luni, este răspunzător pentru procentul datorat autorului, prescripția extintivă pentru acțiune este de 3 ani. Conform alin. (7), „Dreptul de suită nu poate face obiectul vreunei renunțări sau înstrăinări.” Astfel, în momentul în care autorul își vinde opera, nu poate specifica în mod expres faptul că renunță la dreptul său de suită. Este un drept personal.

4. Încălcarea drepturilor autorului

Drepturile de autor asupra operei fotografice pot fi încălcate prin *cuting and pasting*, conform dreptului francez. Aceasta înseamnă decuparea unor părți din opera originală și lipirea lor într-o manieră diferită, sau încorporarea lor într-o altă operă, denaturarea fiind o încălcare a dreptului de autor. Datorită acestei denaturări, nu mai poate fi regăsită personalitatea autorului în modul în care acesta a înțeles să și-o exprime.

O altă încălcare este reprezentată de modificarea numelui sub care apare opera. Din moment ce numele dorit de autor pentru opera sa nu este cel înscris alături de aceasta într-o prezentare sau o înfățișare publică, are loc încălcarea drepturilor autorului. Tot încălcare, conform autoarei Elizabeth Adeney, este și fotografierea unei grădini ornamentale, în care se găsesc dansatori, doar în scopul de a face publicitate. Tot această autoare discută și despre opere de o originalitate redusă. După părerea mea, această idee se poate materializa și în materia operei fotografice. Spre exemplu, dacă este imortalizată o clădire a cărui proiect a fost imaginat și se regăsește în imaginația unui anumit arhitect, în primă instanță, opera (clădirea) este originală față de arhitect. Fotografia doar surprinde clădirea dintr-un unghi, imaginat de el, într-un anumit moment al zilei.

Dacă o altă persoană aduce la cunoștință publică opera fotografică a autorului, fără acceptul acestuia, aceasta este tot o încălcare a drepturilor sale morale. Discutăm aici despre dreptul de a aduce opera la cunoștința publicului în momentul în care autorul consideră de cuviință. Autorul are posibilitatea să nu publice niciodată opera sa, sau să o publice atunci când consideră de cuviință. Conceptul de public presupune un cerc mai larg decât membrii unei familii împreună cu prietenii apropiați.

5. Considerații comparate

În Germania, fotografia nu este considerată a fi operă, dar asupra acesteia se răsfrâng câteva drepturi morale. Partea de drepturi ce li se aplică este cea a drepturilor morale pentru autor.

Convenția de la Berna este cea care discută despre drepturile moștenitorilor asupra operelor fotografice. Astfel, moștenitorii autorului pot să îi succedă acestuia în drepturi, având drepturi asupra operei fotografice ce a fost deja înstrăinată de autor în timpul vieții (dreptul de suită).

În ceea ce privește drepturile patrimoniale, regimul juridic al acestora, au caracter temporar, exclusiv și personal. Caracterul temporar amintește de limitarea în timp a posibilității de a încasa sume de bani din operă. Caracterul exclusiv rezidă în dreptul autorului de a utiliza opera cum consideră, deținând monopol asupra acesteia. Caracterul personal simbolizează posibilitatea autorului de a transmite parte din drepturile sale prin moștenire, efect al legii sau acte între vii. Prin moștenire, durata de protecție a operei este de 70 de ani.

Conform decretului lege 321/1956, care menționează în art. 7 durata perioadei de protecție pentru anumite opere, lit. b) învederează protecția operei fotografice artistice timp de 10 ani de la publicare.

Referințe bibliografice

- Decretul nr.321 din 18 iunie 1956 privind dreptul de autor, textul actului publicat în B.Of. nr. 18/27 iun. 1956.
- Revista „Dreptul” nr. 4/2005 Mirela Romișan - „Protecția operelor fotografice”.
- Revista „Dreptul” nr. 7/2008 Ciprian Raul Romișan - „Originalitatea – condiție esențială de protecție a creațiilor intelectuale din domeniul literar, artistic sau științific”.
- Revista „Dreptul” nr. 4/2007 Ciprian Raul Romișan - „Apărarea dreptului la calitatea de autor al operei și a dreptului la nume prin mijloace de drept penal”.
- Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr. 2/2009 Diana-Ruxandra Simionescu - „Operele fotografice – opere de autor protejate”.
- Elisabetz Adeney, The moral rights of authors and performers, Oxford, 2006.
- Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Dreptul de autor și drepturile conexe - Tratat, Editura All Beck, București, 2005.
- Mihály Ficsor, Gestiunea colectivă a drepturilor de autor și a drepturilor conexe, Editura Universul Juridic, București, 2002.

MIJLOACELE DE APARARE A DREPTULUI DE PROPRIETATE IN CONCEPTIA NOULUI COD CIVIL

Bogdan CHERAN *
Alexandra GEORGESCU **

Abstract

The property right is a subjective right that can be defended by different means established by various law branch. Therefore, article 44, paragraph 1, from Constitution foresees that property law is guaranteed by law and paragraph 2 prescribes that private property is guaranteed and protected equable by law, irrespective of titular. In article 136 alin 5 is proclaimed the inviolability principle of private property, in the terms stipulated. By means of defending the property law are designated the actions through which the holder removes the prejudice caused to this right and to gain to it's re-establishment. The means of defending might be unspecific to the property law arising from actions appeared from contracts, deeds or actions in annulment and nullity of judicial acts, or might be specific to property law basing directly on the property law. In this category are included real actions that have as judicial basis the property law, which is a real right. The literature said there was a third category of protection of property rights consisting in actions of land book. This actions are based on legal provisions governing the real estate advertising and as object are subscriptions in the book land. In this class are included action in the performance of tabular, action in tabular justification and action in rectifying.

Cuvinte cheie: dreptul de proprietate, mijloace de aparare, actiuni reale, actiunea in revendicare, actiunea confesorie, actiunea negatorie, actiunea in granituire, noul cod civil.

Introducere

Vorbindu-se de dreptul de proprietate, publica sau privata, se folosesc anumiti termeni al caror continut nu este precizat, precum: *aparare, garantare, ocrotire si protectie*.

Termenii "*garantare*" si "*ocrotire*" fiind utilizati in art. 44 alin. 1 si 2 cat si in art. 136 alin. 2, se poate aprecia ca au relevanta in raporturile dintre titularii acestor drepturi si autoritatile publice.

Garantarea si ocrotirea drepturilor reale principale sunt asigurate prin mijloace de drept public, care impiedica sau inlatura incalcarile aduse de catre autoritatile publice acestor drepturi prin abuz de putere.

Intre raporturile dintre particulari mijloacele cele mai potrivite pentru a preveni, inlatura si sanctiona incalcarile drepturilor reale principale, sunt mijloacele de drept privat. Acesta este sensul art. 563 alin. 3 din Noul Cod Civil care precizeaza ca "Dreptul de proprietate dobandit cu buna-credinta in conditiile legii este pe deplin recunoscut".

Actiunea in revendicare

Actiunea in revendicare este actiunea prin care cel care se pretinde titular al dreptului de proprietate asupra unui bun, dar care nu are stapanirea materiala a acestuia, il cheama in judecata pe cel care are stapanirea materiala a bunului, cerand instantei de judecata sa ii recunoasca dreptul de proprietate si sa i se restituie stapanirea materiala a bunului respectiv.

Din definitie rezulta ca actiunea in revendicare este o actiune reala, deoarece se pune in discutie insasi dreptul de proprietate.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea Romano-americana din Bucuresti; (cheranbogdan@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea **Lector univ.dr. Luminita Tuleasca**;

** Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (cheranbogdan@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea **Lector univ.dr. Luminita Tuleasca**

Actiunea in revendicare este o actiune reala, deoarece ea se intemeiaza pe un drept real, iar nu pe unul personal. Dreptul de proprietate fiind un drept opozabil *erga omnes*, actiunea in revendicare nu este conditionata de existenta unui raport obligational intre reclamant si parat, desi el poate exista.

Actiunea in revendicare este o actiune imprescriptibila extinctiv. Din moment ce dreptul de proprietate este perpetuu, actiunea prin care el este aparat are a fi considerata imprescriptibila sub aspect extinctiv.

Actiunea in revendicare este o actiune in realizare, intrucat tinte nu numai la recunoasterea dreptului de proprietate, ci si la realizarea acestuia prin restituirea stapanirii materiale. Desigur in primul rand, actiunea in revendicare tinde la recunoasterea dreptului de proprietate, iar apoi ca o consecinta a acestei recunoasteri la restituirea stapanirii materiale.

In ipoteza in care este vorba despre un drept de proprietate comuna pe cote-parti, in practica s-a decis a se respecta regula unanimitatii, actiunea avand caracterul unui act de dispozitie. In Noul Cod Civil aceasta problema a fost rezolvata in sensul ca oricare dintre coproprietari ar putea introduce aceasta actiune. Aceasta regula a fost statuata prin art. 643 alin 1 care prevede "Fiecare coproprietar poate sta singur in justitie, indiferent de calitatea procesuala, in orice actiune privitoare la coproprietate, inclusiv in cazul actiunii in revendicare". In ceea ce priveste efectele hotararilor judecatoresti pronuntate in aceasta materie, in alin. 2 se adauga urmatoarele "Hotararile judecatoresti pronuntate in folosul coproprietatii profita tuturor coproprietarilor. Hotararile judecatoresti potrivnice unui coproprietar nu sunt opozabile celorlalti coproprietari". Pentru a nu se crea o situatie impovaratoare paratului, care s-a putea vedea chemat in judecata in mod succesiv de fiecare coproprietar, in alin. 3 se precizeaza "Cand actiunea nu este introdusa de toti coproprietarii, paratul poate cere instantei de judecata introducerea in cauza a celorlalti coproprietari in calitate de reclamanti, in temeiul si conditiile prevazute in Codul de procedura civila pentru chemarea in judecata a altor persoane". Solutia adoptata de Noul Cod Civil este de natura sa inlature controversele privind calificarea actiunii in revendicare ca act juridic de conservare sau ca act juridic de dispozitie. Solutia este valabila pentru orice actiuni formulate de coproprietari impotriva tertilor sau de terti impotriva coproprietarilor.

In Codul Civil in vigoare nu exista dispozitii speciale referitoare la actiunea in revendicare. Regimul juridic al acestei actiuni a fost stabilit in jurisprudenta si in doctrina plecand de la dispozitiile art. 480 C. Civ.

In Noul Cod Civil actiunea in revendicare este reglementata in art. 563, 565, 566.

Actiunea in revendicare imobiliara

Regula imprescriptibilitatii actiunii in revendicare nu este inscrisa in Codul Civil in vigoare, insa ea poate fi dedusa din caracterul perpetuu al dreptului de proprietate.

Astfel, in Noul Cod Civil, aceasta regula este prevazuta in art. 563 alin. 2 : "Dreptul la actiunea in revendicare este imprescriptibil, cu exceptia cazurilor in care prin lege se dispune altfel".

Una dintre exceptii este, conform art. 520 C.prod.civ, actiunea in revendicare a unui imobil supus urmaririi silite si vandut la licitatie publica, care se prescrie in termen de 3 ani de zile de la data inscrierii actului de adjudecare in cartea funciara.

In art. 498 C.Civ., in situatia avulsunii, actiunea in revendicare se prescrie in termen de 1 an de zile.

Conform art. 1169 C.Civ.: "Cel care face o propunere inaintea judecatii trebuie sa o dovedeasca". Astfel rezulta ca sarcina probei in actiunea in revendicare revine reclamantului. Insa datorita faptului ca s-a ajuns la litigiu, paratul nu ramane pasiv si incearca sa dovedeasca, prin probele de care dispune, ca actiunea in revendicare fie nu indeplineste conditiile de admisibilitate, fie este nefondata.

Dificultatile probei dreptului de proprietate in materie imobiliara rezulta din modul de dobandire al acestui drept sau din carentele sistemelor de publicitate imobiliara. Sub aspectul modurilor de dobandire a dreptului de proprietate, proba dreptului de proprietate este mai putin

dificila în situația modurilor originare de dobândire. În ceea ce privește modurile derivate de dobândire a dreptului de proprietate, dovada acestui drept este mult mai dificilă. Locuțiunea *probatio diabolica* exprimă dificultatea dovedirii transmisiunilor succesive.

Dificultățile probei dreptului de proprietate sunt legate și de carentele sistemelor de publicitate imobiliară.

Astfel chiar și în regiunile unde s-a aplicat sistemul de publicitate bazat pe cartea funciara, proba dreptului de proprietate întâmpină dificultăți. Înscrisurile în cartea funciara care au ca obiect situația materială a imobilului nu produc efectul de opozabilitate față de terți¹ și, cu atât mai puțin, efectul constitutiv sau translativ de drepturi.²

În practică sunt foarte multe cazurile în care, din cauza măsurătorilor cadastrale inexacte, s-au produs suprapunerile între suprafețele de teren cu privire la care s-au eliberat titluri de proprietate unor persoane diferite. Niciunul dintre cei aflați în asemenea situații nu ar putea invoca prioritatea înscrierii în cartea funciara decât cu privire la dreptul de proprietate sau alte elemente ale situației juridice ale imobilului, iar nu pentru a împiedica refacerea măsurătorilor cadastrale. Există deci o incertitudine în privința elementelor care alcătuiesc situația materială a imobilelor și ea va continua să existe și după finalizarea lucrărilor cadastrului general, însă într-un grad mai redus, deoarece modificarea mențiunilor din cartea funciara privește descrierea, destinația sau suprafața imobilului se vor putea face oricând [art. 914 Noul Cod Civil].

Prezumția de proprietate care operează în favoarea reclamantului înscris în cartea funciara, conform art. 900 alin. 1 din Noul Cod Civil, este mai puternică decât prezumția de proprietate care operează în favoarea paratului posesor. Însă conform art. 887 din Noul Cod Civil această prezumție poate fi înlăturată fie pe calea acțiunii în rectificarea, fie prin dovada unui mod originar de dobândire.

Conform art. 565 din Noul Cod Civil singura probă care face dovada dobândirii dreptului de proprietate de către reclamant este chiar cartea funciara.³ Textul se referă doar la imobilele înscrise în cartea funciara.

Dificultățile probei dreptului de proprietate se manifestă mai ales în situațiile în care aceasta a fost dobândit printr-un mijloc derivat. Pentru a clarifica aceste situații, jurisprudența și doctrina au creat mai multe ipoteze pentru admiterea sau respingerea acțiunii în revendicare.

În ipoteza în care ambele părți fac dovada unui titlu de dobândire cu privire la imobilul în litigiu pot fi distinse două situații, titlurile provin de la un autor comun sau, titlurile provin de la autori diferiți. Specificul acestei ipoteze constă în compararea titlurilor părților, astfel, partea care deține titlul mai puternic, mai caracterizat, va avea castig de cauză.

În această situație se va ține seama de înscrierea în registrele de publicitate imobiliară. În situația în care titlul provine de la același autor, dacă niciuna din părți nu a îndeplinit formalitățile necesare de publicitate imobiliară, va avea castig de cauză partea care deține titlul cu data mai veche. Dacă niciunul dintre titluri nu are data certă, se va ține seama de data cea mai veche astfel cum va putea fi stabilită prin orice mijloc de probă.

După intrarea în vigoare a Noului Cod Civil, neîndeplinirea formalităților de publicitate imobiliară de către niciuna dintre părți va determina respingerea acțiunii reclamantului, deoarece până la îndeplinirea acestor formalități, el nu a dobândit dreptul de proprietate.

În cazul în care doar una din părți a efectuat această formalitate va avea castig de cauză deoarece a realizat opozabilitatea dreptului sau față de cealaltă parte. După intrarea în vigoare a Noului Cod Civil, partea care a realizat această formalitate va avea castig de cauză, nu numai datorită faptului că a asigurat această opozabilitate ci și datorită faptului că cealaltă parte nu poate justifica un drept de proprietate până la înscrierea în cartea funciara.

¹ Art. 32 lit. a) din Legea 7/1996.

² Această concluzie rezultă din interpretarea per a contrario a dispozițiilor art. 885 alin. 1 din Noul Cod Civil.

³ Art. 565 din Noul Cod Civil precizează: „În cazul imobilelor înscrise în cartea funciara, dovada dreptului de proprietate se face cu extrasul de carte funciara”.

În situația în care titlurile părților provin de la autori diferiți, nu mai este suficientă compararea acestora, fiind necesar să se compare titlurile autorilor, iar dacă ele provin de la autori diferiți se poate cobori în timp până la identificarea unui autor comun, ori a unui autor care a beneficiat de un mod original de dobândire a dreptului de proprietate.

În ipoteza în care doar una dintre părți va putea face dovada unui titlu de dobândire a imobilului, dacă paratul este cel care infatisează un asemenea titlu, acțiunea în revendicare a reclamantului va fi respinsă. Dacă reclamantul va putea dovedi existența unui asemenea titlu, acesta va avea castig de cauză doar dacă titlul său provine de la un tert, iar data titlului este anterioară posesiei paratului.

Dacă niciuna dintre părți nu va putea face dovada unui titlu de proprietate atunci conform art. 919 alin. 1 și 3 din Noul Cod Civil în favoarea paratului se naște o prezumție de proprietate.

Actiunea în revendicare mobiliară

În Codul Civil în vigoare acțiunea în revendicare mobiliară era guvernată de principiul înscris în art. 1909.

Astfel, în materia transmisiunilor mobiliare, care sunt de regula transmisiuni „de la mână la mână” s-a constatat că dobanditorii nu pot verifica titlurile transmitătorilor, deoarece sunt de cele mai multe ori o formă de satisfacere a unor nevoi urgente. Mai mult ar fi imposibilă o asemenea verificare deoarece, de cele mai multe ori, transmisiunile mobiliare nu sunt însoțite de înscrisuri.

Din momentul în care se produce efectul achizitiv de proprietate în favoarea posesorului bunului mobil pe temeiul art. 1909 alin. 1 C.Civ.⁴ sau pe temeiul dispozițiilor art. 1909 alin. 2 C. Civ.⁵ se produce și efectul extinctiv de proprietate în patrimoniul proprietarului inițial. Din acest punct de vedere, efectul extinctiv și efectul achizitiv al celor două fapte juridice în sens restrâns sunt asemanătoare uzucapiunii.

În doctrină s-a precizat că dispozițiile art. 1909 C. Civ. nu pot fi invocate din oficiu de judecători⁶, soluția bazându-se pe art. art. 2512 alin. (2) din Noul Cod Civil⁷. Astfel cel care posedă cu bună-credință un bun mobil poate invoca în favoarea sa beneficiul dobândirii dreptului de proprietate, dar nu poate fi obligat, împotriva voinței sale să dobândească acest drept.

Este posibil însă ca posesorul bunului mobil să fi încheiat cu detentorul precar un act juridic având ca obiect dreptul de proprietate privată, ci un dezmembrământ al acestuia. În acest sens art. 937 alin. 5 din Noul Cod Civil prevede că „Dispozițiile prezentului articol se aplică în mod corespunzător și în legătură cu dobândirea dreptului de uzufruct și a dreptului de uz asupra unui bun mobil”.

În categoria bunurilor cu privire la care se poate dobândi dreptul de proprietate pe temeiul art. 937 alin. (1) din Noul Cod Civil intra bunurile mobile corporale, individual determinate. Însa fac excepție de la această regulă bunurile din domeniul public, navele, bunurile accesorii ale unui imobil⁸ și bunurile culturale care au parasit ilegal teritoriul unui stat membru al Uniunii Europene⁹.

Bunurilor mobile corporale le sunt asimilate și titlurile la purtător, soluție expres consacrată în art. 940 din Noul Cod Civil.

⁴ Art. 937 alin. 1 în Noul Cod Civil

⁵ Art. 937 alin. 2 în Noul Cod Civil

⁶ A se vedea D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, ed. a II-a, vol. XI, Tipografia „Cartea Medicală” București, 1926.

⁷ Art. 2512 alin. 2 din Noul Cod Civil care prevede că “Organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu”.

⁸ Art. 937 alin. 4 precizează că “Dispozițiile prezentului articol nu se aplică bunurilor mobile care sunt accesorii unui imobil”.

⁹ În acest sens, a se vedea, O.U.G. nr. 16/2003 pentru modificarea și completarea Legii nr. 182/2000 privind protejerea patrimoniului cultural național mobil.

Dreptul de proprietate dobândit în temeiul art. 937 alin.(1) din Noul Cod Civil poate fi invocat numai de persoanele care au calitatea de posesori, însă numai aceia care au dobândit bunul mobil de la un detentor precar sau de la o persoană asimilată acestuia. Prin *dobândire* se înțelege atât actul juridic achizitiv (justul titlu) cât și predarea bunului. Detentorii precari nu pot beneficia de dispozițiile art. 937 alin.(1) din Noul Cod Civil.

Dacă transmitatorul ar fi chiar proprietarul bunului, atunci tertul posesor ar dobândi chiar dreptul de proprietate, dacă actul translativ ar fi valabil. Dacă actul translativ ar fi afectat de o cauză de nulitate, dobânditorul nu s-ar putea apăra invocând dispozițiile art. 937 alin.(1) din Noul Cod Civil. Mai mult, însăși dobânditorul ar putea introduce o asemenea acțiune în justiție împotriva transmitătorului. Tot astfel, actul ar putea fi desființat prin rezoluțiune dacă una din părți nu și-ar executa în mod culpabil obligațiile ce-i revin.

Împotriva detentorului precar caruia proprietarul i-a încredințat bunul mobil, acesta din urmă are la îndemână o acțiune contractuală care are ca obiect restituirea în natură, dacă bunul se află încă la detentorul precar, sau restituirea prin echivalent dacă bunul a fost instrăinat unei terțe persoane, cât și acțiunea în revendicare dacă bunul se află încă la detentorul precar. Detentorul precar poate răspunde penal în cazul în care a instrăinat bunul pentru abuz de încredere sau gestiune frauduloasă. Calificarea penală a faptei nu condiționează însă aplicarea dispozițiilor art. 937 alin.(1) din Noul Cod Civil.

Detentorul precar nu poate invoca dispozițiile art. 937 alin.(1) din Noul Cod Civil nici atunci când este parat în acțiunea personală, nici când este parat în acțiunea în revendicare. El are obligația de a restitui bunul la termen. Proprietarul poate revendica bunul nu numai de la un posesor, ci și de la un detentor precar din momentul în care acesta a pierdut temeiul juridic care justifică deținerea bunului. Desigur, revendicantul are sarcina probei în ceea ce privește dreptul său de proprietate cât și în legătura cu calitatea de detentor precar al paratului.

Proprietarul bunului mobil poate introduce acțiunea în revendicare și împotriva persoanei care dobândește bunul de la detentorul precar, dar care cunoaște că acesta nu este proprietar. Astfel, tertul dobânditor nu devine posesor deoarece absența bunei-credințe împiedică intervertirea precarității în posesie în condițiile art. 920 alin. (1) lit. c) din Noul Cod Civil.

Cu atât mai mult poate fi introdusă acțiunea în revendicare împotriva persoanei care primește bunul de la detentorul precar, dar nu cu titlu translativ de proprietate, ci cu alt titlu precar.

Pentru a produce efectul achizitiv posesia trebuie să fie reală, utilă, de bună-credință și întemeiată pe un just titlu cu caracter oneros. Aceste cerințe trebuie să fie îndeplinite cumulativ, lipsa oricăreia dintre ele împiedicând producerea efectului achizitiv.

Spre deosebire de art. 937 alin. (1) din Noul Cod Civil în alineatul 2 al aceluiași articol este reglementată ipoteza în care posesorul dobândește bunul mobil de la un uzurpator¹. Acest fapt juridic complex se deosebește de cel prezentat în art. 937 alin. (1) din Noul Cod Civil prin aceea că nu se mai cere ca posesorul să fi dobândit bunul de la un detentor precar sau de la o persoană asimilată acestuia, ci de la un uzurpator și pentru a se produce efectul achizitiv este necesară trecerea unui termen de trei ani de la data la care proprietarul a pierdut stăpanirea materială a bunului.

În ceea ce privește persoanele care pot invoca dobândirea dreptului de proprietate în temeiul art. 937 alin. (2) din Noul Cod Civil este vorba de posesori de bună-credință, însă spre deosebire de art. 937 alin. (1) din Noul Cod Civil în art. 937 alin. (2) din Noul Cod Civil posesorul a dobândit bunul mobil de la un uzurpator.

Spre deosebire de situația reglementată art. 937 alin. (1) din Noul Cod Civil în art. 937 alin. (2) din Noul Cod Civil efectul achizitiv se produce numai după trecerea unui termen de trei ani de la

¹ Art. 937 alin. 2 din Noul Cod Civil precizează ca: “(...) bunul pierdut sau furat poate fi revendicat de la posesorul de bună-credință, dacă acțiunea este intentată, sub sancțiunea decaderii, în termen de 3 ani de la data la care proprietarul a pierdut stăpanirea materială a bunului”.

data desesizării involuntare a proprietarului de bunul său. După cum se prevede în mod expres în art. 937 alin. 2 din Noul Cod Civil, acest termen este unul de decadere.

Potrivit art. 937 alin. 3 din Noul Cod Civil: „Dacă bunul pierdut sau furat a fost cumpărat dintr-un loc ori de la o persoană care vinde în mod obișnuit bunuri de același fel ori dacă a fost adjudecat la o licitație publică, iar acțiunea în revendicare a fost introdusă înăuntrul termenului de 3 ani, posesorul de bună-credință poate reține bunul până la indemnizarea sa integrală pentru prețul plătit vânzătorului.”

Pe lângă bună-credință a posesorului există și reprezentarea comună ca persoană care instrăinează bunul mobil este chiar proprietarul acestuia.

Astfel, posesorul de bună-credință se bucură de o obligație *in solidum*, el putând să recupereze întreaga valoare a creanței de la oricare dintre cei doi debitori. El poate chema în judecată împreună sau separat, pe cei doi debitori.

În beneficiul posesorului de bună-credință mai este instituit și un drept de retenție asupra bunului mobil până când proprietarul întoarce prețul plătit de acesta uzurpătorului. Acest drept de retenție se poate stinge și în situația în care uzurpătorul întoarce posesorului prețul primit. În cazul în care posesorul a restituit bunul proprietarului înainte de a i se restitui prețul plătit, acesta are un drept de creanță împotriva proprietarului. Legiutorul astfel a transferat riscul insolvenței celui care a vândut bunul, sau riscul imposibilității de identificare a vânzătorului, în sarcina proprietarului.

Efectele admiterii acțiunii în revendicare

Admiterea acțiunii în revendicare produce multiple efecte precum restituirea lucrului, restituirea fructelor și a produselor cât și problema cheltuielilor făcute cu bunul supus restituirii.

În ceea ce privește restituirea lucrului, Noul Cod Civil în art. 563 alin. (4) vine cu precizări importante pentru a facilita restituirea bunului prin executarea hotărârii judecătorești. Astfel în situația în care, acțiunea în revendicare a fost introdusă împotriva unui posesor, adică a unei persoane care stăpânește bunul pentru sine, iar nu pentru altul, hotărârea judecătorească prin care se admite acțiunea este opozabilă și celui care deține bunul pentru posesor. Însa, dacă acțiunea a fost pornită împotriva unui detentor precar, adică a unei persoane care deține lucrul pentru posesor, hotărârea judecătorească va putea fi executată numai împotriva detentorului precar.

În art. 566 alin.(1) din Noul Cod Civil se prevede că „Paratul va fi obligat la restituirea bunului sau la despăgubiri dacă bunul a pierit din culpa sa ori a fost instrăinat. În aceste condiții, paratul va fi obligat la restituirea produselor sau a contravalorii acestora. În toate cazurile, despăgubirile vor fi evaluate în raport cu momentul restituirii”. Restituirea produselor nu e decât o formă particulară de restituire a lucrului, deoarece produsele consumă substanța acestuia.

Cât privește fructele, în măsura în care posesorul a fost de bună-credință, el are dreptul să le păstreze în temeiul art. 948 alin. (1) din Noul Cod Civil. Dacă însă a fost de rea-credință, paratul va fi obligat la restituirea fructelor sau a contravalorii acestora. Din momentul introducerii acțiunii în revendicare, paratul este în poziția unui posesor de rea-credință. Obligația de restituire a fructelor o are și paratul detentor precar în situația în care a expirat termenul contractual pentru deținerea sau folosirea bunului. Fructele trebuie restituite indiferent dacă au fost sau nu percepute.

Conform art. 566 alin. (2) din Noul Cod Civil „Posesorul de rea-credință sau detentorul precar va fi obligat, la cerere, și la restituirea fructelor produse de bun până la înapoierea acestuia către proprietar”.

Restituirea lucrului și a fructelor către proprietar, ca efect al admiterii acțiunii în revendicare, este însoțită și de rezolvarea problemei cheltuielilor făcute de parat în mod direct cu lucrul sau cu producerea fructelor ori a produselor.

Astfel conform art. 556 alin. (3) din Noul Cod Civil se arată că „Proprietarul poate fi obligat la cerere, să restituie posesorului cheltuielile necesare pe care acesta le-a făcut”.

În ceea ce privește cheltuielile utile, cele care determină un spor de valoare lucrului, art. 566 alin. (4) din Noul Cod Civil se prevede „Cheltuielile utile se restituie, la cerere, în limita sporului de valoare, dacă prin lege nu se prevede altfel”.

Cheltuielile voluptuare sunt reglementate în art. 566 alin. (8) din Noul Cod Civil unde se arată că „Proprietarul nu este dator să acopere cheltuielile voluptuare. Posesorul are dreptul de a-și însuși lucrările efectuate cu aceste cheltuieli numai dacă prin aceasta bunul nu se deteriorează”.

În plus în art. 566 alin. (5) din Noul Cod Civil se precizează că „De asemenea, proprietarul va putea fi obligat, la cerere, la restituirea cheltuielilor necesare pentru producerea și culegerea fructelor sau a produselor”.

Până la restituirea cheltuielilor, paratul are un drept de retenție asupra fructelor sau produselor, cu excepția cazului în care proprietarul furnizează paratului o garanție îndestulătoare. Dreptul de retenție nu se poate întinde asupra bunului și nu poate fi invocat nici în privirea fructelor sau produselor dacă intrarea în stăpânirea materială a bunului s-a făcut prin violență ori fraudă, ori dacă produsele sunt bunuri perisabile ori supuse unei scaderi semnificative a valorii lor ca urmare a trecerii unei perioade scurte de timp conform art. 566 alin. (6) și (7) din Noul Cod Civil.

Actiunea negatorie

Actiunea negatorie este acțiunea prin care reclamantul, care se pretinde proprietarul unui bun, îl cheamă în judecată pe paratul care pretinde că are un dezmembrământ al dreptului de proprietate asupra bunului respectiv, solicitând instanței de judecată să îi recunoască dreptul de proprietate și să constate inexistența dezmembrământului. Actiunea negatorie este o acțiune reală, petitorie, imprescriptibilă și are caracter de constatare.

Deși acțiunea negatorie nu este reglementată în Codul Civil în vigoare, temeiul ei juridic poate fi găsit în art. 111 alin. (1) C.prod.civ.

În Noul Cod Civil acțiunea negatorie este reglementată în art. 564 care precizează că „(1) Proprietarul poate intenta acțiunea negatorie contra oricărei persoane care pretinde că este titularul vreunui drept real, altul decât cel de proprietate asupra bunului său.

(2) Dreptul la acțiunea negatorie este imprescriptibil.”

Actiunea negatorie poate fi intentată și împotriva celui care pretinde că ar avea un drept real de garanție asupra bunului reclamantului.

Actiunea în granitaire

Actiunea în granitaire este acțiunea prin care reclamantul, care invocă dreptul său de proprietate asupra unui teren, îl cheamă în judecată pe proprietarul terenului vecin pentru a determina, prin semne exterioare, granița dintre cele două terenuri. Actiunea în granitaire este o acțiune reală, petitorie, imobiliară, întrucât are întotdeauna ca obiect un imobil, respectiv un teren, imprescriptibil și cu caracter de realizare.

Interesul introducerii acțiunii în granitaire apare nu numai în situația în care, între cele două terenuri vecine nu au fost trasate semne despartitoare, ci și în situația în care asemenea semne există, dar ele, nefiind stabilite prin înțelegerea părților sau prin hotărâre judecătorească, sunt contestate.

Calitatea de reclamant și calitate de parat în acțiunea în granitaire aparține proprietarilor celor două terenuri vecine. Este însă posibil ca aceasta calitate să aparțină și titularilor altor drepturi reale principale asupra unui teren: nuda proprietate, uzufructuar, uzuar, superficial¹⁰. Cel care are doar un drept de folosință, ca drept de creanță asupra unui teren, nu poate avea calitatea de reclamant în acțiunea în granitaire, dar poate avea calitatea de parat, dar numai cu introducerea în cauză și a proprietarului terenului¹¹.

¹⁰ C. Birsan – Drept civil. Drepturile reale principale, Editura Hamangiu, 2008.

¹¹ A se vedea I.C.C.J., Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 123 din 13 ianuarie 2005, în J.S.C. 2005, Ed. Hamangiu, București, 2006, p.7.

Actiunea in granituire poate fi introdusa si de un singur coproprietar, cu atat mai mult cu cat conform art. 543 alin. 1 din Noul Cod Civil „Fiecare coproprietar poate sta singur in justitie, indiferent de calitatea procesuala, in orice actiune privitoare la coproprietate, inclusiv in cadrul actiunii in revendicare”.

In schimb, actiunea in granituire nu ar putea fi introdusa de un coproprietar impotriva altui coproprietar¹².

Admiterea actiunii in granituire are ca principal efect trasarea semnelor exterioare care marcheaza granita dintre cele doua terenuri vecine.

Cheltuielile de granituire trebuie sa fie suportate in mod egal de ambele parti.

Actiunea confesorie

Actiunea confesorie este actiunea prin care reclamantul, care pretinde ca este titularul unui dezmembramant in sens restrans al dreptului de proprietate si care a pierdut stapanirea materiala specifica dezmembramantului respectiv, il cheama il judecata pe parat, solicitand instantei de judecata sa ii recunoasa dezmembramantul si sa il oblige pe parat sa ii restituie stapanirea materiala corespunzatoare acestuia.

Actiunea confesorie este o actiune reala, petitorie, prescriptibila in 30 de ani si cu caracter de realizare.

Actiunea confesorie poate fi folosita si impotriva nudului proprietar, daca titularul dezmembramantului nu are la dispozitie o actiune contractuala preferabila.

In Noul Cod Civil actiunea confesorie este expres reglementata in art. 696, art. 705, art. 754 si art. 757.

Concluzii

Noul Cod Civil reconfigureaza institutia actiunii in revendicare si a celorlalte actiuni prin care se apara dreptul de proprietate intr-un mod just inlaturand inconvenientele din reglementarile in vigoare.

Astfel, actiunea in revendicare primeste o reglementare proprie la fel ca si actiunea negatorie sau actiunea confesorie.

In Noul Cod Civil se transeaza problema privind calificarea actiunii in revendicare ca act juridic de conservare sau ca act juridic de dispozitie prin dispozitiile art. 643.

Un alt element de noutate prezent in Noul Cod Civil il reprezinta reglementarea cazului de intervertire a precaritatiei in posesie constant in instrainarea bunului, de catre detentorul precar printr-un act translativ de proprietate cu titlu particular, catre un dobanditor de buna-credinta, un asemenea dobanditor de buna-credinta fiind considerat posesor si beneficiand de efectele specifice posesiei.

De asemenea a fost stabilita natura juridica a termenului de trei ani in cursul carora proprietarul bunului mobil pierdut sau furat il poate revendica de la tertul dobanditor de buna-credinta ca fiind termen de decadere.

Noul Cod Civil asigura apararii dreptului de proprietate o reglementare coerenta si justa si in conformitate cu noile realitati sociale, care caracterizeaza societatea noastra in prezent.

¹² A se vedea C. Birsan op. cit. p. 235.

Referințe bibliografice

- D. Alexandresco – Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman, ed. a II-a, vol. XI, Tipografia „Cartea Medicala”, Bucuresti, 1926.
- Constantin Oprisan – Apararea proprietatii socialiste prin mijloace de drept civil, Editura Stiintifica, Bucuresti, 1965.
- Liviu Pop – Drept civil. Drepturile reale principale, Editura Universul Juridic, 2006.
- C. Birsan – Drept civil. Drepturile reale principale, Editura Hamangiu, 2008.
- Valeriu Stoica – Drept civil. Drepturile reale principale, Editura C.H. Beck, 2009.
- Marilena Uliescu – Noul Cod Civil. Comentarii, Editura Universul Juridic, 2009.
- Noul Cod Civil (Legea nr. 287/2009) publicat in Monitorul Oficial nr. 511 din 24 iulie 2009.

DREPTURILE DE PROPRIETATE INTELECTUALA ASUPRA OPEREI COMUNE SI PROPRIETATEA COMUNA CA MODALITATE A DREPTULUI DE PROPRIETATE

Cornelia BUDUR HANNA *

Abstract

Intellectual property rights as a form of personal intangible property rise to considerable problems regarding control and protection. Unlike tangible property interference with intellectual property can occur without exhaustion of the property itself. If intellectual products find their way into the public domain and it is one of the paradoxes of intellectual property regime that it seeks to promote public interests by granting private rights which under a classic property model imply exclusive control over the subject matter. Moral rights owned by more than one author are exercisable severally by each co-author who is entitled to assert, waive or exercise a moral right does so for themselves only. Authorial rights as a whole are assimilated to a natural law notion of property with specific that they do not behave as tangible forms of property being incapable of full transfer. Their dualism is expressed most obviously in the fact that are terms of protection of 2 sets of interests economical and moral. Moral rights have been focused on the protection of authorship addressing concerns about the ethical treatment of creators and maintaining the economic advantages of reputation for each co-author.

Keywords: Drepturile de autor, coautori, operă comună, proprietate comună pe cote părți, proprietate devălmașă, obligație nedivizibilă

Introducere

Caracterul complex al drepturilor de proprietate intelectuală a făcut posibilă existența mai multor teorii de interpretare a acestora ca drepturi de proprietate, creația intelectuală fiind o formă de proprietate personală și incontestabilă; drepturi de clientelă prin avantajele patrimoniale oferite titularului în raport cu concurența; drepturi asupra unor bunuri imateriale în considerarea operei ca o creație a spiritului sau ca drepturi ale personalității fiind expresia și prelungirea personalității autorilor. □ Fiecare din aceste teorii au explicat natura drepturilor de autor prin aspecte ale acestora niciuna nereușind să identifice integral natura acestora ca drepturi deopotrivă absolute, drepturi reale imperfecte și drepturi profund legate de persoana autorului fiind expresia creativității și spiritului acestuia. Când aportul creator aparține conjugat mai multor persoane în calitate de autori, lucrarea limitându-se la această calitate nu și la aceea de titular al drepturilor de autor, bunul incorporeal al creației se concretizează într-o operă comună cu pluralitate de autori

Scopul lucrării este analiza celor două tipuri de opere comune în corelație cu formele proprietății comune specifice pluralității de titulari ai dreptului de proprietate asupra unui bun corporal individual. Astfel opera comună divizibilă este privită în corelație cu proprietatea comună pe cote părți sub aspectul fragmentării dreptului de proprietate și a incidenței regulii unanimității în exercitarea, transmiterea și încetarea acestuia iar opera comună indivizibilă corelativ cu proprietatea devălmașă, scoasă din contextual dreptului familiei sub aspectul unui posibil mandat tacit reciproc al autorului principal în exercitarea drepturilor de autor și a limitării drepturilor morale a celorlalți coautori similar operei colective.

* Student masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București. Acest studiu este elaborat sub coordonarea prof.univ.dr. Viorel RO□.

1. Dreptul de autor din perspectiva operei cu autor unic, operei comune și operei colective

Exercițiul dreptului de autor este indisolubil legat de tipul operei, aparținând exclusiv autorului, coautorilor sau autorului coordonator, cu limitări decurgând din tipul de proprietate comună sau din dobândirea dreptului direct prin lege și nu prin transmisiune.

În cazul operelor cu autor unic, adevăratul autor se bucură de deplinătatea drepturilor morale și patrimoniale, având în vedere că la transmisiunea unora din drepturi subiectul dreptului de autor nu va dobândi toate prerogativele de exercițiu pentru că unele din atributele dreptului nu se transmit, aparținând în continuare adevăratului autor, subiect primar al dreptului, titular al unor drepturi exclusive dobândite în urma actului său creator.

În cazul operei comune, aceasta este creată de mai mulți coautori în colaborare, deci fiecare va deveni titular al drepturilor de autor asupra aceluiași bun în care se materializează opera unitară similar dreptului de proprietate comună asupra unui bun corporal ce aparține concomitent mai multor persoane. Se pune problema cărui tip de proprietate comună îi corespunde acest drept născut din comunitatea de creație și contribuție artistică emanată din exprimarea personalității coautorilor, având în vedere cele două categorii de opere comune: opere comune divizibile și opere comune indivizibile. Operele comune sunt *divizibile* atunci când contribuțiile autorilor, chiar de genuri diferite, sunt distincte putând fi utilizate separat cu respectarea a două condiții, ambele negative: 1) absența unei convenții contrare între coautori anterioară actelor exclusive de utilizare; 2) utilizarea contribuției sale separat de către unul dintre autori să nu prejudicieze drepturile celorlalți sub aspectul lor moral cât și sub cel al utilizării operei comune. Operele comune sunt *indivizibile* când contribuțiile personale ale autorilor se îmbină în totalitatea creației, neputând fi separate din opera unitară similar îmbinării a două bunuri corporale în cazul particular al accesunii mobiliare - confuziunea (amestecul). Se observă că opera comună indivizibilă este apropiată juridic de opera colectivă, lipsindu-i cele două condiții de individualizare a acesteia: 1) să fie creată din inițiativa, sub responsabilitatea și sub numele unui întreprinzător ce poate face parte sau nu din grupul de autori; 2) imposibilitatea atribuirii de drepturi distincte asupra operei. De fapt cea de-a doua condiție este proprie și operei comune indivizibile fiind de esența acesteia. Diferența între cele două intervine sub aspectul regimului juridic care în cazul operei indivizibile are același mecanism ca în cazul confuziunii: dacă bunurile corporale unite sunt echivalente lucrul obținut devine bun comun iar dacă unul dintre bunuri poate fi considerat principal, proprietarul acestuia va deveni proprietar al întregului.

Astfel în cazul operei indivizibile aceasta reprezintă un bun comun al coautorilor în măsura contribuțiilor personale ale fiecăruia sau poate avea un autor principal cu o contribuție preponderentă în ansamblul operei dar spre deosebire de confuziunea de bunuri corporale coautorii nu pot cere împărțirea operei comune conform art.511 C.civ. ci numai a beneficiilor obținute în urma valorificării acesteia.

În cazul operei colective dreptul de autor va reveni inițiatorului, ca proprietar al întregului și subiect originar al raportului juridic inițiat de acesta. Contribuția autorilor formează un tot unitar, nefiind posibilă atribuirea de drepturi distincte fiecărui autor asupra ansamblului operei, dreptul de autor aparținând persoanei din inițiativa, sub responsabilitatea și sub numele căreia a fost creată opera. Deși se aseamănă cu opera comună indivizibilă, datorită celor două condiții legale pe care trebuie să le îndeplinească, opera colectivă este o excepție veritabilă de la principiul adevăratului autor deoarece dreptul de autor se recunoaște direct în favoarea autorului coordonator, fiind posibil ca acesta să nu facă parte din grupul de autori, ci numai să dea indicații acestora, dreptul moral la respectul operei al coautorilor fiind limitat în acest mod, fiecare având contribuția restrânsă la un sector determinat al operei, inițiatorul putând aduce modificări acestor contribuții astfel încât ansamblul operei să corespundă obiectivelor sale. Sub aspect juridic se poate spune că este singurul caz în care o persoană juridică are calitatea de subiect al dreptului de autor dobândită direct prin lege, dreptul de autor fiind totuși incomplet prin absența dreptului la calitatea de autor.

2. Opera comună divizibilă și proprietatea comună pe cote-părți

Opera comună, conform legii, este o *operă unitară* cu pluralitate de autori, fiecare dintre ei având un drept de proprietate exclusiv asupra contribuției sale personale, care poate fi exercitat cu respectarea celor două condiții negative menționate și un drept de coproprietate pentru restul operei. Contribuția personală reprezintă o cotă-parte din dreptul de autor similar proprietății comune pe cote-părți în care fiecare coproprietar este titular exclusiv asupra unei cote-părți din dreptul de proprietate asupra bunului, dreptul fiind fracționat și nu însuși bunul în materialitatea lui³.

Din acest punct de vedere apare că proprietatea coautorilor asupra operei se aseamănă cu proprietatea comună pe cote-părți obișnuită sau temporară, orice acte de folosință fiind supuse regulii unanimității, neprejudiciind drepturile celorlalți coautori. Dar din principiul potrivit căruia fiecare copartăș are un drept propriu exclusiv asupra unei cote-părți din bunul comun decurge consecința că fiecare autor poate dispune liber și neîngrădit de cota sa. În domeniul drepturilor de autor evident această dispoziție nu e posibilă datorită dualității lor moral- patrimoniale, cel mult putându-se vorbi de un partaj de folosință ulterioară a cotei de drept încorporată în contribuția personală, fiind autorizată utilizarea separată a aportului creator în condițiile legii.

Contrar dreptului comun, dreptul de proprietate comună al autorilor nu poate înceta prin partaj datorită obiectului profund personal care încorporează originalitatea expresiei de manifestare a personalității fiecăruia. Aceasta este și o consecință a condițiilor ce trebuie îndeplinite de obiectul dreptului de proprietate intelectuală pentru a putea beneficia de protecție atât în sistemul continental cât și în cel de copyright *in all cases intellectual products must qualify for protection*. Acest partaj de folosință ulterioară permite coautorului utilizarea aportului său creator separat acesta având un drept exclusiv asupra creației sale atât sub aspect moral cât și patrimonial.

Pe de altă parte, în considerația destinației perpetue a operei comune, de fapt al tuturor operelor și a particularității că aceasta nu poate înceta prin partaj, această modalitate de încetare fiindu-le improprie, se conturează o apropiere mult mai pronunțată de proprietatea comună pe cote-părți stabilă și forțată sau perpetuă, fiind în prezența a două tipuri de proprietate distincte: dreptul de proprietate exclusivă al fiecărui coautor asupra bunului principal pentru el reprezentat de contribuția sa creatoare materializată în partea de operă creată de el (aceasta fiind obiectul dreptului său de proprietate pe care îl poate exercita și prin acte de folosință ulterioară) și un drept de proprietate comună pe cote-părți stabilă și forțată asupra restului operei, drept ce aparține tuturor coautorilor. Dar și în acest caz asemănarea este numai parțială din considerente ce derivă din natura complexă a dreptului de autor: 1) dobândirea dreptului se face numai în urma actului de creație și nu în modalitățile prevăzute în dreptul civil pentru dreptul de proprietate comună asupra bunurilor; 2) exercițiul dreptului se face după mecanisme juridice diferențiate temporal (drepturile morale preced drepturile patrimoniale, le supraviețuiesc și le transformă din drepturi eventuale în drepturi certe) fiind de esență actelor de folosință ulterioară îndeplinirea celor două condiții negative numai premisa acestora fiind dată de aceeași regulă a unanimității care marchează și limitarea acestui exercițiu: folosința să nu aducă atingere dreptului egal și reciproc al celorlalți coautori; 3) încetarea prin modurile de drept comun: dispariție, expropriere, dobândire de către un singur autor nu sunt posibile în cazul drepturilor de autor.

Toate aceste deosebiri care nu permit identificarea proprietății comune a autorilor asupra operei cu proprietatea comună asupra bunurilor materiale nu sunt consecința numai a naturii complexe a dreptului ci și a destinației operelor, acestea nefiind aservite unor interese sau nevoi proprii ci au o destinație publică, autorul manifestându-se în acest sens prin exercitarea dreptului la divulgare, fiind „bunuri” proprietate privată a acestora destinate accesului și uzului public co procurarea de beneficii autorului, cu anumite excepții date de lege tot în considerarea acestei destinații. Astfel se justifică pe de o parte excluderea de la protecție a operelor exclusiv de utilitate publică, categorii date de lege și pe de altă parte actele de utilizare permise fără acordul titularului și fără ca acesta să aibă dreptul la plata unei remunerații, în considerarea scopului lor și cu îndeplinirea

cumulativă a condițiilor prevăzute de lege: 1) reproducerea unei opere în procedurile judiciare, parlamentare, administrative sau pentru scopuri de siguranță publică(putând fi incluse aci și pledoariile avocatului în fața instanței de judecată consemnate de greșier în încheierea de ședință); 2) utilizarea de articole izolate sau de scurte extrase dintr-o operă în scop de analiză, comentariu sau critică...precum și în toate cazurile prevăzute în art .33 din L8/1996, limitarea dreptului la reproducerea operei vizând în unele situații și dreptul la reprezentare conform Directivei nr.2001/29/CE interpretarea extensivă nefiind permisă, acestea reprezentând veritabile excepții de la monopolul dreptului de autor.

În concluzie 4 motive stau la baza deosebirilor proprietății coautorilor asupra operei de proprietatea obișnuită : 1) natura complexă; 2) condițiile impuse obiectului pentru a se garanta protecția; 3) destinația operelor de îmbogățire a patrimoniului cultural; 4) dublul scop de a aduce autorilor beneficii materiale și de a contribui la progresul cultural al societății.

3. Opera comună indivizibilă și proprietatea devălmașă

Proprietatea comună în devălmășie este forma proprietății comune caracterizată prin aceea că bunul aparține coproprietarilor fără ca aceștia să aibă o cotă parte ideală din dreptul de proprietate asupra aceluși bun, toți fiind titulari ai dreptului de proprietate nefracționat. În sistemul român de drept proprietatea devălmășă este condiționată de existența unor raporturi de familie, luând naștere ca urmare a încheierii actului juridic condiție al căsătoriei. În esență însă privind proprietatea devălmășă ca proprietate comună legată de anumite relații existente între titularii dreptului, anumite aspecte ale acesteia sunt proprii și proprietății coautorilor asupra operei indivizibile, similar aplicației acestui tip de proprietate în art.46 al Legii fondului funciar asupra reconstituirii dreptului de proprietate privată.

La opera comună indivizibilă coautorii au contribuții create contopite, similar confuziunii a două bunuri corporale, aparținând fiecare altui proprietar într-un bun unic, pe toată perioada realizării operei și în toate părțile ei, astfel încât aportul creator al acestora nu poate fi nici separat nici individualizat ca în cazul devălmășiei, făcând imposibilă utilizarea ulterioară separată ca în cazul operei comune divizibile, în condițiile legii.

Opera devine pe parcursul realizării bun comun al acestora, fiecare având drepturi de autor asupra întregii opere, dreptul nefiind fracționat în măsura aporturilor create, ca în cazul operei divizibile. Comunitatea indivizibilă de creație se naște pe parcursul realizării operei, dobândirea fiind condiționată de încorporarea în operă a contribuției create de fiecărui coautor, similar condiționării proprietății devălmășe de încheierea actului de căsătorie, existența acesteia depinzând de calitatea subiectelor dreptului, manifestând caracter intuitu personae atât în cazul soților cât și a coautorilor cu deosebirea că în primul caz ia naștere în momentul încheierii actului pe când la coautori ia naștere treptat pe parcursul realizării operei.

Se pune problema dacă instituția specifică proprietății devălmășe, respectiv mandatul tacit reciproc și-ar putea găsi o aplicare în cazul coautorilor operei comune indivizibile având în vedere imposibilitatea utilizării separate a operei de către aceștia. Datorită naturii complexe și a dualității drepturilor de autor între drepturile reale și cele de creație precum și caracterului personal și exclusiv chiar a drepturilor patrimoniale prezumția de mandat tacit reciproc nu se poate aplica actelor de dispoziție asupra operei, regula unanimității menținându-și obligativitatea, fiind totuși posibilă o aplicare limitată a prezumției în materia actelor de administrare și conservare.

Dreptul de divulgare este un drept moral, personal și transmisibil al fiecărui autor ce are ca fundament luarea deciziei de a aduce opera la cunoștință publică. În cazul operei indivizibile exercitarea acestui drept trebuie să fie concomitentă și individuală operând regula unanimității, lipsa exercitării dreptului la divulgare a unuia din coautori ducând la imposibilitatea aducerii operei la cunoștință publică. Simetric, niciunul dintre coautori nu-și va putea exercita dreptul de retractare, caracterizat de regula de libertatea de decizie a autorului limitată doar de principiul forței obligatorii a contractelor ce are ca efect acordarea de despăgubiri celor vătămați prin exercițiul acestui drept, în

mod singular. Drepturile la calitatea de autor și cel de respectare a integrității operei pot fi exercitate de oricare dintre coautori ca și cum ar fi vorba de o operă integral proprie.

În ceea ce privește drepturile patrimoniale ale coautorilor se pune problema exercițiului acestora la încheierea unui contract de editură în scopul reproducerii și distribuirii operei comune. Contractul de editură fiind încheiat între persoane fizice-coautorii și o persoană juridică-editura, având ca obiect fapte unilaterale de comerț, va fi supus legii comerciale, conf. Art.56 Cod com. Dar sub aspectul obligațiilor asumate de coautori prin încheierea contractului acestea vor fi supuse legii civile deoarece în ceea ce îi privește contractul își păstrează caracterul civil. Conform art.1057: „obligația este nedivizibilă când obiectul ei fără a fi denaturat nu se poate face în părți nici materiale nici intelectuale” și reținând definiția dată de Legea 8/1996 operei comune indivizibile desprindem concluzia că obligațiile asumate de coautori sunt obligații nedivizibile. Importanța tipului de obligații rezidă în efectele acestora sub aspectul răspunderii coautorilor în caz de neexecutare sau executare defectuoasă a obligațiilor asumate prin contractul de editare a operei comune. Efectele obligațiilor nedivizibile sunt date de art.1062 C.civ. „, fiecare dintre cei care au contractat împreună un debit nedivizibil este obligat pentru totalitate, cu toate că obligația nu este contractată solidar”. Conform reglementării legale a contractului de editare, contract numit, principalele obligații ale autorilor sunt: obligația de a pune obiectul ediției la dispoziția editorului și obligația de garanție, ambele obligații de a face. Dacă coautorii încheie un contract de editare pentru o operă comună viitoare neîndeplinirea obligațiilor va avea efecte diferite după cum opera este divizibilă sau indivizibilă.

Astfel în cazul operei divizibile, când contribuțiile coautorilor pot fi separate, neexecutarea obligațiilor din culpa unuia din coautori coferă editorului un drept de opțiune între: 1) rezilierea contractului și o acțiune în despăgubire contra coautorilor, aceștia având un drept de regres contra coautorului culpabil; 2) salvagardarea contractului, specifică în materie comercială având în vedere că pentru editor contractul e comercial, în cazurile în care obiectul este posibil și fără contribuția coautorului retractant sau când obligația acestuia e preluată de ceilalți coautori, cu modificarea corespunzătoare a remunerațiilor acestora (similar efectelor unei pieiri parțiale a bunului corporal aflat în coproprietate).

În cazul operei indivizibile dacă unul din coautori nu-și aduce sau nu-și finalizează încorporarea aportului creator în opera comună acest fapt are ca efect imposibilitatea realizării obiectului contractului de editare iar editura nu mai poate recurge la salvagardarea contractului ci la rezilierea acestuia cu o acțiune în despăgubiri contra coautorilor care, fiind obligați indivizibil, răspund pentru neîndeplinirea obligațiilor (similar pieirii totale a bunului).

Dreptul de proprietate asupra operei comune indivizibile nu mai este format, pentru fiecare dintre coautori dintr-un drept exclusiv asupra contribuției proprii și un drept de proprietate comună asupra restului, ci este un drept de proprietate comună asupra întregului operei, cu efecte directe asupra transiterii acestuia. Coautorii operei indivizibile nu-și pot transmite convențional contribuția în mod individual (ut singuli) drepturile patrimoniale asupra operei comune unitare putând fi cesionate de toți coautorii împreună(transmisiunea individuală operând doar pe latura drepturilor morale transmisibile) cu excepția dreptului la integritatea operei care poate fi exercitat cu privire la operă, în totalitatea ei, de oricare dintre coautori.

De fapt numai dreptul moral la paternitatea operei își păstrează caracterul strict individual în persoana autorului, dreptul la nume, sub aspectul alegerii numelui operei, putând fi exercitat în comun, individual cu acordul celorlalți, sau numai de către autorul principal.

În materia operelor indivizibile partajul nu constituie o modalitate de încetare a proprietății comune asupra operei unitare, nefiind posibil nici partajul de folosință ulterioară a contribuției personale, aporturile creatoare contopindu-se într-un tot unitar în care nu se mai pot identifica sau individualiza (similar procedului de confuziune a mai multor bunuri corporale aparținând unor proprietari diferiți).

Concluzii

Deși teoria interpretării dreptului de autor ca veritabil drept de proprietate este foarte convingătoare din perspectiva mecanismelor drepturilor patrimoniale ce îl compun, acesta nu poate fi asimilat unui drept de proprietate, atipicitatea fiindu-i dată de legătura personală dintre subiect și obiect, de natura juridică duală, de modul original de dobândire, subiectele circumstanțiate, obiectul calificat pentru protecție, precum și transmiterea incompletă și modul de încetare prin expirarea duratei de protecție și intrarea în domeniul public a drepturilor patrimoniale, cele morale fiind inalienabile și imprescriptibile.

Fiind indisolubil legate de personalitatea, modul de gândire și creație al autorilor, respectiv coautorilor drepturile de autor i-au naștere o dată cu actul creației, operele neputând fi pre-existente dreptului ca în cazul proprietății corporale sau chiar incorporale : titluri de valoare sau fonduri de comerț.

Caracterul juridic complex dat de dualitatea moral-patrimonială determină regimul juridic diferit al celor două categorii de drepturi, dreptului de proprietate veritabil lipsindu-i componenta morală precum și perioada *eventuală* a drepturilor patrimoniale până la exercitarea dreptului de divulgare.

Modul special de dobândire dat de actul creației e particularizat și de lege, instituindu-se prezumția legală a adevăratului autor. În cazul operelor comune e dat de comunitatea de inspirație, raporturile dintre coautori din perspectiva de valorificare a operei fiind similare coproprietății. Astfel când opera este divizibilă drepturile patrimoniale pot fi exercitate de fiecare dintre coautori cu respectarea intereselor celorlalți iar când opera este indivizibilă, coautorii nu vor putea exercita drepturile decât cu respectarea regulii unanimității.

Titularii drepturilor de autor, atât ca subiecte primare cât și ca subiecte secundare în urma transmisiunii de drepturi succesorală sau convențională, sunt circumstanțiați ori prin calitatea de autor ori prin relația cu acesta, calitatea de autor fiind o chestiune de fapt ce izvorăște din faptul juridic al creației. Având în vedere că legea instituie principiul adevăratului autor, subiecții secundari fiind excepții de la acest principiu, putem deduce că subiectele dreptului de autor sunt circumstanțiate prin lege spre deosebire de subiectele dreptului de proprietate obișnuită.

De asemenea și obiectul drepturilor de autor este limitat de lege (art 7 din L 8/1996) la anumite categorii de opere care trebuie să îndeplinească și condițiile impuse de lege, respectiv originalitatea și forma perceptibilă, susceptibilă de a fi adusă la cunoștința publicului, pentru a fi protejate spre deosebire de dreptul comun care nu impune condiții speciale obiectului dreptului de proprietate.

Chiar transmiterea dreptului de proprietate asupra operelor comune diferă de mecanismul din dreptul comun atât pe latură succesorală cât și contractuală. În ceea ce privește transmisiunea succesorală a drepturilor patrimoniale, în cadrul ei poate opera retransmiterea drepturilor atunci când perioada de protecție nu a expirat, transmițându-se descendentului primului moștenitor al autorului pentru restul perioadei de protecție, pentru că și acesta e descendentul autorului, precum și particularitatea că statul nu intra în posesia drepturilor patrimoniale pe perioada protecției acestora, ci atunci când opera cade în domeniul public. Transmiterea convențională se particularizează și ea în considerarea caracterelor personale, exclusive și temporare ale drepturilor patrimoniale ce permit autorului să utilizeze opera în beneficiul său și al succesorilor săi.

Drepturile de autor ale coautorilor deși se exercită după reguli proprii și proprietății comune nu pot fi identificate cu drepturile de proprietate comună pentru că deși au aceleași prerogative *ius utendi*, *ius possidendi*, *ius abutendi*, natura lor complexă ce le dă toate particularitățile menționate mai sus precum și dualitatea de interese publice ale societății destinată a operelor și particulare ale autorilor privind renumele, faima și beneficiile materiale, fac ca aceste drepturi să fie atipice, categorie juridică intermediară între drepturile de proprietate și drepturi ale personalității, între dreptul de clientelă și drepturile asupra bunurilor corporale.

Referințe bibliografice

- Corneliu Bârsan „Drept civil. Drepturile reale principale”, Ed. All Beck, Bucuresti, 2001, p.26, p.168
- Valeriu Stoica „Drept civil. Drepturile reale principale”, Ed. C.H.Beck, Bucuresti, 2009, p.30
- Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia Spineanu-Matei „Drepturile de autor și drepturile conexe”, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005, p.30, 37, 50
- Yolanda Eminescu „Dreptul de autor”, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 1997
- Tina Hart, Linda Fazzani, Simon Clark „Intellectual property law”, Ed. Palgrave, Macmillan, London, 2006, p.273
- Claude Colombet „Propriété littéraire et artistique et droits voisins” Ed. Dalloz, Paris, 1990, p.116, 183, 218
- Elizabeth Adeney „Moral rights of authors and performers”, Ed. Oxford, Oxford University Press, 2006
- Legislație comunitară privind proprietatea intelectuală Directiva nr. 2006/115/CE a Parlamentului European și Consiliului din 12 dec. 2006 privind dreptul de închiriere și împrumut și anumite drepturi conexe dreptului de autor în domeniul proprietății intelectuale

DONAȚIA DE ORGANE, ȚESUTURI ȘI CELULE ÎN LEGISLAȚIA INTERNAȚIONALĂ

Floriana TUDOR*

Abstract

The current paper deals with an actual theme which led to international controversies: organ donations both from living and dead persons. By exposing the international regulations regarding the subject, some of them also adopted in domestic law, we followed the explanatory framework and the conditions under which the donation of organs, tissues and cells is not contrary to ethics, morality and international regulation regarding human rights. Also, we took into consideration the goals proposed at an international level, by socially and legally integrating the progress of medical techniques. Finally, we followed the formation of the contractual framework through presenting both its conditions and effects between individuals in the context of gradual acceptance amongst people, request and use of such scientific and medical techniques.

Cuvinte cheie: donatie de organe, cadru legal intern si international.

I. Reglementări internaționale

Ființa umană, prin natura sa, a fost înzestrată cu capacitate proprie de reflecție ce-i permite a cântări argumentele pro și contra la luarea unei decizii privind propria sa existență ce înglobează probleme de ordin social, cultural, profesional, moral și medical. Dezvoltarea unei persoane nu se poate face fără respectarea drepturilor sale fundamentale și fără protejarea unora din atributele inerente ale unei ființe umane; atribute consacrate în numeroase instrumente internaționale¹ precum dreptul la viață și demnitate.

Progresul științifico-medical înregistrat în ultimele decenii, cu precădere în ultima decadă, tinde să lărgescă cadrul eticii și impune o delimitare fină între demnitatea persoanei și rolul primordial al acesteia în spațiul progreselor medicale.

Cum principalul atribut al persoanei este dreptul său la viață², fără însă a se stabili un criteriu de delimitare cu privire la calitatea acesteia³, medicina, prin descoperirile înregistrate în domeniul prelevării și transplanului de organe, țesuturi și celule contribuie atât la apărarea dreptului la viață, la îmbunătățirea vieții sub toate aspectele sale, cât și la oferirea dreptului la o nouă viață.

Progresul rapid al științelor și aplicațiilor tehnologice ridică probleme de etică ce trebuie coroborate, în principal, cu respectarea demnității umane⁴, a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

* Student, Universitatea „Nicolae Titulescu”, Facultatea de Drept, Anul III, florianatudor@gmail.com.

Acest studiu elaborat sub coordonarea asistent univ. drd. Anca Gheorghe, Universitatea „Nicolae Titulescu”, Facultatea de Drept, București.

¹ Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală ONU la 10 decembrie 1948; Convenția Europeană a Drepturilor Omului, adoptată de Consiliul Europei și semnată la Roma, la 4 noiembrie 1950; Declarația universală pentru bioetică și drepturile omului adoptată de UNESCO la 19 octombrie 200 etc

² „Ele (n.r. drepturile intangibile printre care regăsim și dreptul la viață) sunt considerate ca atribute inalienabile ale ființei umane, exprimând valoarea respectului demnității inerente persoanei și formează standardul minimal de protecție a drepturilor omului.” (Catrinel Brumar, Raluca Miga-Beșteliu, *Protecția Internațională a Drepturilor Omului: note de curs*, Ediția a 5-a, Universul Juridic, București, 2010, pag. 110)

³ „Dreptul la viață este un drept civil, ce protejează viața biologică, existența ca atare a ființei umane și nu garantează un anumit nivel de trai sau o anumită calitate a vieții.” (Catrinel Brumar, Raluca Miga-Beșteliu, *op. cit.*, pag. 132).

⁴ A se vedea Aurora Ciucă, *Conceptul de demnitate a ființei umane în bioetică și drept*, în Revista Română de Bioetică nr. 2/2009.

Astfel că, în peisajul reglementărilor internaționale în domeniu, prin Declarația universală pentru bioetică și drepturile omului⁵ se trasează principalele obiective în domeniu:

a. Oferirea unui cadru universal de principii și proceduri pentru ghidarea statelor în elaborarea legislației, a politicilor și a altor instrumente în materie de bioetică;

b. Ghidarea acțiunilor indivizilor, grupurilor, comunităților, instituțiilor și societăților, publice și private;

c. Contribuirea la respectul demnității umane și protejarea drepturilor omului, asigurând respectul vieții ființelor umane și a libertăților fundamentale, de o manieră compatibilă cu dreptul internațional al drepturilor omului;

d. Recunoașterea importanței libertății cercetării științifice și a binefacerilor decurgând din progresul științelor și tehnologiilor, insitându-se asupra necesității ca această cercetare și a acest progres să se înscrie în cadrul principiilor de etice enunțate în declarație și de a respecta demnitatea umană, drepturile omului și libertățile fundamentale;

e. Încurajarea unui dialog pluridisciplinar și pluralist asupra problemelor de bioetică între toate părțile interesate și în cadrul societății în ansamblul său;

f. Promovarea unui acces echitabil la progresele medicinei, științelor și tehnologiilor, ca și cea mai mare circulație posibilă și schimbul rapid de cunoștințe referitoare la aceste evoluții și schimbul de avantaje care decurg din acestea, acordând o atenție deosebită nevoilor țărilor în curs de dezvoltare;

g. Salvagardarea și apărarea intereselor generațiilor prezente și viitoare;

h. Sublinierea importanței biodiversității și prezentarea sa ca preocupări comune ale umanității.

În continuarea scopurilor principale, se proclamă prevalarea intereselor și bunăstării individului față de interesul unic al științei sau a societății (art. 3), maximizarea beneficiilor aduse persoanelor fizice prin aplicarea și perfecționarea cunoștințelor științifice și medicale și minimalizarea posibilelor daune aduse participanților la cercetare sau a altor persoane afectate (art. 4). Individul se bucură de deplină autonomie⁶ în luarea deciziilor sale, asumându-și responsabilitatea pentru acestea și, totodată respectând autonomia celorlalți (art. 5). Consimțământul liber, prealabil și în cunoștință de cauză trebuie exprimat în mod expres înaintea oricărei intervenții medicale preventive sau de diagnostic. Consimțământul în mod expres exprimat poate fi retras în orice moment și pentru orice motiv, fără ca persoanei în cauză să i se producă vreun dezavantaj sau prejudiciu (art. 6 pct. 1).

Consimțământul expres și liber exprimată trebuie să provină de la o persoană ce are capacitatea de a-l oferi. Pentru persoanele ce se află în incapacitatea de a-și exprima consimțământul, art. 7 prevede o protecție sporită:

a. Autorizarea unei activități de cercetare sau de practică medicală trebuie să fie obținută în conformitate cu interesul superior al persoanei în cauză și cu dreptul intern. Cu toate acestea, persoana în cauză trebuie să fie implicată, în măsura posibilului, în procesul de decizie ce conduce la un acord, precum și la cel ce conduce la retragerea acestuia;

b. Cercetarea nu trebuie efectuată decât în beneficiul direct al sănătății persoanei în cauză, sub rezerva aprobărilor și a măsurilor de protecție prevăzute de lege și dacă nu există nicio alternativă eficace comparabilă cu activitatea de cercetare, făcând apel la participanții capabili să-și exprime consimțământul. Cercetarea care nu are un beneficiu așteptat direct asupra sănătății trebuie să fie realizat numai în mod excepțional, cu cea mai mare reținere, expunând persoana la un risc minim și costuri minime și, dacă cercetarea se face în interesul sănătății altor persoane din aceeași categorie, cu condiția că aceasta se face în condițiile prevăzute de lege și este compatibilă cu protecția

⁵ Adoptată de UNESCO la 19 octombrie 2005.

⁶ A se vedea Aurora Ciucă, *Conceptul de demnitate a ființei umane în bioetică și drept*, în Revista Română de Bioetică nr. 2/2009.

drepturilor individuale a persoanei în cauză. Refuzul unei asemenea persoane de a participa la cercetare trebuie să fie respectat.

Totdată, conform prevederilor Declarației universale pentru bioetică și drepturile omului, în aplicarea și perfecționarea cunoștințelor științifice trebuie luate în considerare protejarea și respectarea indivizilor vulnerabili și a sănătății acestora (art. 8), respectarea vieții private⁷ a persoanelor în cauză și luarea în calcul a importanței diversității culturale și a pluralismului, care însă nu ar trebui să fie invocate pentru încălcarea demnității umane și nici să limiteze domeniul de aplicare (art. 12).

Pe plan mondial, pentru trasarea principiilor după care ar trebui să se ghideze bioetica și dreptul a mai fost adoptată Declarația universală privind genomul uman și drepturile omului⁸ și elaborate, de către Asociația Medicală Mondială, Rezoluția asupra non-comercializării elementelor umane de reproducere⁹ și Luarea de poziție privind donarea și transplantul de organe¹⁰.

II. Reglementări europene

La nivel regional, principiile generale aplicabile în domeniul sănătății sunt enunțate în art. 11 de Carta Social Europeană care prevede obligația din partea națiunilor de a salvagarda și ocroti sănătatea cetățenilor, iar prin Codul European de Securitate Socială se garantează măsuri de prevenție și reabilitare, precum și tratamentele medicale.

În domeniul transplantului de organe, celule și țesuturi, Consiliul și Parlamentul Europei au formulat peste 30 de rezoluții și declarații ce constituie veritabile propuneri *de lege ferenda* pentru legislația în domeniu a statelor membre ale Uniunii Europene.

În cadrul acestor rezoluții se face vorbire, spre exemplu: în situația recoltării de organe pentru transplanturi de la decedați, consimțământul familiei se prezumă, dacă persoana nu s-a opus în timpul vieții; recoltarea nu poate fi pecuniară; în donarea de țesuturi de la persoane, raportul de beneficiu la primitor și risc la donator trebuie să fie asigurat, iar răspunderea se va aprecia prin prisma obligației de rezultat și nu de mijloace.

Pentru uniformizarea legislativă a țărilor din Uniunea Europeană, Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei au adoptat Recomandarea 78/29 și Recomandarea 79/5. Recomandările conțin o serie de reguli și definiții adresate statelor. Printre acestea regăsim: faptul că „nicio substanță nu poate fi oferită pentru profit”, totuși se admite recompensarea pierderii venitului și a oricăror cheltuieli cauzate de prelevare sau examinare prealabilă. De asemenea, se adresează Guvernelor invitația de a prevedea în documentele de identitate sau în permisul de conducere posibilitatea de declarație preventivă din partea cetățenilor pentru donarea *post mortem*. Această invitație vine a favoriza și a susține posibilitatea statelor membre de a se prevala de „consimțământul prezumtiv” în cazurile unde nu reiese voința contrară exprimată în timpul vieții de cel ce este subiect al prelevării de organe *post mortem*. În ciuda generalizării tendinței de a considera cadavrul ca *res communitatis*, se impune respectarea convingerilor religioase avute pe parcursul vieții, convingeri ce pot fi contrare donării de organe *post mortem*.

Având în vedere indispensabilitatea consimțământului din partea celui ce este subiect al acestui procedeu, prin Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei

⁷ Noțiunea de viață privată, în sensul art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, astfel cum acest text este interpretat de instanța de contencios european, cuprinde dreptul persoanei la viața privată intimă, personală, dreptul acesteia la viața privată socială și dreptul persoanei la un mediu înconjurător sănătos. (Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului*, Vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2005, pag. 600).

⁸ Adoptată de UNESCO în anul 1997.

⁹ Adoptată la Helsinki în anul 2003.

¹⁰ Adoptată în octombrie 2000 și revizuită în octombrie 2006, la Pilanesberg, Africa de Sud.

umane față de aplicațiile biologiei și a medicinei (Convenția privind drepturile omului și biomedicina)¹¹ se consacră o serie de principii generale aplicabile în domeniul donației de organe, țesuturi și celule.

Întreg capitolul II al Convenției de la Oviedo este rezervat prezentării modalităților de exprimare a consimțământului și situațiile derogatorii. Regula generală este că persoana vizată de intervenție este cea care trebuie să-și exprime consimțământul, iar ca excepții, consimțământul persoanelor lipsite de capacitatea de a consimți (art. 6), al persoanelor care suferă de o tulburare mintală (art. 7) sau în situațiile de urgență în care nu se poate obține un consimțământ adecvat (art. 8), se va efectua intervenția numai dacă este în beneficiul acestei persoane sau dacă a fost consimțită de reprezentantul legal. De asemenea, dacă dorințele persoanei au fost exprimate anterior intervenției, iar aceasta în momentul intervenției nu este într-o stare care sa-i permită să-și exprime dorința, se va ține seama de dorințele exprimate (art. 9).

În cazul prelevării de organe de la o persoană în viață consimțământul acesteia trebuie să fie întotdeauna prealabil intervenției, expres și specific, fie în scris, fie în fața unei instanțe oficiale. Anterior obținerii consimțământului din partea persoanei vizate, aceasta trebuie să beneficieze de o informare prealabilă cu privire la scopul, natura, consecințele și riscurile intervenției.

Exprimarea consimțământului nu crează o obligație în sarcina celui care l-a exprimat, acesta având libertatea de a-l retrage în orice moment înaintea intervenției. Așadar, putem afirma că intervenția este condiționată atât de exprimarea consimțământului, cât și de neretragerea acestuia.

În cadrul art. 26 al Convenției de la Oviedo se permite o derogare de la principiul întâietății ființei umane în situațiile în care aceste măsuri sunt necesare într-o societate democratică pentru siguranța publică, pentru prevenirea infracțiunilor, pentru ocrotirea sănătății publice sau protecția drepturilor și libertăților altora, însă aceste prevederi nu sunt aplicabile în cazul transplantului de organe.

Prin Directiva 2006/17/CE a Comisiei se stabilesc în sarcina statului cerințe pentru prelevarea țesuturilor și a celulelor. Astfel, statele membre trebuie să ia măsuri ca toate transplanturile de organe și țesuturi să se efectueze în centre acreditate pentru astfel de activități, trebuie să ia măsuri pentru asigurarea exporturilor către centre ce au fost acreditate, prin autoritățile sale, statul, trebuie să supravegheze activitatea centrelor de țesuturi care sunt obligate să păstreze înregistrări privind activitățile desfășurate și să prezinte anual autorităților competente, un raport care ar trebui să fie public. De asemenea, statele trebuie să depună eforturi pentru a asigura donări voluntare și neremunerare de țesuturi și celule, donări ce trebuie efectuate în deplină confidențialitate, cu respectarea legislației în vigoare.

Principalele categorii de transplanturi vizate sunt cele *post mortem*, însă, pentru eficientizarea scopului acestor transplanturi și în lipsă de disponibilități se acceptă, ca alternativă și transplantul de organe de la persoane vii.

Deoarece progresul biologiei și al medicinei are un impact puternic aducând numeroase beneficii indivizilor, la nivel european cadrul legislativ în domeniu are în vedere numeroase aspecte cu privire la măsurile de transport al organelor donate, protecția datelor donatorului și a familiei sale precum și datele beneficiarului și a familiei acestuia, interzicerea comercializării organelor.

Dorințele Uniunii Europene pornesc de la educarea și informarea populației cu privire la beneficiile pe care le aduce sănătății progresul medicinei, în acest sens, Parlamentul European, printr-o rezoluție¹² adresată statelor membre reiterează necesitatea aplicării unui Plan de acțiune privind donarea și transplantul de organe, plan ce urmărește consolidarea cooperării dintre state. În cuprinsul rezoluției printre altele se arată că faptul că:

¹¹ Adoptată în anul 1997 la Oviedo. A intrat în vigoare la 1 ianuarie 1999, iar România a ratificat Convenția prin Legea 17/2001 publicată în M. Of. nr. 103 din 28 februarie 2001.

¹² Rezoluția Parlamentului European din 22 aprilie 2008 privind donarea și transplantul de organe: acțiuni politice la nivelul Uniunii Europene, publicată în Jurnalul Oficial C 259 E din 29/10/2009, pag. 1-9.

a. În Uniunea Europeană nevoia de transplant de organe a crescut în mod constant și mai rapid decât numărul organelor donate, întrucât în Uniunea Europeană există liste de așteptare cuprinzând mai mult de 60.000 de pacienți care au nevoie de transplant și întrucât un număr considerabil mor din cauza lipsei cronice de organe, întrucât creșterea numărului de donatori nu conduce la reducerea listelor de așteptare;

b. Traficul de organe, mercantilismul și „turismul pentru transplanuri”, care sunt incompatibile cu respectarea demințării umane, se dezvoltă rapid întrucât există o legătură între lipsa de organe și traficul de organe, fiind necesare mai multe informații privind traficul de organe;

c. Transplantul de organe este singurul tratament disponibil în cazul insuficienței hepatice, pulmonare sau cardiace, în stadiu terminal, și prezintă cel mai bun raport preț-eficiență în cazul insuficienței renale în stadiu terminal, întrucât transplantul de organe oferă posibilitatea de a salva vieți omenești și de a asigura o calitate superioară vieții.

III. Reglementări interne

În România, transplantul de organe, țesuturi și celule este reglementat prin Legea 95/2006¹³. Deși atât în actuala reglementare, cât și în vechea reglementare¹⁴ se folosește rareori termenul de donație, în fond această operațiune juridică își are fundamentul în materia donațiilor, prelevarea și transplantul făcându-se întotdeauna cu titlu gratuit. În acest sens, art. 144 lit. f) din legea 95/2006 prevede expres că „donația se face în scop umanitar, are caracter altruist și nu se face în scopul obținerii unui folos material sau de altă natură”.

Transplantul de organe are la bază consimțământul donatorului de a dona și acceptul beneficiarului de a primi materialul donat ce se materializează în contractul de donație. deși se folosește termenul de „contract de donație”, actul prin care se concretizează donarea și primirea organului, a țesutului sau a celulelor, prezintă caracteristici specifice, neputând fi încadrat într-un contract tipic de donație. Donatorul, parte a acestui contract, nu intră sub incidența prevederilor legale legate de obligațiile sale: de a preda bunul și de a garanta împotriva evicțiunii. Asemenea obligații sub excluse.

De asemenea, prin manifestarea de voință în scopul prelevării și transplantului de organe, donatorul și primitorul nu devin creditor și debitor.

Natura juridică a donației de organe, țesuturi și celule nu reprezintă nici liberalitate, în sensul prevederilor art. 946 C.civ., nici contract în sensul prevederilor art. 948 C.civ. Aceasta se susține și pe faptul că, dacă în contractul de donație părțile își cunosc identitatea, în cazul contractului de donație de organe, țesuturi și celule, donatorul și primitorul iau cunoștință de identitatea celulei numai în mod excepțional.

De asemenea, spre deosebire de contractul de donație unde întâlnim irevocabilitatea de gradul II, în contractul de donație de organe, consimțământul pentru prelevarea organelor este, prin esența sa revocabil. Astfel, donatorul se bucură de facultatea de a reveni oricând asupra deciziei sale până la momentul intervenției fără a se reține în sarcina sa vreă culpă.

Actuala legislație are în vedere două categorii de donatori: persoanele „în viață” sau decedații. Pentru a putea avea calitatea de donator de organe „în viață”, donatorul trebuie să fie major, să aibe capacitate deplină de exercițiu și scopul prelevării de organe să fie cel terapeutic. Prin excepție de la această regulă, de admite ca donator și o persoană minoră numai atunci când obiectul donației este constituit din celule stem hematopoietice medulare sau periferice [art. 145 alin. (2)].

¹³ Privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M.Of. nr. 372 din 28 aprilie 2006, modificată și completată.

¹⁴ Legea nr. 2/1998 privind prelevarea și transplantul de țesuturi și organe umane, cu completările și modificările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 8 din 13 ianuarie 1998, în prezent abrogată prin legea 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății.

Prelevarea de organe de la persoanele decedate se poate realiza numai dacă moartea clinică a fost confirmată medical și există, în scris, consimțământul persoanei abilitate¹⁵ și dacă prin prelevare nu se compromite o autopsie medico-legală solicitată [art. 147 pct. 4 și art. 148 ain. (8)].

Este de remarcat faptul că legea nu face vorbire despre donarea de organe a persoanelor aflate în stare vegetativă (comă).

IV. Concluzii

Prin prisma reglementărilor la nivel mondial în domeniul donației de organe, țesuturi și celule se observă interesul și dorința pentru realizarea unui cadru organizat în vederea atingerii scopului principal: sanatatea tuturor indivizilor.

Se încearcă abolirea comerțului de organe, mărirea numărului donatorilor având în vedere masiva necesitate a transplantului de organe, securizarea procesului de prelevare și transplant, realizarea unei informări amănunțite înainte de apelerarea la această tehincă, precum și educarea populației lumii în vederea întraajutorării și participării în mod activ la construirea și păstrarea sănătății și a vieții.

Considerăm că la nivel legislativ ar trebui adoptată o formă treptată de obținere a acordului donatorului printr-o informare sistematică asupra efectelor acestei decizii, informare adaptată la credințele religioase ale fiecărei culturi în parte, iar la nivelul normelor interne, considerăm necesar a reglementată donația de organe din partea persoanelor aflate în stare vegetativă (comă).

Referințe bibliografice

IV. Legislație

- Codul civil și legile conexe, Ediția a 3-a, revizuită, editare coordonată de conf. univ. dr. Flavius-Antoniou Baias, Editura C.H. Beck, 2009
- Legea 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M.Of. nr. 372 din 28 aprilie 2006, modificată și completată.
- Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demințării ființei umane față de aplicațiile biologiei și a medicinei (Convenția privind drepturile omului și biomedicina).
- Convenția Europeană a Drepturilor Omului.
- Declarația universală pentru bioetică și drepturile omului.
- Declarația Universală a Drepturilor Omului.

V. Cursuri, tratate, monografii

- Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ediția a III-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Catrinel Brumar, Raluca Miga-Beșteliu, *Protecția Internațională a Drepturilor Omului: note de curs*, Ediția a 5-a, Universul Juridic, București, 2010.
- Francis Deak, *Tratat de drept civil: contracte speciale*, Vol. II, Ediția a IV-a, actualizată de Lucian Mihai și Romeo Popescu, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului*, Vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2005.
- Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.
- Ion Deleanu, *Biologie și drept*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1983.
- Mihail Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972.

¹⁵ Prin persoane abilitate se înțelege: soț, părinte, copil, frate sau soră. Este necesar cel puțin consimțământul unuia din membrii majori ai familiei. În cazul în care persoana decedată și-a exprimat consimțământul cu privire la prelevarea de organe printr-un act notarial sau prin înscrierea în Registrul național al donatorilor de organe, țesuturi și celule, consimțământul membrilor familiei nu mai este necesar. (A se vedea Liviu Stănculescu, *Drept civil: contracte și succesiuni*, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008, pag. 107-109).

- Liviu Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Editura Lumina Lex, București, 1998.
- Liviu Stănculescu, *Drept civil: contracte și succesiuni*, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008.

VI. Articole de specialitate

- Aurora Ciucă, *Conceptul de demnitate a ființei umane în bioetică și drept*, în Revista Română de Bioetică nr. 2/2009.
- Șerban Beligrădeanu, *Răspunderea civilă a medicului și a unităților sanitare*, în Revista Dreptul, nr. 3/1990.
- Juanita Goicovici, *Donațiile remuneratorii. Noțiune și domeniialitate (I)*, în Curierul Judiciar, nr. 11/2007.

VII. Surse electronice

- <http://www.euroavocatura.ro>
- <http://www.avocatnet.ro>
- <http://www.cnpsv.ro>
- <http://www.scj.ro>
- <http://www.portal.just.ro>
- <http://legislatie.just.ro>
- <http://www.infolegal.ro>
- <http://www.juridice.ro>
- <http://www.clr.ro>
- <http://eur-lex.europa.eu>
- <http://www.cdep.ro>

INVESTIȚIILE PE PIAȚA DE CAPITAL

Vlad-Mihail BICHIS*

Abstract

My research will be focused on the means of investment in the capital market, specifically the BVB (Bucharest Capital Market).

In order to achieve that goal, I shall structure my paper in the following way:

analysis of the main features of the capital market (definition, concept, structure, primary and secondary market) and a quick survey of its history and evolution.

official indices of BVB and Rasdaq.

financial instruments and means of investment – cash deposits in lei, cash deposits in convertible currency, deposit warrants in commercial banks, state titles (treasury warrants, bonds), municipal bonds, participation titles in investment trusts, securities (shares and bonds rated on the stock market), derivative financial instruments (futures contracts, forward contracts, options).

the mechanism of capital market investment and subsequent transactions.

substantiation of the investment decision – fundamental analysis, technical analysis, setting up an investment strategy.

virtual portfolio and structure.

shareholder rights and other legal implications.

The approach I've chosen for this paper is both technical and practical. After talking about the methods of investment, I shall look into the reasons why we would invest in such area and how should be we make our choices, on what grounds.

Keywords: *capital market; investments; financial instruments; shareholder rights.*

I. Piața de capital din România

1.1. Istoricul activității bursiere în România

Activitatea bursieră în România datează din anul 1881. Acest fapt s-a datorat adoptării Legii asupra burselor, mijlocitorilor de schimb și mijlocitorilor de mărfuri. Realizată după model francez, această lege reglementa înființarea, prin decret regal, a burselor de valori și mărfuri. Ca urmare a adoptării acestei legi, la 1 decembrie 1882 a avut loc deschiderea oficială a Bursei de Valori București (BVB). De-a lungul existenței sale, activitatea bursei a fost afectată de evenimentele social-politice ale vremii (răscoala din 1907, războiul balcanic din 1912-1913, primul și al 2 - lea război mondial).

După încheierea crizei economice din perioada 1929 – 1933, odată cu refacerea economică, „Bursa de Efecte, Acțiuni și Schimb în București”, cunoaște și ea un curs ascendent, anul 1939 reprezentând apogeul perioadei interbelice. De menționat că, la momentul anului 1939, se tranzacționau 56 de titluri din domeniul bancar, al transportului și al asigurărilor.

Activitatea Bursei de Efecte, Acțiuni și Schimb se întrerupe în anul 1941, moment în care existau la cota bursei acțiunile a 93 de societăți și 77 de titluri cu venit fix (tip obligațiuni).

După o întrerupere de peste 50 ani, Bursa de Valori București a fost reînființată în anul 1995 (20 noiembrie 1995 fiind prima zi de tranzacționare).

Din momentul redeschiderii, bursa a cunoscut o dezvoltare continuă, astfel încât de la o medie anuală de tranzacționare de 150 – 200 mil. RON în perioada 1997 – 2000, s-a ajuns în prezent la o

* Student, Universitatea „Nicolae Titulescu”, Facultatea de Drept. Acest studiu elaborat sub coordonarea lect.univ.drd. Gabriela Mihaș Gyongy

valoare anuală de tranzacționare de peste 5 mld. de RON, cu un maxim de aproximativ 14 mld. RON în anul 2007.

O etapă importantă în istoria pieței de capital din România a constituit-o fuziunea prin absorbție a Bursei de Valori București (BVB) cu Bursa Electronică Rasdaq (BER), BVB preluând toate obligațiile și drepturile BER. Piața rezultată păstrează numele și infrastructura BVB.

Pe RASDAQ (Romanian Association of Securities Dealers Automated Quotations), erau tranzacționate acțiuni ale societăților care au făcut parte din Programul de Privatizare în Masă. Prin intermediul Programului de Privatizare în Masă (PPM) s-a realizat privatizarea a peste 5.000 de societăți comerciale cu capital de stat, prin distribuirea unei părți a capitalului acestora, în mod gratuit, către populație, prin intermediul certificatelor de acționar. Acest proces a continuat prin vânzarea capitalului social rămas în proprietatea statului către investitori privați.

Prima zi de tranzacționare pe piața Rasdaq a fost 1 noiembrie 1996.

După fuziune (anul 2006), în sistemul Bursei de Valori București au fost definite două piețe:

- Piața reglementată a BVB,
- Piața Rasdaq, ce cuprinde companiile care erau listate la Bursa Electronică Rasdaq (BER).

La acest moment numărul societăților listate pe piața reglementată este de 74, printre acestea numărându-se societăți importante din economia națională, precum SNP Petrom, Transgaz, Transelectrica, Banca Româna pentru Dezvoltare, Societățile de Investiții Financiare (SIF Banat-Crișana, SIF Moldova, SIF Transilvania, SIF Muntenia, SIF Oltenia), Banca Transilvania, Antibiotice Iași etc.

În anul 2010 valoarea tranzacțiilor a fost de aproximativ 5.6 mld. RON, corespunzător unei medii zilnice de tranzacționare de 22 mil. RON, iar capitalizarea totală a companiilor listate pe piața reglementată s-a ridicat la peste 100 mld. RON

În ceea ce privește piața RASDAQ, în anul 2010 s-au realizat tranzacții în valoare de 600 mil. RON, cu o medie zilnică de tranzacționare de 2.4 mil. RON, capitalizarea totală a celor 1.309 societăți emitente fiind de aproximativ 11 mld. RON.

Comparativ cu piețele din regiune, trebuie menționat că piața locală este încă la un nivel incipient de dezvoltare. Astfel, în anul 2010 cea mai mare capitalizare, de 91,86 mld. euro, a fost înregistrată de Bursa de la Viena, în vreme ce valoarea companiilor tranzacționate la Bursa din Praga s-a ridicat la 55 mld. euro. Bursa din Budepesta a avut o capitalizare de 20,9 mld. euro, iar cea de la Ljubljana, de 7 mld. euro.

Indicii oficiali ai Bursei de Valori București sunt:

- indicele BET (Bucharest Exchange Trading), primul indice creat de BVB pentru a reflecta tendința de ansamblu a prețurilor celor mai lichide 10 acțiuni tranzacționate la Bursa de Valori București.

- indicele BET-C – este un indice compozit, calculat pe baza tuturor societăților cotate la BVB;

- indicele BET-FI, care monitorizează evoluția celor 5 Societăți de Investiții Financiare;

- indicele ROTX, diseminat în timp real și de către Bursa de Valori din Viena (Wiener Borse AG) reflectă evoluția celor mai atractive 12 companii (blue chips) de la BVB;

- indicele BET-XT, ce reflectă evoluția prețurilor celor mai lichide 25 de companii tranzacționate în segmentul de piața reglementată, inclusiv SIF-urile;

- indicele BET-NG, un indice sectorial care urmărește mișcarea prețurilor acțiunilor companiilor tranzacționate pe piața reglementată BVB, al căror domeniu de activitate principal este asociat cu sectorul energetic.

Indicii segmentului de piață Rasdaq sunt:

- Rasdaq-C, indicele oficial al pieței, calculat pe baza evoluției cursurilor tuturor societăților listate pe piață;

- Indicele RAQ-I, calculat pe baza acțiunilor înscrise la categoria I a Rasdaq;

- Indicele RAQ-II, calculat pe baza acțiunilor înscrise la categoria a II-a a pieței.

1.2. Aspecte legale privind protecția investitorilor pe piața de capital

Principiul protecției investitorilor a cunoscut o dezvoltare continuă în ultimele decenii punându-se bazele teoretice ale sistemului de participare a acționarilor la conducerea unei companii și armonizarea intereselor tuturor celor care au interes în respectiva societate (acționari, angajați, managementul companiei, creditori etc), cunoscut în prezent sub numele de guvernanta corporativă.

Dintre principiile de guvernanta corporativă se disting următoarele:

- respectarea drepturilor și tratamentul echitabil al acționarilor,
- definirea de roluri și responsabilități clare pentru Consiliul de Administrație,
- integritatea și comportamentul etic al echipei de management,
- transparența și prezentarea corectă a rezultatelor și perspectivelor viitoare.

Pe piața de capital, atât la nivel de reglementare, cât și la nivelul aplicării practice a normelor incidente, protecția investitorilor funcționează mult mai eficient decât în domeniul societăților neadmise la tranzacționare (nelistate).

În Statutul Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare, autoritatea de reglementare și supraveghere a pieței de capital din România, se prevede în mod explicit, la art. 2 lit. c), drept obiectiv fundamental al acestei autorități “asigurarea protecției investitorilor împotriva practicilor neloiale, abuzive și frauduloase”.

Pentru a asigura respectarea protecției investitorilor, C.N.V.M. supraveghează în timp real și periodic instituțiile, operatorii și operațiunile de pe piața de capital, în acest scop în cadrul autorității fiind organizate “Serviciul Informare și Protecție Investitori” și “Serviciul Monitorizare Emitenți”.

Într-o accepțiune largă, principiul protecției investitorilor se reflectă îndeosebi în ocrotirea drepturilor acționarilor minoritari (în fața abuzurilor organelor cu putere de decizie în cadrul societății – consiliul de administrație, managementul societății, adunarea generală a acționarilor), prin recunoașterea pe cale legală a unor drepturi speciale.

Aceste drepturi vizează în principal informarea și controlul asupra vieții economice a societății, în condițiile în care tendința firească a acționarului majoritar este de a diminua influența în societate a celorlalți acționari și de a nu le oferi posibilitatea de a cenzura activitatea companiei.

Este astfel evidentă contradicția permanentă care există între principiul majorității (minoritatea este nevoită să se supună majorității, voința Adunării Generale a Acționarilor reprezentând voința societății comerciale, hotărârile acesteia având caracter obligatoriu pentru toți acționarii, indiferent dacă au participat sau nu la adoptarea lor) și principiul protecției investitorilor (care se reflectă în transparența adoptării deciziilor și informarea permanentă a investitorilor cu privire la aspectele semnificative din viața societății). Această contradicție nu se poate soluționa decât printr-o reglementare strictă și o aplicare riguroasă a normelor de drept ce derivă din principiile mai sus enunțate.

Principiul transparenței pieței de capital este o condiție esențială pentru funcționarea oricărei piețe reglementate și derivă din necesitatea egalității de informare a tuturor actorilor pieței de capital. Îndeplinirea cerințelor de transparență ale emitenților de instrumente financiare tranzacționate pe piețele reglementate se reflectă în creșterea atractivității acestora pentru investitori, cu efecte benefice asupra creșterii capitalizării bursiere a acestora și a lichidității acțiunilor respective.

Astfel, reglementările europene în materie (Directiva nr. 109 din 2004) au drept scop armonizarea legislațiilor naționale cu privire la transparența emitenților tranzacționați pe piețele reglementate din Uniunea Europeană.

Principiul informării permanente a investitorilor este un principiu complementar transparenței și presupune crearea unor mecanisme eficiente de informare continuă a investitorilor.

În aplicarea principiului informării permanente, emitenții admiși la tranzacționare pe o piață reglementată au obligația realizării de raportări trimestriale, semestriale și anuale cu privire la evoluția situațiilor financiare ale societății.

Legislația din România este armonizată cu Directivele Europene în materie (Directiva nr. 34/2001 cu amendamentele ulterioare), asigurându-se astfel premisele informării regulate și complete a acționarilor societăților admise la tranzacționare pe o piață reglementată.

1.3. Drepturile acționarilor societăților listate pe piața de capital

Alături de drepturile generale consacrate de legislația în materia societăților comerciale (în special Legea nr. 31/1990), respectiv dreptul de proprietate asupra acțiunilor (dreptul de folosință, dreptul de dispoziție și dreptul de uzufruct), dreptul de a nu fi exclus din societate, dreptul de a participa la Adunarea Generală a Acționarilor și de a cere completarea ordinii de zi, dreptul de a vota, dreptul de a participa la majorarea capitalului social și de a exercita dreptul de preferință (drept accesoriu dreptului de proprietate care conferă posibilitatea de a participa cu prioritate față de alte persoane care nu au calitatea de acționar la majorarea capitalului social prin subscrierea noilor acțiuni emise), dreptul la o cotă parte din patrimonial societății în cazul lichidării acesteia, legislația pieței de capital consacră anumite drepturi specifice pentru deținătorii de acțiuni la societăți admise la tranzacționare.

A. Dreptul la informare

Conform art. 224 alin. (1) din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, “societățile admise la tranzacționare pe o piață reglementată sunt obligate să se înregistreze la C.N.V.M. și să respecte cerințele de raportare stabilite prin reglementările C.N.V.M. și ale piețelor reglementate pe care se tranzacționează valorile mobiliare emise de acestea”.

Principalele obligații de raportare sunt prevăzute în Legea nr. 297/2004 privind piața de capital (articolele 224 – 228) și în reglementările emise în aplicarea acesteia (în special Regulamentul CNVM nr. 1/2006 privind emitenții și operațiunile cu valori mobiliare).

Astfel, societățile admise la tranzacționare au în principal următoarele tipuri de obligații:

- Să informeze fără întârziere, în maximum 48 de ore, publicul, cu privire la orice noi evenimente apărute în activitatea acesteia, care nu au fost aduse la cunoștința acestuia și care pot conduce la modificări ale prețului acțiunilor, datorită efectului acestor evenimente asupra situației patrimoniale și financiare sau asupra activității emitentului în ansamblu (art. 224 alin. 5 din Legea nr. 297/2004),

- Să pună la dispoziția publicului și să transmită C.N.V.M. și operatorului de piață rapoarte trimestriale, semestriale și anuale (art. 227 alin. 1 din Legea nr. 297/2004). Raportarea trebuie să includă orice informație semnificativă, pentru ca investitorii să facă o evaluare fundamentată privind activitatea societății, a profitului sau pierderii, precum și să indice orice factor special care a influențat aceste activități,

- Să informeze publicul și C.N.V.M., fără întârziere, în legătură cu informațiile privilegiate care îl privesc în mod direct (art. 226 alin. 1 din Legea nr. 297/2004),

- Dacă un emitent sau o persoană care acționează în numele sau în contul emitentului dezvăluie orice informație privilegiată către o terță persoană, în exercitarea obișnuită a profesiei, trebuie să facă publică respectiva informație, simultan, în cazul unei dezvăluiri intenționate și, fără întârziere, în cazul unei dezvăluiri neintenționate (art. 226 alin. 5 din Legea nr. 297/2004),

- Administratorii societăților admise la tranzacționare sunt obligați să raporteze, de îndată, orice act juridic încheiat de către societate cu administratorii, angajații, acționarii care dețin controlul, precum și cu persoanele implicate cu aceștia, a cărui valoare cumulată reprezintă cel puțin echivalentul în lei a 50.000 euro (art. 225 alin. 1 din Legea nr. 297/2004).

De asemenea, conform art. 228 din Legea nr. 297/2004, acționarii au dreptul de a fi informați cu privire la schimbările majore în controlul asupra drepturilor de vot ale emitentului.

Trebuie subliniat faptul că legislația pieței de capital realizează o diferențiere semnificativă între conținutul dreptului la informare existent în cazul societăților admise la tranzacționare pe o piață reglementată și cel al societăților listate pe un sistem alternativ de tranzacționare (ATS), unde cerințele de raportare sunt mai puțin restrictive.

B. Dreptul de a avea acces la lista tranzacțiilor efectuate de persoanele inițiate

Publicul în general și acționarii societății emitente în mod special au dreptul de a fi informați cu privire la tranzacțiile efectuate cu acțiunile emise de societate de către persoanele care au posibilitatea de acces, prin natura funcției deținute, la anumite informații considerate privilegiate.

Sensul acestui drept consacrat de legislația pieței de capital este acela de a se permite publicului larg (acționari ai societăți sau potențiali investitori) să aibă acces la lista tranzacțiilor efectuate de persoanele inițiate, aceste informații putând fi utilizate în cadrul procesului de adoptare a deciziei investiționale.

Tipurile de persoane care se încadrează în categoria de “*persoane inițiate*” este definit prin Regulamentul CNVM nr. 1/2006 (art. 148 – 150) și se referă în special la membrii consiliului de administrație și ai conducerii executive a emitentului, persoanele cu care acestea se află în relații apropiate, precum și persoanele care acționează în mod concertat cu acestea.

În categoria de “*persoane inițiate*” intră de asemenea și toate filialele societății emitente, iar obligația de notificare în termen de maximum 5 zile vizează orice tranzacție, indiferent de valoarea acesteia.

C. Dreptul la un preț legal în cadrul ofertelor publice de cumpărare

Oferta publică de cumpărare reprezintă oferta unei persoane sau a unui grup de persoane de a cumpăra valori mobiliare, adresată tuturor deținătorilor și pentru toate deținerile acestora.

Legislația pieței de capital impune principiul unui preț stabilit în baza anumitor criterii, pentru situația ofertelor publice de cumpărare.

Ofertele publice pot fi voluntare (dacă persoana care o lansează nu are nicio obligație legală în această privință) sau obligatorii.

Ofertele publice obligatorii intervin în situațiile prevăzute expres la art. 203 din Legea nr. 297/2004, respectiv atunci când, urmare a achizițiilor sale sau ale persoanelor cu care acționează în mod concertat, ofertantul ajunge să dețină mai mult de 33% din drepturile de vot asupra unei societăți comerciale. Acesta are obligația de a lansa oferta de cumpărare în termen de maximum 2 luni de la momentul atingerii respectivei dețineri.

Conform art. 204 alin. (1) din Legea nr. 297/2004 prețul oferit va fi cel puțin egal cu cel mai mare preț plătit de ofertant sau de persoanele cu care acesta acționează în mod concertat în perioada de 12 luni anterioară ofertei.

Stabilirea prin legislație a criteriilor pentru determinarea unui preț minim are ca rațiune necesitatea asigurării protecției acționarilor minoritari ai societății (pentru situația în care aceștia nu agreează modificările intervenite în structura acționariatului societății și se confruntă cu un nou acționar care deține o poziție de control în cadrul emitentului).

1.4. Limitări ale dreptului de proprietate

În materia dreptului de proprietate putem distinge următoarele limitări legale:

A. Transmiterea dreptului de proprietate asupra acțiunilor tranzacționate pe o piață reglementată se face numai în conformitate cu regulile respectivei piețe (referitoare la modul de formare a prețului, modalitatea de tranzacționare etc).

B. Interdicția de a înstrăina sau achiziționa acțiuni în baza unor informații privilegiate. Astfel, conform art. 245 din legea nr. 297/2004 “se interzice oricărei persoane care deține informații privilegiate să utilizeze respectivele informații pentru dobândirea sau înstrăinarea ori pentru intenția de dobândire sau înstrăinare, pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane, direct ori indirect, de instrumente financiare la care aceste informații se referă”.

C. Restricții referitoare la dreptul de folosință ca urmare a limitării dreptului de vot în situații de încălcare a dispozițiilor legale (în cazul SIF-urilor unde exista un prag maxim de deținere din capitalul social și drepturile de vot de 1%)

D. Trecerea silită în patrimoniul acționarului majoritar a acțiunilor aparținând acționarilor minoritari; ca urmare a unei oferte publice de cumpărare adresată tuturor acționarilor și pentru toate deținerile acestora, ofertantul care a ajuns să dețină acțiuni reprezentând mai mult de 95% din capitalul social sau a achiziționat în cadrul ofertei mai mult de 90% din acțiunile vizate, are dreptul să solicite acționarilor minoritari să-i vândă respectivele acțiuni la un preț echitabil. Acest drept este cunoscut în legislația europeană sub numele de squeeze-out.

II. Economii și investițiile

Modalități de economisire și investiție

Mediul financiar actual face o distincție clară între procesul de economisire și cel de investiție. Dacă prin economisire se urmărește acumularea de capital în condiții de risc scăzut, procesul de investiție presupune acceptarea unui risc mai ridicat în vederea realizării unui profit corespunzător profilului de risc asumat.

Instrumentele clasice pentru plasarea capitalului economisit în condiții de risc scăzut (aproape zero) sunt:

- depozite în monedă națională (lei);
- depozite în valute convertibile (în principal EUR și USD);
- certificate de depozit la bănci comerciale;
- titluri de stat.

În ceea ce privește instrumentele financiare, regăsim în cadrul Legii nr. 297/2004, art. 2 alin. (1) pct. 11 următoarea definiție:

11. instrumente financiare înseamnă:

- a) valori mobiliare;
- b) titluri de participare la organismele de plasament colectiv;
- c) instrumente ale pieței monetare, inclusiv titluri de stat cu scadență mai mică de un an și certificate de depozit;
- d) contracte futures financiare, inclusiv contracte similare cu decontare finală în fonduri;
- e) contracte forward pe rata dobânzii, denumite în continuare *FRA*;
- f) swap-uri pe rata dobânzii, pe curs de schimb și pe acțiuni;
- g) opțiuni pe orice instrument financiar prevăzut la lit.a) – d), inclusiv contracte similare cu decontare finală în fonduri; această categorie include și opțiuni pe curs de schimb și pe rata dobânzii;
- h) instrumente financiare derivate pe mărfuri;
- i) orice alt instrument admis la tranzacționare pe o piață reglementată într-un stat membru sau pentru care s-a făcut o cerere de admitere la tranzacționare pe o astfel de piață;

În ceea ce privește instrumentele financiare, în funcție de gradul de risc implicat, acestea se pot clasifica astfel:

- titluri de stat (certificate de trezorerie, obligațiuni);
- obligațiuni municipale
- obligațiuni corporative

- titluri de participare la organism de plasament colectiv in valori mobiliare (fonduri deschise de investiții);

- acțiuni listate pe o piață reglementată;

Acțiunile listate pe o piață reglementată sunt valori mobiliare ce atestă un drept de proprietate asupra unei părți a capitalului social al societății emitente.

Trebuie menționat că, în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (1) pct. 33 din Legea nr. 297/2004, valorile mobiliare se clasifică astfel:

a) acțiuni emise de societăți comerciale și alte valori mobiliare echivalente ale acestora, negociate pe piața de capital;

b) obligațiuni și alte titluri de creanță, inclusiv titlurile de stat cu scadență mai mare de 12 luni, negociabile pe piața de capital;

c) orice alte titluri negociate în mod obișnuit, care dau dreptul de a achiziționa respectivele valori mobiliare prin subscriere sau schimb, dând loc la o decontare în bani, cu excepția instrumentelor de plată (drepturi de preferință);

- instrumente financiare derivate (contracte futures, contracte forward, opțiuni etc.)

III. Mecanismul investiției la bursa

Investiția în acțiuni listate pe o piață reglementată reprezintă o alternativă pentru investitorii care urmăresc plasamente mai dinamice, vor câștiguri mai mari decât cele oferite de instrumentele cu venit fix (depozite bancare, titluri de stat, obligațiuni municipale) și sunt dispuși să își asume un anumit nivel de risc.

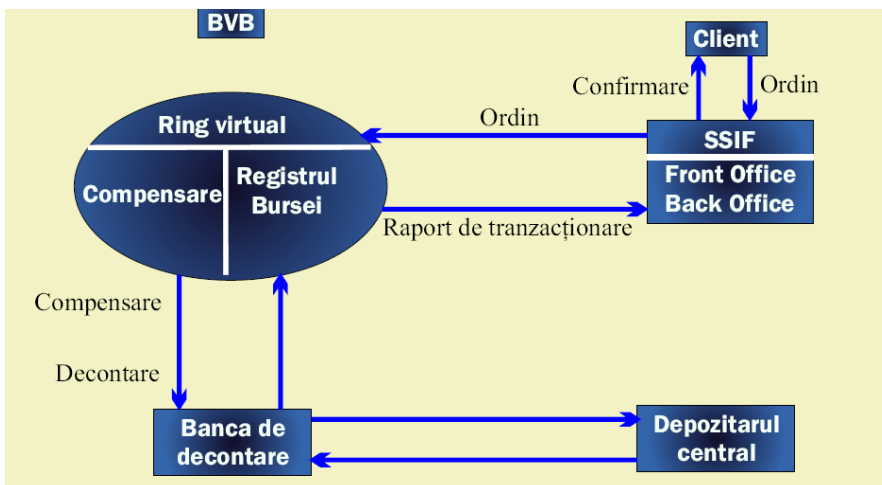
3.1. Prestarea serviciilor de investiții financiare

În conformitate cu prevederile art.3 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, cu modificările și completările ulterioare, în România serviciile de investiții financiare privind instrumentele financiare detaliate în Lege (art. 2 alin. 1 pct. 11), pot fi prestate cu titlu profesional numai de intermediari, după cum urmează:

a) societățile de servicii de investiții financiare (S.S.I.F. – societăți de brokeraj) și intermediarii din statele nemembre, în baza autorizației acordate de C.N.V.M.

b) instituțiile de credit, autorizate de Banca Națională a României;

c) echivalentul instituțiilor de credit și al societăților de servicii de investiții financiare, autorizate de către autoritățile competente din statele membre.



Conform art.146. alin. (1) și (2) din Legea nr. 297/2004 - Depozitarul central este acea persoană juridică, constituită sub forma societății pe acțiuni, emitentă de acțiuni nominative, în conformitate cu Legea nr.31/1990, autorizată și supravegheată de C.N.V.M., care efectuează operațiunile de depozitare a valorilor mobiliare, precum și operațiuni de compensare-decontare a tranzacțiilor cu valori mobiliare.

Operator de piață – Conform art.124. alin. (1) din Legea nr. 297/2004 piețele reglementate de instrumente financiare se organizează și se administrează de către o persoană juridică, constituită sub forma unei societăți pe acțiuni, emitentă de acțiuni nominative, conform Legii nr.31/1990, autorizată și supravegheată de C.N.V.M., denumită operator de piață.

Piața reglementată – Conform art.125 din Legea nr. 297/2004 o piață reglementată este un sistem pentru tranzacționarea instrumentelor financiare (definite la art.2 alin.(1) pct.11 din Lege) și care:

- a) funcționează regulat;
- b) este caracterizată de faptul că reglementările emise și supuse aprobării C.N.V.M. definesc condițiile de funcționare, de acces pe piață, condițiile de admitere la tranzacționare a unui instrument financiar;
- c) respectă cerințele de raportare și transparență în vederea asigurării protecției investitorilor stabilite de prezenta lege, precum și reglementările emise de C.N.V.M., în conformitate cu legislația comunitară.

3.2. Fundamentarea deciziei de investiții

Decizia de cumpărare a unor acțiuni trebuie realizată în urma unei analize detaliate care să aibă la bază tehnici consacrate, astfel:

3.2.1 Analiza fundamentală - presupune evaluarea valorilor mobiliare din punctul de vedere al situației economico-financiare a emitentului, a sectorului de activitate din care face parte, precum și al conjuncturii economice generale.

Anterior adoptării deciziei de a investi, trebuie avută în vedere situația acționariatul societății (existența în structura acționariatului a unor acționari majoritari privați sau a unor fonduri de investiții, intențiile acestora cu privire la dezvoltarea societății, numărul de acțiuni disponibile la tranzacționare – free - floatul companiei etc);

De asemenea, trebuie analizată evoluția rezultatelor financiare și a indicatorilor economico-financiar ai societății din ultimii ani (nivelul profitului, al datoriilor, indicatori de lichiditate și solvabilitate).

După parcurgerea acestei etape, trebuie determinat nivelul de preț la care investiția în respectivul emitent oferă premisele unor câștiguri potențiale, prin raportare la indicatori cum ar fi valoarea contabilă a acțiunii sau nivelul dividendului pe acțiune.

3.2.2 Analiza tehnică - implica studiul seriilor de date cu privire la evoluția cursului și a volumului zilnic de tranzacționare, precum și interpretarea unor indicatori calculați pe baza acestora. Practic, analiza tehnică este un studiu al comportamentului istoric al unei acțiuni, ca și evoluție a prețului de tranzacționare.

Fiind un instrument destul de puțin accesibil investitorilor mai puțin sofisticăți, majoritatea intermediarilor oferă clienților consultanță de specialitate și o interpretare proprie a acestor indicatori, pentru cele mai importante acțiuni tranzacționate pe piața de capital.

3.3. Stabilirea unei strategii de investiții – model portofoliu

Definirea unei strategii proprii de investiții presupune parcurgerea următoarelor etape:

- Stabilirea gradului de risc asumat

În acest sens, cea mai la cunoscută metodă folosită de investitori pentru diminuarea riscului o reprezintă diversificarea portofoliului (pe emitenți și sectoare de activitate). Trebuie spus că, o diversificare excesivă a portofoliului are inconvenientul de a îngreuna activitatea de administrare eficientă a acestuia, motiv pentru care vom introduce în portofoliu un număr de maximum 10 emitenți, reprezentativi pentru sectoarele de activitate din care fac parte și subevaluați din punct de vedere al analizei fundamentale.

Gradul de risc asumat va fi unul moderat, specific tipului de investitor cu aversiune medie la risc, care urmărește obținerea unui randament mai ridicat și implicit își asumă riscul unor pierderi potențiale semnificative.

- Stabilirea orizontului de timp al investiției

Orizontul de timp al investiției va fi de minimum 2 ani

- Determinarea sumei alocate ca și procent din capitalul disponibil

Având în vedere estimările oficiale cu privire la climatul economic pentru anul 2011 conform cărora recesiunea își va reduce amplitudinea pe parcursul primului semestru al anului, urmând ca în cel de-al doilea semestru evoluția economică să se îmbunătățească semnificativ, astfel încât la finele anului Produsul Intern Brut al României să aibă o creștere de aproximativ 1,5%, vom proceda la alocarea a 60% din suma disponibilă pentru investiții în acțiuni listate la Bursa de Valori București. Restul de 40% va fi investit în instrumente cu risc redus (titluri de stat și titluri de participare la fonduri deschise de investiții cu profil monetar).

În situația în care așteptările cu privire la creșterea economică vor fi depășite, iar bursa se va încadra pe un trend crescător susținut, vom putea decide majorarea procentului alocat investiției în acțiuni până la 80% și diminuarea pe cale de consecință a sumelor alocate investiției în titluri de stat și unități de fond.

În mod corespunzător, în situația în care se va constata o înrăutățire a climatului economic general, vom proceda la diminuarea expunerii pe acțiuni, în favoarea investiției în titluri de stat.

- Stabilirea componenței portofoliului

În procesul de selecție vom avea în vedere emitenți cu o structură financiară solidă, aflați printre liderii sectoarelor de activitate în care activează și cu o lichiditate (volum zilnic de tranzacționare) acceptabilă.

Ca și sectoare de activitate, portofoliul va avea o expunere majoră pe sectorul energetic (petrolier și de utilități) și sectorul financiar (bancar și intermediari financiare).

În acest moment, consider că un portofoliu de acțiuni cu un grad mediu de risc, dar care poate genera o rentabilitate superioară rentabilității pieței, pentru următorii doi ani, are următoarea structură:

- SIF Oltenia (SIF5) – 10% (SIF-urile sunt organisme de plasament colectiv, constituite sub formă de societăți închise de investiții, al căror portofoliu are o expunere majoră pe sectorul bancar, având dețineri semnificative la BCR, BRD și Banca Transilvania. Datorită similitudinilor existente între cele 5 Societăți de Investiții Financiare am introdus în portofoliu numai 2 dintre ele, respectiv cele mai lichide - SIF2 și SIF5);

- SIF Moldova (SIF 2) – 5%

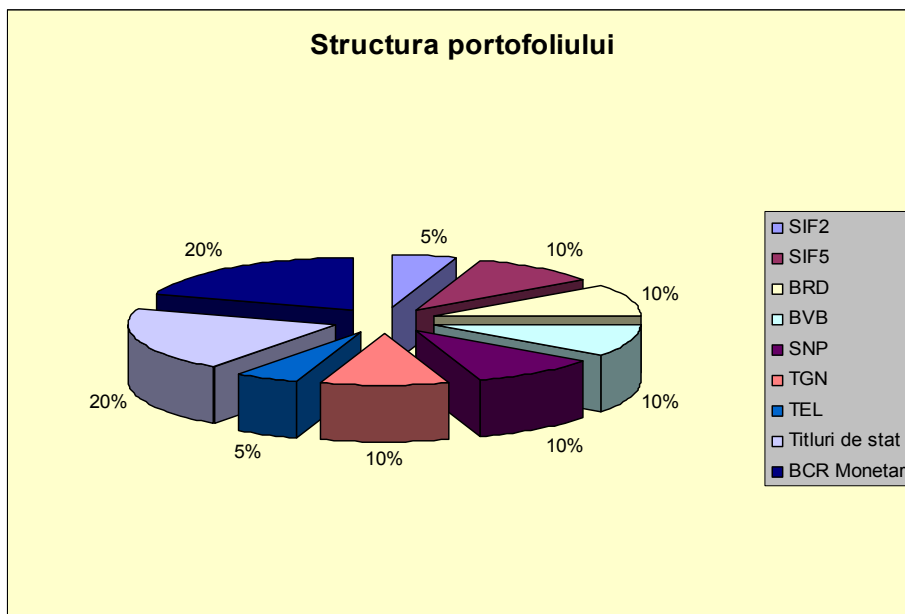
- Petrom (SNP) – 10% (Petrom este singura companie integrată de petrol și gaze din România, tranzacționată în prezent la un preț subevaluat din punct de vedere fundamental, în condițiile în care procesul de eficientizare a companiei nu a fost încă finalizat de către proprietarul OMV);

- Transgaz (TGN) – 10% (Societatea Națională de Transport Gaze Naturale este una dintre cele mai solide acțiuni tranzacționate la Bursa de Valori București, cu o politică constantă de acordare de dividende și cu un profit în creștere de la an la an, începând cu anul listării la BVB);

- Transelectrica (TEL) – 5% (Este compania cu rezultatele cel mai puțin previzibile dintre societățile listate la BVB, fapt datorat modului de reglementare a tarifului aferent pentru serviciul de transport electricitate, dar care a fost inclusă în portofoliu datorită indicatorilor financiari atractivi);

- Bursa de Valori București (BVB) – 10% (Operatorul de piață listat pe piața reglementată pe care ea însăși o administrează, a reușit să rămână o societate profitabilă în ciuda scăderii severe a volumului zilnic tranzacționat, începând cu criza financiară declanșată în anul 2008. Începând cu luna ianuarie 2011 a intrat la tranzacționare Fondul Proprietatea, iar în condițiile în care se vor materializa intențiile de lansare de către statul român a unor oferte secundare de vânzare de acțiuni SNP Petrom, Transgaz și Transelectrica, împreună cu privatizarea unor alte companii din proprietatea statului – Romgaz sau CEC, lichiditatea pe Bursa de Valori București poate cunoaște o creștere importantă, fapt care se va reflecta implicit și în creșterea veniturilor operatorului de piață);

- BRD – Groupe Societe Generale (BRD) – 10% (A doua bancă din România în funcție de cota de piață calculată pe baza activelor, BRD este unul dintre cei mai tranzacționați emitenți de la BVB și cu o capitalizare bursieră puțin peste 2 miliarde de Euro).



Referințe bibliografice:

- Cristian Duțescu – Drepturile acționarilor, Ed. C.H. Beck
- Gabriela Anghelache – Piața de capital, Ed. Economică
- St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea – Legea societăților comerciale, Ed. C.H. Beck
- Site-uri – CNVM, BVB, Kmarket
- Lg. 31/1990
- Lg. 297/2004

EUROPEAN SOCIETY

Ioana Rebeca MĂNĂILĂ*
Adriana-Cristina ILIE**

Abstract

European Law Society represents the culmination of an effort on conceptual and procedural duration. Unique corporate template, not simply harmonize national legislation, presented an ancient European goal. His project was the first directives with commercial law, with the stated aim to harmonize the member countries the right internal market, trading companies. A proposal for a regulation on the status of such companies to joint stock companies was drawn up by the European Commission since 1970 and amended in 1975. Editing it in 2001 answers to needs, not only because trade barriers are required to be removed, and "quot" structures of production must be adapted to the size of the Community quot", may be possible to create functioning societies and the European dimension, free from obstacles and differences resulting from the limited territorial application of national company law. The idea is to loosen the rules of law creation of national and European roots allow it to evolve into a single European framework. For this purpose the regulation concerned with complete resolution of a corporate-type stock companies (limited liability issuer of securities).

Such companies can be established in Romania for almost two years, from late April 2008. It is launched through the merger of companies having their registered office and central administration within the European Community. At least two of the founding companies must be from different countries. The establishment of the european law society is based on the european legislation (The Regulation of the European Council nr.2157/2001 about the statute of the european law society which is on operation for six years; The Order 86/2001 about the facilities of merging) and the national one (Law nr.31/1990).Putting legislation in Romania of the European rules regarding the elaboration of the European companies started up three years ago, with the GD 187/2007 on the information, consultation and other ways of involving employees in the work of European societies. One of the ways of establishing an European company is the merger between limited liability companies, joint stock companies the equivalent of Romanian law. Other ways to form an European company is organizing an European holding company and a subsidiary of European society.

For a subsidiary company of a member state with a registered office and central administration within the European Community may be a subsidiary of the company by subscribing for its shares.

Transforming an anonymous company from a member of the European Union in european society is the fourth way to provide such an anonymous society. The condition is that the society, for at least two years had a subsidiary, governed by the law of another member state. Have been formulated opinions according to which there it would be a fifth type of European society, as the one formed as a consequence of the obligation to transfer the registered office, under Article 7 of Regulation EC 2157/2001, which regulates the obligation to locate its head office and central administration in the country in which it is registered.

Cuvinte cheie : drept, drept european, societate europeană

1. Introducere

Societatea de drept european reprezintă încununarea unui efort conceptual și procedural de durată. Șablonul societar unic, nu simpla armonizare legislativă națională, a prezentat un deziderat european vechi. Proiectul său s-a aflat alături de primele directive din dreptul comercial, cu scopul declarat de a armoniza dreptul țărilor membre în domeniul pieței interne, al societăților comerciale.

Istoricul reglementării are în vedere propunerile franceze și olandeze de la jumătatea secolului al xx-lea. Deși nu era prea clară natura juridică a societății europene, proiectul viza o societate pe

* Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect.univ.drd. Gabriela Mișuț Gyongy;

** Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect.univ.drd. Gabriela Mișuț Gyongy;

acțiuni europeană a cărei reglementare să fie uniformă (diferită de organizarea în materie). Noua entitate juridică avea o fizionomie proprie, nemaiîntâlnită- de fapt, o societate europeană (care să împrumute elemente din toate legislațiile și care să fie comune și acceptate de către toate statele membre).

Proiectul inițial (1958) a fost conceput de către Peter Sanders și M.Thibierge dar la propunerea Comisiei, Consiliul a constituit un grup de lucru (1967) care în 1970 a înaintat acestuia proiectul final.¹

Consiliul European întrunit la Bruxelles în 1987 și-a exprimat dorința rapidei intrări în vigoare a unui astfel de statut.

După mai multe eșecuri în ceea ce privește această reglementare, a urmat surpriza de la Nisa.² Ultimul stat care se mai opunea încă acestui proiect și anume, Spania, a fost convins.³

Statutul societății europene (denumit în continuare SE) este una din măsurile care trebuia adoptată de către Consiliu înainte de 1992 enumerată de *Cartea albă privind realizarea pieței interne*, aprobată de către Consiliul European.

Reglementarea societății europene este recentă, actele cu impact asupra acestei materii fiind:

– Regulamentul Consiliului (CE) nr. 2157/2001 din 8 octombrie 2001 *privind statutul societății europene (SE)*;

– Directiva 2001/86/CE din 8 octombrie 2001 *pentru completarea statutului Societății europene în ceea ce privește implicarea angajaților*.

Societatea de drept european reprezintă încununarea unui efort conceptual și procedural de durată. Șablonul societar unic, nu simpla armonizare legislativă națională, a reprezentat un deziderat european vechi.

Proiectul său s-a aflat alături de primele directive din dreptul comercial, cu scopul declarat de a armoniza dreptul țărilor membre în domeniul pieței interne, al societăților comerciale.

Propunerea unei reglementări privind statutul unei societăți de tipul societăților pe acțiuni a fost întocmită de Comisia Europeană încă din 1970 și amendată în 1975.

Edictarea ei în anul 2001 răspunde unor nevoi, pentru că nu doar barierele din calea comerțului se impun a fi înlăturate, dar și „structurile de producție trebuie adaptate la dimensiunea Comunității”, să poată fi posibilă crearea și funcționarea unor societăți de „dimensiune europeană, libere de obstacolele rezultând din diferențele și aplicarea teritorială limitată a dreptului național al societăților”.⁴

Ideea regulamentului este de a desprinde această creație de drept european de rădăcinile naționale și de a o lăsa să evolueze într-un cadru european unic.

În acest scop regulamentul se preocupă de reglementarea completă a unei societăți de tip societate pe acțiuni (cu răspundere limitată emitentă de titluri negociabile).

I.2. Premise

Dimensiunea europeană, așa cum este ea trasată legislativ, nu este una artificială. O societate evoluând în cadrul comunitar „devine” europeană, nu se naște în acest fel. Simpla voință a fondatorilor, acționarilor, nu este suficientă pentru a naște o entitate nouă, subiect de drept european. Doar evoluția transfrontalieră, în interiorul Uniunii, cu respectarea cerințelor comunitare, poate avea ca rezultat nașterea unui subiect de drept cu trăsături aparte. Subsecvent acestei evoluții, societatea

¹ Dan Grosu Saguna , Mihail Romeo Nicolesco, op.cit., p.263; V. Pătrulea, loc. cit., Dreptul, nr. 8/2006, p.27.

² Michel Menjuq, Droit international et europeen des societes, Ed. Monthreastien, Paris, 2001, p.118.

³ Atât pe cale diplomatică dar și prin acordarea unor subsidii importante pentru flota spaniolă de pescuit.

⁴ Ibidem, art9. Prevederile care guvernează societatea sunt redată în mod exhaustiv. Rgelementarea pe un palier superior face inutil accesul la palierul inferior următor.

europeană ia naștere în primă instanță în dreptul național pentru ca ulterior, după ce a atins o maturitate și o dimensiune transnațională, să poată „respira” în dreptul european.

Avantajul transformării este unul de prestigiu și de „standardizare”. Terții vor ști aprioric caracterele noii structuri indiferent de locul de înregistrare a societății.

Pași importanți au fost realizați în uniformizarea anumitor structuri societare prin primele directive din materia societăților. Însă diversitatea națională nu a fost știrbită cu nimic, cerințele unice de înregistrare, de ocrotire a bunei-credințe a terților și de stabilitate a capitalului social fiind departe de a crea un șablon societar unic.

Prin instituirea acestei societăți (SE) tocmai acest lucru este atins: crearea unui șablon societar european unic, indiferent de „solul” legislativ național în care aceasta ființează prin sediul său de înregistrare.

II.1. Constituirea societăților europene

Proceduri de constituire . Premisa constituirii o reprezintă situațiile de depășire a cadrului național relevante: fuziunea, înființarea unui holding SE, înființarea unei filiale, transformarea unei societăți de tip societate pe acțiuni. Această dimensiune multinațională a societății implică incidența a cel puțin două jurisdicții naționale comunitare diferite. Fiecare modalitate de constituire are o reglementare proprie. Caracterul european este umbrat de cel național din punctul de vedere al constituirii. Practic constituirea pornește numai de la o realitate juridică națională preexistentă. Constituirea unei SE nu este un proces european complet, în sensul conferirii personalității juridice unei construcții juridice fără o ascendență comercială predefinită. În cea mai mare parte a cazurilor, societatea europeană are o personalitate juridică preexistentă, „denaturată” spre un sens european. Personalitatea europeană derivă din personalitatea preexistentă, o succede juridic după un mecanism propriu mai mult noțiunii de transformare decât celei de constituire a unei societăți.

Societatea europeană este o persoană juridică distinctă cu o anumită ascendență. Autorii acesteia sunt societățile naționale preexistente.

Unul dintre modurile de constituire a societății europene este fuziunea între societăți anonime, echivalentul firmelor pe acțiuni din dreptul românesc.

Alte moduri de a se constitui o societate europeană sunt organizarea unui holding de societăți europene și o filială a societății europene. Pentru o filială, o firmă dintr-un stat membru și cu sediul social și administrația centrală pe teritoriul Comunității Europene, poate constitui o filială a societății subscriind la acțiunile acesteia. Transformarea unei societăți anonime dintr-un stat membru al Uniunii Europene în societate europeană este a patra modalitate de a constitui o astfel de companie. Condiția este ca societatea anonimă să dețină de cel puțin doi ani o filială reglementată de dreptul altui stat membru.

Au fost formulate opinii potrivit cărora există și un al cincilea tip de societate europeană și anume aceea constituită ca urmare a obligației de transfer al sediului social, conform Art. 7 din Regulamentul CE 2157/2001, care reglementează obligația de a amplasa sediul social și administrația centrală a SE în statul în care aceasta este înregistrat.

II.2. Constituirea prin fuziune

Societățile de tip societate pe acțiuni formate sub legea unui stat membru, cu sediul social în spațiul Uniunii și sub condiția ca cel puțin două dintre ele să fie guvernate de legi naționale diferite, pot forma o SE prin fuziune.

O asemenea fuziune va urma procedura privind fuziunile prin absorbție sau prin contopire în concordanță cu Directiva a III-a a Consiliului. În cazul fuziunii prin absorbție, societatea absorbantă va lua forma unei SE în momentul când fuziunea s-a încheiat, iar în cazul fuziunii prin contopire societatea nou formată va fi societate europeană.

În măsura în care regulamentul nu dispune, pentru părțile neacoperite de Regulament, fiecare societate implicată în operațiune se va supune dreptului său național aplicabil fuziunii societăților pe acțiuni, în conformitate cu directiva amintită.

II.3. Procedura

Procedura constituirii în acest mod a societăților europene urmează îndeaproape etapele edictate, armonizate în sistemele de drept naționale prin efectul actului european care reglementează fuziunile, pentru societățile naționale de tip societăți pe acțiuni, pe eșafodajul cărora este construită societatea europeană.

În principal procedura implică o fază de întocmire și publicitate a actelor de fuziune urmată de un control preliminar al autorității administrative și exprimarea concordantă a voințelor sociale ale entităților participante în adunările generale ale acționarilor convocate în acest scop.

Organul administrativ al societăților implicate în fuziune va întocmi proiectul de fuziune care va cuprinde informațiile relevante: numele și sediile sociale ale societăților care fuzionează împreună cu atributele de identificare propuse de societățile europene, raportul de schimb și sumele propuse pentru orice compensație, termenii privind distribuirea acțiunilor societăților europene, data de la care tranzacțiile societăților care fuzionează vor fi tratate ca operațiuni ale SE din punct de vedere contabil, drepturile conferite de societățile comerciale posesorilor de acțiuni speciale și deținătorilor de valori mobiliare sau măsurile propuse în privința lor, orice avantaj special conferit membrilor organelor administrative și control sau experților care examinează proiectul de fuziune, actul constitutiv al societăților europene, informații în privința procedurilor prin care cerințele europene vizând atragerea în procesul decizional a salariaților sunt respectate.

II.4. Publicitatea

Întocmirea documentelor propuse pentru realizarea operațiunii este urmată de faza de publicitate a acestora în forma legală prescrisă. Hotărârea asupra operațiunii poate fi luată doar după publicitatea tuturor documentelor impuse de lege, în folosul atât al terților, cât și al acționarilor.

Pentru fiecare societate implicată, în afară de eventualele cerințe suplimentare impuse de statul membru de înregistrare, se vor publica în Monitorul oficial național al aceluia stat membru: tipul, numele și sediul social pentru fiecare societate implicată; registrul de publicitate în care societatea este înregistrată și numărul de înregistrare pentru fiecare societate; indicarea convențiilor realizate cu creditorii și acționarii minoritari împreună cu indicarea locului unde pot fi obținute informații complete și gratuite despre aceste aranjamente; numele și sediul propus pentru SE.⁵

Ca o alternativă la desemnarea experților acționând pe seama fiecărei societăți implicate, pentru examinarea proiectului de fuziune și întocmirea raportului de către acționari, pot fi numiți în mod unic unul sau mai mulți experți independenți să realizeze această sarcină pe seama tuturor societăților, experți independenți numiți de o autoritate administrativă sau judiciară a unui stat membru de înregistrare a uneia din societățile implicate sau a sediului propus pentru SE.

Norma privind opinia profesională a experților, specifică operațiunilor de fuziune în general, se regăsește și în această materie. Experții independenți, numiți pe seama fiecărei societăți sau în mod unic la cererea comună a societăților în cauză, sunt îndreptățiți să solicite orice informație de la societățile implicate pe care o consideră necesară îndeplinirii însărcinării lor.⁶

⁵ Ibidem, art.21.

⁶ Ibidem, art.22.

II.5. Deliberarea

Fazele întocmirii și publicitatea acestora sunt urmate de exprimarea voinței fiecărei societăți participante la operațiune.

Fiecare adunare generală a societăților implicate va trebui să aprobe proiectul de fuziune în aceeași formă. Consecvent aplicării propriilor reglementări privind implicarea salariaților în funcționarea societăților comunitare, textul regulamentului permite chiar rezervarea dreptului pentru fiecare societate de a efectua înregistrarea noii societăți sub condiția realizării acordurilor convenite cu salariații.⁷

Soluțiile legislative ale fiecărui stat membru de înregistrare a societăților care fuzionează sunt activate în privința normelor de protecție a terților. Aceste norme au fost armonizate prin efectul directivei privind fuziunile, însă pentru realizarea protecției adecvate la care aceștia se așteaptă în interiorul dreptului național, regulamentul nu face referire la soluțiile difuze (alternative) ale directivei ci direct la dreptul național.

Statele membre pot, pentru societățile care fuzionează, guvernate de legea lor, să adopte prevederi în scopul protecției acționarilor minoritari care se opun fuziunii.⁸

III.1. Constituirea unui holding SE

Dreptul românesc nu cunoaște expres definiția acestui grup de societăți, holdingul. De principiu acesta implică deținerile indirecte, structuri societare create pe verticală prin înființarea, de către societățile deținute de acționarii inițiali, a unor alte societăți comerciale sau transferarea de către acționari a acțiunilor societăților de bază, societățile promoare. Astfel de construcții implică structuri piramidale cu „înălțimi”, ramificații verticale, considerabile. Acționarii „finali” se află la baza construcției și este nevoie de un efort de investigare pentru a coborî nivelele piramidei până la acest nivel de bază.

Nașterea structurii poate fi naturală, prin adăugarea permanentă de ramificații și supraînălțarea edificiului sau poate fi rezultatul unei metamorfoze prin care entități independente devin controlate de aceeași structură unică.

Acest ultim procedeu interesează în cazul formării holdingului SE. Respectiv acționarii societăților promoare sunt „transportați” de pe o poziție „paralelă”, fiecare în societatea lui promoare, pe o poziție similară de co-acționari la societatea de tip holding care va controla ambele sau toate societățile promoare.

Operațiunea este în principiu un schimb de acțiuni: în schimbul acțiunilor deținute la societățile promoare inițiatore, acționarii primesc acțiuni la noua structură care va controla fiecare din societățile promoare iar vechii acționari coboară o treaptă, rezervându-și un loc în această structură nou creată, de control, holdingul, în calitate de acționari finali.

III. 2. Explicitarea operațiunii

Subsecvent mențiunii (proporției minime de control impuse) din proiectul de formare a holdingului, acesta va lua naștere și în condițiile în care există acționari din societățile promoare care nu încuviințează schimbul; care rămân în aceeași poziție de acționari la societățile promoare .

Spre deosebire de operațiunile de fuziune-dizolvare, în care schimbul de acțiuni specific are loc chiar și față de acționarii care se opun, dacă majoritățile legale au fost întrunite, în acest caz acționarii care nu au încuviințat operațiunea nu suferă nici o alterare a deținerilor lor. Ei rămân

⁷ Ibidem, art.23.

⁸ Ibidem, art.24.

acționari, în continuare, la aceleași societăți; acționari minoritari, fiindcă controlul va trece în persoana holdingului SE, condiție apriorică a nașterii acestuia.

Societățile promotoare, din nou în contrast cu societățile participante la o fuziune rămân întotdeauna în ființă și își conservă identitatea juridică și patrimonială.

Societățile cu răspundere limitată privesc în ansamblu, atât cele publice cât și cele private după viziunea societară saxonă, având sediul social și centrul administrativ într-un stat membru și formate sub legea acestuia, pot iniția constituirea unui holding de tip SE dacă cel puțin două dintre ele sunt guvernate de legea a două state diferite sau cel puțin două dintre au avut pentru cel puțin doi ani o filială constituită sub legea altui stat membru sau o sucursală situată în alt stat membru.

Societățile inițiatoare ale unui holding, specific acestei operațiuni și în contrapondere cu fuziunile, vor continua să existe prin declarația expresă a regulamentului.⁹

IV.1. Constituirea prin formarea unei filiale SE

Societățile comerciale, alte persoane de drept public sau privat al căror sediu și centru administrativ este situat în cadrul Uniunii și funcționează sub legea unui stat membru pot forma o filială de tip Societate Europeană (SE) prin subscrierea acțiunilor ei. Elementul esențial de transnaționalitate, intrinsec construcției europene, este realizat dacă cel puțin două dintre entitățile menționate sunt guvernate de legea a două state diferite sau au avut pentru cel puțin doi ani o filială înființată sub legea altui stat membru sau o sucursală situată în alt stat membru.¹⁰

Societățile și alte persoane de drept care participă în această operațiune se vor supune normelor care reglementează participarea la formarea unei filiale sub forma unei societăți de tip societate pe acțiuni conform dreptului național.¹¹

Cazul prezentat de constituire este cel mai larg cu putință. Admite ca participanți orice entitate de drept public sau privat recunoscută de statele membre, inclusiv orice construcție care intră sub conceptul european de societate¹², cu scopul formării unei societăți comerciale noi de tip societate pe acțiuni. Formarea acestei noi societăți, Societate Europeană, este guvernată de legea națională a statului de înregistrare.

Structura și funcționarea Societății Europene

IV.2. Structura societății europene

În ceea ce privește organizarea societății europene pot fi adoptate un sistem dualist de organizare sau un sistem monist.

Sistemul dualist presupune existența următoarelor organe ale societății europene:

a) *O adunare generală a acționarilor*, ale cărei competențe sunt stabilite prin regulament și prin legislația statului membru pe al cărui teritoriu se află sediul societății europene. Adunarea generală este convocată cel puțin o dată într-un an, însă aceasta poate fi convocată și în orice moment de către organul de conducere sau de supraveghere ori de către unul sau mai mulți acționari reprezentând cel puțin 10% din capitalul subscris al societății.

b) *Un organ de conducere*, care răspunde de gestionarea societății. Membrii acestuia sunt numiți și revocați de către organul de supraveghere¹³. Organul de conducere informează organul de

⁹ Ibidem, art.32.

¹⁰ Ibidem, art.23.

¹¹ Ibidem, art.36.

¹² Tratatul stabilind Comunitatea Europeană, art.48. Sensul transcende comercilitatea pură, așa cum este ea teoretizată în toate sistemele de drept, pentru a îngloba orice formă de organizare a activității economice.

¹³ Legislația internă a statului membru pe al cărui teritoriu își are sediul societatea europeană poate prevedea posibilitatea numirii și revocării de către adunarea generală a membrilor organului de conducere.

supraveghere o dată la trei luni cu privire la progresele și evoluțiile previzibile ale activităților desfășurate de societate;

c) *Un organ de supraveghere* care controlează activitatea organului de conducere¹⁴.

Membrii acestuia sunt numiți de către adunarea generală. În cazul în care jumătate dintre aceștia sunt numiți de către lucrători, în cazul de față președintele acestui organ poate fi numit numai de către adunarea generală¹⁵.

Adoptarea acestui sistem monist de organizare a societății europene determină existența a două organe ale acesteia și anume:

a) *O adunare generală a acționarilor*, ale cărei competențe sunt stabilite prin legislația statului membru pe al cărui teritoriu se află sediul societății europene și prin regulament. Adunarea generală este convocată cel puțin o dată într-un an, însă aceasta poate fi convocată și în orice moment de către organul de conducere sau de supraveghere ori de către unul sau mai mulți acționari reprezentând cel puțin 10% din capitalul subscris al societății.

b) *Un organ de administrație* care asigură gestionarea societății. Organul de administrație se întâlnește o dată la trei luni pentru a discuta progresele și evoluțiile previzibile ale activităților desfășurate în societate.

IV. 3. Funcționarea societății europene

Societățile europene pot fi doar societăți pe acțiuni, indiferent de forma firmelor care participă la constituirea lor. Denumirea unei societăți europene este precedată sau urmată de abrevierea SE, fără ca organizațiile care au deja aceste inițiale în nume să fie obligate să o schimbe.

Un stat membru poate impune societății europene înregistrate pe teritoriul său obligația de a-și amplasa administrația centrală și sediul social în același loc.

Din punct de vedere fiscal, societății europene i se aplică regulile statului unde are sediul social. În cazul României, societatea europeană este considerată plătitor de impozit pe profit.

Societatea europeană este condusă de o adunare generală a acționarilor (AGA).

Dacă se alege un sistem de administrare monist, atunci, pe lângă AGA, mai există și un organism de administrare, care poate fi compus din unul sau mai mulți administratori, numiți de AGA. Acest organ este format din cel puțin trei membri și se întrunește la intervale regulate de trei luni.

Dacă sistemul de administrare este dualist, atunci societatea are, în plus față de AGA, atât un organism de conducere, cât și unul de supraveghere al celui de conducere.

AGA numește membrii organismului de supraveghere, care, rândul lor, desemnează membrii conducerii.

Societățile europene pot fi înființate prin fuziunea unor firme anonime sau cu răspundere limitată, care au sediul social și administrația centrală pe teritoriul Comunității Europene, care cel puțin două firme fiind din țări diferite.

Societățile europene se pot înființa în România de aproape doi ani, de la sfârșitul lunii aprilie 2008.

Sunt patru moduri în care se pot constitui societățile europene: fuziune, holding, transformare și filială.

Capitalul social al unei societăți europene este de minim 120.000 de euro sau echivalentul în monedă națională.

¹⁴ Organul de supraveghere nu are competența de a asigura gestionarea societății europene.

¹⁵ Ipotezele în care este obligatorie participarea salariaților în organul de supraveghere /de administrație sunt reglementate prin Directiva nr.2001/86/CE

Avantajele societăților europene sunt înlăturarea barierelor din comerț, adaptarea structurilor de producție la dimensiunea comunitară și faptul că societățile din diferite state membre pot fuziona, ceea ce le crește potențialul economic.

Organele instituționalizate ale unei Societăți Europene, așa cum sunt consfințite de textul european sunt: adunarea generală a acționarilor și structura administrativă de conducere a societății, reprezentată fie de consiliul de supraveghere și consiliul de management (two- tier system) fie un consiliu, unic, de administrație (one tier system).

În privința funcționării societății reglementată de acesta trebuie spus că regulamentul nu inovează. Acesta doar asimilează două sisteme de administrare care coexistă în lumea comercială mondială, sisteme care își dispută superioritatea de ceva vreme.

Regulamentul este perfect neutru cu facultatea expresă pentru acționari de a alege prin actul constitutiv, sau ulterior, pe calea modificării acestuia, sistemul de administrare pe care îl consideră potrivit pentru sine.

În principiu dreptul național are reglementat un sistem de administrare pe care îl impun societăților lor. Pe cale de interpretare doar, sistemul de administrare național este și unicul posibil în sistemul de drept respectiv. Normele privind arhitectura societății sunt în principiu privite ca norme imperative.

Reglementarea alternativă de drept european a celor două forme de administrare a societăților poate reprezenta un potențial conflict cu dreptul național. Libertatea de a alege orice formă de administrare rezultă expres din textul regulamentului și nu poate fi refuzată de un stat național față de caracterul obligatoriu și direct aplicabil al normei juridice cuprinse într-un regulament. Funcționarea unei structuri juridice- chiar de drept european- în perimetrul național în afara normelor proprii creează o stare de conflict.

De aceea preluarea alternativă și în dreptul național al celor două forme de administrare societară pare cea mai bună soluție. Forma națională de administrare va predomina oricum, subsecvent tradiției locale și lipsei unei superiorități evidente a unei forme de administrare asupra celeilalte.

Organele de administrare: Sistemul two tier cunoaște două organe cu atribuții distincte în administrarea societății. În afară de organul de administrare propriu-zis, consiliul director, societatea mai cunoaște un organ, consiliul de supraveghere, cu atribuții de alegere, îndrumare și supraveghere a primului organism administrativ.

Din punct de vedere al terților există un singur organ reprezentativ: consiliul director. Acesta este singurul vizibil din exterior, singurul care asigură reprezentarea persoanei juridice și angajează societatea în raporturi juridice. Cel de-al doilea organ, consiliul de supraveghere, vizibil doar dinspre acționariat, apare ca o garanție în fața acționarilor și a societății în general în privința respectării legii, a hotărârilor adunărilor generale, dar și a politicilor comerciale, a standardelor profesionale și a tuturor intereselor acționarilor în general.

Distanța care se creează de obicei în societățile mari între proprietate și control, între acționari și gestionarii de fapt ai proprietății, face ca poziționarea unui organ nou intermediar, între acționari și conducere să apară ca necesară. Supravegherea conducerii de către acționari, față de ritmicitatea redusă a adunărilor, a numărului mare de acționari și frecventarea redusă a adunărilor în persoană de către aceștia, apare ca având o eficiență redusă.

Conducerea SE, atât în privința gestiunii interne, cât și a reprezentării față de terți, revine, ca atribuție expresă, statutară, Consiliului director.

Membrii săi, ca regulă, vor fi numiți și schimbați de organul de supraveghere- consiliul de supraveghere.

Statele membre pot prevedea, sau pot lăsa la latitudinea actelor constitutive să prevadă că membrul sau membrii consiliului director pot fi numiți și schimbați de adunarea generală în condițiile aplicabile societăților de tip societăți pe acțiuni reglementate de legea proprie.

Nici o persoană nu poate fi simultan membru al comitetului director și al consiliului de supraveghere al unei SE.

Consiliul de supraveghere poate să nominalizeze un membru propriu care să funcționeze în consiliul director în cazul excepțional al unei vacanțe a postului, însă în această perioadă calitatea de membru în consiliul de supraveghere este suspendată. Statele pot impune o limită pentru această perioadă.

Numărul membrilor comitetului director sau modul de determinare a acestuia reprezintă o dispoziție de act constitutiv. Numărul maxim sau minim al acestora poate însă fi fixat de statele membre prin reglementări proprii.

Lipsa reglementării acestui sistem de administrare în dreptul național este totuși prevăzută de actul european. Dacă sistemul *two tier* nu este implementat în privința societăților pe acțiuni din dreptul național, statul membru este liber să adopte măsuri speciale în relația cu SE¹⁶. De principiu acest lucru nu obligă statul să reglementeze distinct și acest mod de administrare însă îl obligă să se asigure de disponibilitatea reală a acestui sistem de administrare în structura Societăților Europene născute sub dreptul său propriu.

Consiliul de supraveghere va urmări activitatea comitetului director, fără a putea însă să i se substituie și să preia în mod direct, să exercite în nume propriu, atribuția de administrare.

Deși este un organ de administrare distinct, consiliul de supraveghere nu are vocatia administrării. Competențele sale intrinseci privesc observarea gestiunii și intervenția asupra administratorilor „puri”, mergând până la revocarea lor, în cazul sesizării unor abateri de natură să aducă atingere funcționării societății.

Membrii acestui consiliu vor fi numiți în mod obligatoriu de adunarea generală, respectiv prin actul constitutiv în cazul primului mandat. Numărul membrilor sau modul său de determinare va fi prevăzut în actul constitutiv. Un stat membru poate impune un număr fix sau o limită (minimă/maximă) pentru SE înregistrate în jurisdicția sa.

Relația generală dintre cele două consilii este una de subordonare. Excluzând competențele exclusive arătate, și fără a aduce atingere acestora, consiliul director are o obligație de informare completă, de raportare a situației exacte a societății în fața consiliului de supraveghere.

Având în atribuție gestiunea curentă a societății, consiliul director este organul care deține cea mai corectă și completă imagine a poziției comerciale, financiare, etc a societății. Comitetul director are obligația raportării în fața consiliului de supraveghere a situației activității SE, cel puțin o dată la trei luni.

Doar în acest mod consiliul de supraveghere, organ cu existență fragmentată temporal, poate să realizeze evoluția societății și rezultate managementului. În afară de această informare regulată, comitetul director are obligația de a înainta organului de supraveghere orice informație sau date care pot avea un impact important asupra SE.

Organul de supraveghere poate solicita comitetului director orice fel de informații necesare pentru exercitarea controlului său; acesta poate întreprinde sau facilita orice investigație necesară realizării prerogativelor sale¹⁷. Consiliul va alege un președinte dintre membri. Dacă jumătate din membri sunt aleși de angajați, acționarilor le este rezervată în mod exclusiv prerogativa alegerii președintelui.

În ceea ce privește sistemul *one tier*, în cazul în care consiliul de supraveghere lipsește, societatea cunoaște un singur organ de administrare, în subordinea căruia se află nivelul executiv sau managerial al societății. Acest organ de administrare va conduce, în sens larg, SE.

Adunarea generală rămâne organul suveran, astfel încât limitări ale puterilor administratorilor, prin rezerva expresă, pentru acționari, a unor atribuții, este legal posibilă.

¹⁶ Ibidem, art. 38

¹⁷ Ibidem, art. 41

Statele membre pot prevedea normativ, în mod explicit, că unul/mai mulți directori vor fi responsabili de activitatea zilnică a SE în aceleași condiții ca în cazul societăți pe acțiuni.

Numărul membrilor consiliului de administrație sau modul de determinare a acestuia va fi fixat de actul constitutiv al SE. Statele membre pot prevedea însă un număr minim sau un număr maxim de membri ai organului colegial de administrare.

Acolo unde participarea salariaților este reglementată de Directiva 2001/86/CE consiliul de administrație va conține cel puțin trei membri.

Atribuția alegerii membrilor administratori revine organului de la care emană întreaga voință socială: adunarea generală a acționarilor. Componenta primului consiliu va fi stabilită prin actul constitutiv întocmit în condițiile arătate de formare a SE.

Consiliul va alege un președinte dintre membrii săi, în persoana căruia este concentrată de obicei puterea de reprezentare a societății.

Reguli Comune. Dincolo de regimul diferit și de particularitățile relevante, organele de administrare cunosc și reguli comune. În general regulile care privesc consiliul de administrație se aplică și în privința consiliului de supraveghere din sistemul *two tier*. *Mutatis mutandis* acestea pot privi și pe membri consiliului director.

Mandatul membrilor organelor de administrare este determinat statuar fără să poată depăși șase ani. Membrii, în lipsă de dispoziție contrară, se pot bucura de unul sau mai multe mandate.

Actele constitutive ale SE pot dispune că și o persoană juridică poate să fie membru al unui organ statuar sub condiția reglementării acestei situații de către legea națională aplicabilă în privința societăților naționale de tip societăți pe acțiuni.

În acest caz persoana juridică aleasă ca administrator va nominaliza o persoană fizică pentru exercitarea atribuțiilor de membru în consiliul de administrație.

Nici o persoană nu va putea lua parte într-un organ de administrare SE dacă: este nedemnă în condițiile legii naționale incidente să ocupe poziția similară într-o societate de tip societate pe acțiuni; este nedemnă să ocupe poziția similară într-o societate pe acțiuni guvernată de legea națională datorită unei hotărâri judecătorești sau administrative emisă într-un stat membru.

Reglementarea este una naturală. Nedemnitățile însoțesc persoana din dreptul național și cel european. Cine este oprit de dreptul sau jurisdicția unui stat a sta într-un consiliu național nu poate fi demn să facă acest lucru într-o Societate Europeană. Nedemnitățile nu sunt proprii dreptului european ci sunt observate din dreptul național.

Actele constitutive au posibilitatea de a prevedea condiții speciale de eligibilitate pentru membrii organului administrativ care reprezintă acționarii. Astfel de condiții urmăresc în general condițiile speciale naționale care reglementează anumite domenii de activitate. Chiar și în lipsa acestora, membrii organelor de administrare sunt reprezentanți ai acționarilor, ei fiind în drept să-i aleagă dar și să-i revoce după propria voință, fără motivare expresă. Cu atât mai mult ei pot prevedea condițiile speciale prin actul constitutiv în persoana reprezentanților lor.

Regulamentul european garantează drepturile, recunoscute de dispozițiile din legea națională, care permit acționarilor minoritari sau altor persoane sau autorități să numească anumiți membri în consiliile societății.

Limitările vizând persoana administratorilor pot fi însoțite și de limitări în privința atribuțiilor administratorilor. Fiind reprezentanți ai acționarilor, administratorii pot primi un drept de administrare și gestiune general sau acționarii își pot rezerva anumite atribuții exclusiv pentru ei, pentru salvagardarea drepturilor proprii. Astfel de limitări ale mandatului membrilor organelor de administrare pot fi legale sau statutare.

Regulamentul european dispune că actele SE vor prevedea categoriile de tranzacții care necesită autorizarea consiliului de director de către organul de supraveghere – în sistemul *two tier* – sau o hotărâre explicită a organului administrativ sau de deliberare – în sistemul *one tier*.

Statele membre pot prevedea că organul de supraveghere are competența de a impune necesitatea autorizării pentru anumite categorii de tranzacții efectuate de consiliul director, după cum

pot prevedea și categoriile de tranzacții care trebuie minimal indicate în actele constitutive ale SE înregistrate în teritoriul lor ca susceptibile de autorizare.

Statutul reprezentanților : Alături de competențele arătate, regulamentul european legiferează și principalele obligații ale membrilor organelor de administrare. Acestea decurg din calitatea lor de gestionari ai bunurilor altora, din controlul lor asupra unor proprietăți care nu le aparțin.

Mandatul administratorilor are o dimensiune legală, proprie reglementării de drept comercial și o dimensiune contractuală, rezultată din efectele și limitele stabilite de adunarea generală a acționarilor și de actul constitutiv.

Textul european adaugă și o obligație de confidențialitate a administratorilor din necesitatea protejării intereselor societății față de divulgarea datelor comerciale.

Membrii unui organ SE rămân obligați și după încetarea mandatului lor să nu divulge informații deținute privind societatea, informații care pot prejudicia interesele acesteia – cu excepția cazurilor când asemenea divulgări sunt obligatorii sau permise prin legea aplicabilă societăților pe acțiuni sau când sunt în interesul publicului.

Organele de administrare sunt organe colegiale. Procesul decizional se desfășoară în condiții prestabilite legal și statutar pentru a genera o deliberare validă din punct de vedere statutar. Când nu este astfel prevăzut Când nu este prevăzut în regulamentul european sau în actele constitutive proprii, deciziile în organele SE se iau astfel: cvorum, minim jumătate din membri trebuie să fie prezenți sau reprezentați; aprobare, cu votul majorității membrilor prezenți sau reprezentați. Dacă actul constitutiv nu prevede astfel președintele fiecărui organ va avea vot decisiv în caz de egalitate.

Răspunderea administratorilor poate fi angajată față de societate pentru daunele suferite de aceasta rezultate din încălcarea de către administratori a obligațiilor lor legale, statutare sau decurgând din regulile aplicabile ale mandatului.

Textul european subliniază răspunderea față de societate, față de acționari priviți ca un tot. Răspunderea față de acționari, priviți individual, nu este reglementată.

Regulamentul european trimite în privința răspunderii administratorilor tot la dreptul național aplicabil societăților de tip societăți pe acțiuni.

Adunările generale Organul cu plenitudine decizională al Societății Europene este reprezentat de adunarea generală a acționarilor. Abordarea europeană este mai puțin transparentă în privința plenitudinii de competență a adunării generale. Regulamentul european ține să traseze competența adunărilor prin delimitarea unui contur cu valențe mai puțin generale: adunările generale pot decide asupra problemelor asupra cărora primesc competența exclusivă prin regulament, prin legislația statului membru în care SE este înregistrată aplicabilă societăților de tip societăți pe acțiuni, prin dispozițiile statutare conforme legii.

Constituirea, funcționarea, procedura de vot aplicabile în adunările generale vor urma, în lipsă de normă europeană expresă, regulile specifice societăților de tip societăți pe acțiuni din legislația națională a locului de sediu.

Convocarea, constituirea. Adunările generale au o ritmicitate impusă de nevoile proprii dar și un calendar minimal prevăzut de regulament. O SE va ține o adunare generală cel puțin o dată pe an, în șase luni de la sfârșitul exercițiului financiar anual, dacă nu cumva legea națională aplicabilă societăților de tip societăți pe acțiuni, cu același obiect de activitate, nu impune o ritmicitate mai ridicată adunărilor.

Adunarea generală poate fi convocată oricând de comitetul director, organul administrativ, consiliul de supraveghere sau alt organ sau autoritate conferită conform legii aplicabile societăților pe acțiuni.

Convocarea adunării este un atribut al administratorilor. Regulamentul, în concordanță cu normele naționale, instituie și o modalitate de convocare la inițiativa acționarilor.

Unul sau mai mulți acționari care împreună dețin cel puțin 10% din capitalul social subscris al unei SE pot solicita societății să convoace adunarea generală și să întocmească ordinea de zi în

conformitate cu cererea lor. Legea statelor membre poate prevedea un procent mai mic, în aceleași condiții ca acelea prevăzute pentru societățile de tip societăți pe acțiuni. Cererea de convocare va cuprinde și ordinea de zi. Refuzul convocării adunării solicitate în termen rezonabil, dar nu mai mult de două luni, trebuie să deschidă acționarului calea spre o procedură judiciară. Autoritatea judiciară sau administrativă care are jurisdicție în locul sediului SE va putea ordona ea însăși convocarea adunării sau îi va putea autoriza pe acționarii care au solicitat aceasta, sau pe reprezentanții lor, să convoace adunarea generală în condițiile cerute.

Dacă acționarii au dreptul recunoscut de a convoca adunarea generală, cu atât mai mult trebuie să li se recunoască dreptul de a introduce puncte noi pe ordinea de zi a oricăror adunări generale convocate. Exercițarea acestui drept trebuie însă realizată în cadrul procedurilor și termenelor instituite de dreptul național sau, în lipsă de reglementare, de actele constitutive ale societății.

Acest drept trebuie recunoscut cel puțin acționarilor care dețin 10% din capitalul subscris al societății sau peste acest procent.

Deliberarea: Procesul decizional al acestor societăți se realizează pe baza principiului majorității raportat la voturile valide exprimate în adunarea generală. Abaterile de la această regulă, constând în majorități calificate, își pot avea izvorul juridic în regulamentul european sau în legea națională aplicabilă societăților de tip societăți pe acțiuni a locului de înregistrare a SE.

Regulamentul european ține să stabilească în mod clar modul de calcul al majorităților de adoptare a hotărârilor adunărilor generale: voturile exprimate, față de care se calculează majoritatea de adoptare, nu vor include voturile aferente acțiunilor cu care acționarul nu a luat parte la vot, s-a abținut sau a returnat un buletin alb sau distrus. Reglementarea este importantă pentru a tranșa o dispută de drept comercial veche: dacă majoritățile de adoptare se raportează la toate voturile exprimate sau doar la cele valid exprimate; și mai ales, dacă abținerile reprezintă o modalitate de exprimare a votului, un vot valid. Dincolo de orice aprecieri privind justetea soluțiilor, consacrarea legislativă europeană înlătură orice ambiguitate.

Transformarea Se în societate națională Un caz aparte de modificare a actului constitutiv este conversia unei SE într-o societate națională de tip societate pe acțiuni.

Este operațiunea inversă, de evadare din domeniul european și revenire în domeniul strict al dreptului național a Societății Europene.

Transformarea aceasta reprezintă însă mai mult decât o schimbare de act constitutiv. Din punct de vedere al construcției comunitare este o extincție, este un sfârșit al existenței. Personalitatea juridică în sine a societății nu este atinsă. Ea va continua să ființeze în noua formă. Din punct de vedere al Societății Europene însă aceasta își pierde esența.

V. Concluzii

Directivele Uniunii Europene în materia Societăților Comerciale reprezintă un aspect al activității legiuitoare a organizației. Aceasta reflectă atât stadiile prin care CE și, mai apoi UE, au trecut, și anume realizarea unor proiecte, care din lipsa unui sprijin politic, au fost retrase; reglementarea diferitelor materii s-a realizat pas cu pas. Ca o concluzie generală referitoare la respectarea directivelor, de către statele membre, în transpunere și de către societăți, ca principale destinatare, putem afirma au fost puține litigii și că reglementările au fost respectate.

Se poate observa că, la nivel UE, au fost armonizate reguli disparate în materia societăților comerciale, cele mai multe se referă la societățile pe acțiuni (unele reglementări se referă și la societățile în comandită pe acțiuni, ca formă derivată a SA); au fost avute în vedere și societățile cu răspundere limitată – care, în aproape toate țările membre – au un capital social nesemnificativ și, în consecință, sunt necesare reguli specifice de protejare a terților.

Referințe bibliografice:

- Cristian Gheorghe- Drept Comercial European, pg. 147 – 153, pg.162 - 168;
- Regulamentul consiliului nr. 2157/2001 privind statutul unei Societăți Europene.(Jurnalul Oficial al UE nr. L 294, din 10.11.2001 p. 1-21);
- Directiva a III a a Consiliului nr. 78/855/CEE din 9 octombrie 1978, Jurnalul Oficial L 295, 20.10.1978 p. 0036-0043;
- Regulamentul nr. 2157/200, art. 17. Bineînțeles, opțiunea transformării aparține societăților în cauză;
- Regulamentul nr. 2157/2001, art. 49.
- Daniel Șandru – Societațile Comerciale si Uniunea Europeană;
- Clive M. Schitthoff, The role of the multinational enterprise in the enlarged european community;
- Augustin Fuerea – Dreptul Afacerilor;
- Dragoș Alexandru Sitaru – Dreptul Comerțului internațional;
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R2157:EN:HTML;>
- M.Of.333/2008;

CALITATEA DE FONDATOR ÎN ACCEPȚIUNEA LEGII NR.31/1990 PRIVIND SOCIETĂȚILE COMERCIALE

Maria Cristina Sora

Abstract:

My paper concerns the quality of a founder according to the law nr.31/1990 regarding companies.

This law refers to the persons that have a leading role in the formation of a company. The law presents the definition of the term "founder" and makes a differentiation between the attributions of a founder regarding stock companies and limited liability companies, the two most used forms of companies in Roumania.

Lucrarea de față își propune să analizeze și să particularizeze noțiunea de fondator, așa cum apare ea în cadrul Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, astfel încât pentru a îndeplini acest scop vom porni de la o concepție pe care o au unii oameni de știință, ce consideră că pentru a afla ceva (un aspect inovativ, un răspuns la o întrebare, etc) cu privire la o noțiune trebuie să pornești pe drumul cercetării de la ceea ce știi în legătură cu acea noțiune. Ținând cont de această concepție vom analiza pe parcursul următoarelor paragrafe, noțiunea de fondator.

1. DEFINIREA NOȚIUNII DE FONDATOR

Încă din debutul Legii nr.31/1990, se face referire la noțiunea de fondator, articolul 6 alineat (1) ne dă o definiție relativ sumară și generală a fondatorului, conform acestui alineat: **„Semnatarii actului constitutiv, precum și persoanele care au un rol determinant în constituirea societății sunt considerați fondatori”**.

Potrivit acestui articol, fondator poate fi numit atât cel care semnează actul constitutiv al unei societăți cât și o persoană care determină în mod decisiv constituirea unei societăți comerciale.

În ceea ce privește această definiție a fondatorului nu prea sunt multe aspecte de discutat, doar că în opinia mea de cele mai multe ori cei care au rol determinant în constituirea societății comerciale sunt cei mai adesea și semnatarii actului constitutive dar acest lucru nu constituie o regulă, este foarte posibil și reversa opiniei mele.

Dacă alineatul (1) al acestui articol ne dă o definiție a fondatorului, alineatul 2 al aceluiași articol: **„Nu pot fi fondatori persoanele care, potrivit legii, sunt incapabile ori care au fost condamnate pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism, cu modificările și completările ulterioare, pentru infracțiunile prevăzute de art. 143-145 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței sau pentru cele prevăzute de prezenta lege, cu modificările și completările ulterioare”**, ne particularizează persoana fondatorului în sensul că sunt menționate incapacitățile sale, astfel încât cel care se regăsește în situațiile specificate în alineatul 2 din articolul 6 nu poate avea calitatea de fondator, ceea ce rezultă că nu poate avea drepturile și obligațiile ce decurg din această calitate.

Importanța alineatului 2 se regăsește sub forma alineatului b), care este mai mult decât elocvent sub acest aspect, în **articolul 56** **„Nulitatea unei societăți înmatriculate în registrul comerțului poate fi declarată de tribunal numai atunci când :**

a) lipsește actul constitutiv sau nu a fost încheiat în formă autentică, în situațiile prevăzute la art. 5 alin. (6);

- b) toți fondatorii au fost, potrivit legii, incapabili, la data constituirii societății;
- c) obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice;
- d) lipsește încheierea judecătorului delegat de înmatriculare a societății;
- e) lipsește autorizarea legală administrativă de constituire a societății;
- f) actul constitutiv nu prevede denumirea societății, obiectul său de activitate, aporturile asociaților sau capitalul social subscris;
- g) s-au încălcat dispozițiile legale privind capitalul social minim, subscris și vărsat;
- h) nu s-a respectat numărul minim de asociați, prevăzut de lege.

De asemenea trebuie subliniat faptul că incompatibilitățile de la alineatul(2) sunt viabile și aplicabile și administratorilor, directorilor, etc, conform **articolului 73**; „**Persoanele care, potrivit art. 6 alin. (2), nu pot fi fondatori nu pot fi nici administratori, directori, membri ai consiliului de supraveghere și ai directoratului, cenzori sau auditori financiari, iar dacă au fost alese, sunt decăzute din drepturi**”.

2. ROLUL FONDATORILOR ÎN CONSTITUIREA SOCIETĂȚII.

Deși legislația românească prevede existența : societăților în nume colectiv, în comandită simplă, pe acțiuni, în comandită pe acțiuni și societăților cu răspundere limitată, cele mai utilizate forme de societăți sunt societățile pe acțiuni și societățile cu răspundere limitată. La aceste două forme ne vom raporta și noi în cazul acestei lucrări, în momentul în care vom face referire la noțiunea de fondator.

2.1. ACTUL CONSTITUTIV AL SOCIETĂȚII.

Cu privire la conținutul actului constitutiv al *societății cu răspundere limitată* Legea nr.31/1990 prin **articolul 7** : „**Actul constitutiv al societății în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată va cuprinde:**

- a) datele de identificare a *asociaților*; la societatea în comandită simplă se vor arăta și *asociații comanditați*;
- b) forma, denumirea și sediul social;
- c) obiectul de activitate al societății, cu precizarea domeniului și a activității principale;
- d) capitalul social, cu menționarea aportului fiecărui asociat, în numerar sau în natură, valoarea aportului în natură și modul evaluării. La societățile cu răspundere limitată se vor preciza numărul și valoarea nominală a părților sociale, precum și numărul părților sociale atribuite fiecărui asociat pentru aportul său;
- e) *asociații care reprezintă și administrează societatea sau administratorii neasociați*, datele lor de identificare, puterile ce li s-au conferit și dacă ei urmează să le exercite împreună sau separat;
- e¹) în cazul societăților cu răspundere limitată, dacă sunt numiți cenzori sau auditor financiar, datele de identificare ale primilor cenzori, respectiv ale primului auditor financiar;
- f) partea fiecărui asociat la beneficii și la pierderi;
- g) sediile secundare - sucursale, agenții, reprezentanțe sau alte asemenea unități fără personalitate juridică -, atunci când se înființează o dată cu societatea, sau condițiile pentru înființarea lor ulterioară, dacă se are în vedere o atare înființare;
- h) durata societății;
- i) modul de dizolvare și de lichidare a societății.

litera a) menționează faptul că actul constitutiv trebuie să cuprindă pe lângă forma, denumirea, sediul social, etc, și datele de identificare ale asociaților, prin această mențiune legiuitorul face trimitere de fapt la datele de identificare ale fondatorilor.

Chiar dacă în textul legal nu este prevăzut acest termen și anume cel de fondator, noi vom face o concesie în acest sens, pentru că, conform definiției date de aceeași lege sunt considerați fondatori și cei care au rol determinant în constituirea societății, deci și asociații.

Actul constitutiv al societăților pe acțiuni potrivit Legii 31/1990, Articolul 8 „Actul constitutiv al societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni va cuprinde:

a) datele de identificare a *fondatorilor*; la societatea în comandită pe acțiuni vor fi menționați și asociații comandați;

b) forma, denumirea și sediul social;

c) obiectul de activitate al societății, cu precizarea domeniului și a activității principale;

d) capitalul social subscris și cel vărsat și, în cazul în care societatea are un capital autorizat, cuantumul acestuia;

e) natura și valoarea bunurilor constituite ca aport în natură, numărul de acțiuni acordate pentru acestea și numele sau, după caz, denumirea persoanei care le-a adus ca aport;

f) numărul și valoarea nominală a acțiunilor, cu specificarea dacă sunt nominative sau la purtător;

f¹) dacă sunt mai multe categorii de acțiuni, numărul, valoarea nominală și drepturile conferite fiecărei categorii de acțiuni;

f²) orice restricție cu privire la transferul de acțiuni;

g) datele de identificare a primilor membri ai consiliului de administrație, respectiv a primilor membri ai consiliului de supraveghere;

g¹) puterile conferite administratorilor și, după caz, directorilor, respectiv membrilor directoratului, și dacă ei urmează să le exercite împreună sau separat;

h) datele de identificare a primilor cenzori sau a primului auditor financiar;

i) clauze privind conducerea, administrarea, funcționarea și controlul gestiunii societății de către organele statutare, numărul membrilor consiliului de administrație sau modul de stabilire a acestui număr;

i¹) Abrogată prin punctul 2². din Ordonanța de urgență nr. 82/2007 începând cu 17.04.2009.

j) durata societății;

k) modul de distribuire a beneficiilor și de suportare a pierderilor;

l) sediile secundare - sucursale, agenții, reprezentanțe sau alte asemenea unități fără personalitate juridică -, atunci când se înființează o dată cu societatea, sau condițiile pentru înființarea lor ulterioară, dacă se are în vedere o atare înființare;

m) orice avantaj special acordat, în momentul înființării societății sau până în momentul în care societatea este autorizată să își înceapă activitatea, oricărei persoane care a participat la constituirea societății ori la tranzacții conducând la acordarea autorizației în cauză, precum și identitatea beneficiarilor unor astfel de avantaje;

n) numărul acțiunilor comanditarilor în societatea în comandită pe acțiuni;

o) cuantumul total sau cel puțin estimativ al tuturor cheltuielilor pentru constituire;

p) modul de dizolvare și de lichidare a societății

Așadar cu privire la conținutul actului constitutiv al celor două forme de societăți la care facem referire există o primă *deosebire* în legatură cu calitatea de fondator, adică în Articolul 7 avem termenul *asociat* pe când în Articolul 8 avem chiar termenul de *fondator*.

2.2. CONSTITUIREA SOCIETĂȚII CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ CU ASOCIAT UNIC

La constituirea societății cu răspundere limitată cu asociat unic, (o particularitate a acestui tip de societate) ne găsim în fața unei situații aparte și asta pentru că dacă urmăm logica conform căreia

termenul asociat coincide cu termenul de fondator atunci toate mențiunile legale aplicabile în acest caz aparțin de fapt fondatorului.

Potrivit **articolului 13, alineat (1)** ; „**În cazul în care, într-o societate cu răspundere limitată, părțile sociale sunt ale unei singure persoane, aceasta, în calitate de asociat unic, are drepturile și obligațiile ce revin, potrivit prezentei legi, adunării generale a asociaților**”, ținând cont de acest alineat putem spune că fondatorul se găsește în situația de a avea prerogativele unei adunări generale, bineînțeles că aceste prerogative sunt mult diferențiate față de cele de la Adunarea Generală a unei societăți pe acțiuni.

În alineatul (2) al aceluiași articol se menționează: „**Dacă asociatul unic este administrator, îi revin și obligațiile prevăzute de lege pentru această calitate**”. bazându-ne pe analogia făcută la alineatul (1) specificăm faptul că fondatorul poate fi în acest caz și administrator, având obligații correlative acestei funcții.

Articolul 14, alineatul (1) face următoarea precizare: „**O persoană fizică sau o persoană juridică nu poate fi asociat unic decât într-o singură societate cu răspundere limitată,**” ceea ce ne poate ghida către următoarea situație; o persoană poate fi fondator într-un S.R.L cu asociat unic, având toate drepturile și obligațiile ce derivă din articolul 13 dar mai poate avea această calitate și anume de fondator și într-o altă societate, de exemplu.

2.3.CONSTITUIREA SOCIETĂȚII PE ACȚIUNI PRIN SUBSCRIȚIE PUBLICĂ

În cazul constituirii societăților pe acțiuni prin subscripție publică avem mai multe situații specifice cu privire la calitatea de fondator subliniate de Legea 31/1990.

De exemplu în **Articolul 18 - (1)** „**Când societatea pe acțiuni se constituie prin subscripție publică, fondatorii vor întocmi un prospect de emisiune, care va cuprinde datele prevăzute la art. 8, cu excepția celor privind pe administratori și directori, respectiv pe membrii directoratului și ai consiliului de supraveghere, precum și pe cenzori sau, după caz, pe auditorul financiar, și în care se va stabili data închiderii subscripției.**

(2) Prospectul de emisiune semnat de fondatori în formă autentică va trebui depus, înainte de publicare, la oficiul registrului comerțului din județul în care se va stabili sediul societății”.

Din acest articol reiese că în cadrul constituirii unei societăți pe acțiuni fondatorii au un rol important și asta pentru că obligația lor de a întocmi un prospect de emisiune precum și semnarea acestuia în vederea depunerii la oficiul registrului este primordial pentru formarea societății în acest mod.

3. DREPTURILE FONDATORILOR ÎN S.A

De asemenea tot la procedura formării prin subscripție publică avem **articolul 19** din Legea 31/1990; „(1) **Subscrierile de acțiuni se vor face pe unul sau pe mai multe exemplare ale prospectului de emisiune al fondatorilor, vizate de judecătorul delegat. (2) Subscrierea va cuprinde: numele și prenumele sau denumirea, domiciliul ori sediul subscriitorului; numărul, în litere, al acțiunilor subscribe; data subscrierii și declarația expresă că subscriitorul cunoaște și acceptă prospectul de emisiune. (3) Participările la beneficiile societății, rezervate de fondatori în folosul lor, deși acceptate de subscriitori, nu au efect decât dacă vor fi aprobate de adunarea constitutivă**”, ce conține drepturile rezervate fondatorilor, iar **articolul 33** : „**În caz de dizolvare anticipată a societății, fondatorii au dreptul să ceară daune de la societate, dacă dizolvarea s-a făcut în fraudă drepturilor lor**”, prezintă dreptul de dezdăunare al fondatorilor, drept ce poate fi aparat prin intermediul introducerii unei acțiuni în dezdăunare prevăzută în articolul 34 „**Dreptul la acțiunea în daune se prescrie prin trecerea a 6 luni de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, a hotărârii adunării generale a acționarilor care a decis dizolvarea anticipată**”

Un alt drept ce este rezervat fondatorilor este dreptul la o cotă parte din profitul net obținut de pe urma unei societăți constituite prin subscripție publică, acest drept are însă unele delimitări prevăzute conform articolului 32 „Adunarea constitutivă va hotărî asupra cotei din profitul net ce revine fondatorilor unei societăți constituite prin subscripție publică.

(2) Cota prevăzută la alin. (1) nu poate depăși 6% din profitul net și nu poate fi acordată pentru o perioadă mai mare de 5 ani de la data constituirii societății.

(3) În cazul majorării capitalului social, drepturile fondatorilor vor putea fi exercitate numai asupra profitului corespunzător capitalului social inițial.

(4) De dispozițiile acestui articol pot beneficia numai persoanele fizice cărora li s-a recunoscut calitatea de fondator prin actul constitutiv”.

4. OBLIGAȚIILE FONDATORILOR ÎN CADRU S.A

Din cadrul aceleiași procedurii de formare a societății prin subscripție publică avem o serie de obligații ce revin fondatorilor și anume: *convocarea adunării constitutive*, (articolul 20, „Cel mai târziu în termen de 15 zile de la data închiderii subscrierii, fondatorii vor convoca adunarea constitutivă, printr-o înștiințare publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, și în două ziare cu largă răspândire, cu 15 zile înainte de data fixată pentru adunare. Înștiințarea va cuprinde locul și data adunării, care nu poate depăși două luni de la data închiderii subscrierii, și precizarea problemelor care vor face obiectul discuțiilor), *obligația de a supune la aprobarea adunării constitutive majorarea sau reducerea după caz a capitalului social*, (articolul 22, „Dacă subscrierile publice depășesc capitalul social prevăzut în prospectul de emisiune sau sunt mai mici decât acesta, fondatorii sunt obligați să supună aprobării adunării constitutive majorarea sau, după caz, reducerea capitalului social la nivelul subscripției”), *obligația de a întocmi o listă cu cei ce pot participa la adunarea constitutivă* (articolul 23, „Fondatorii sunt obligați să întocmească o listă a celor care, acceptând subscripția, au dreptul să participe la adunarea constitutivă, cu menționarea numărului acțiunilor fiecăruia. (2) Această listă va fi afișată la locul unde se va ține adunarea, cu cel puțin 5 zile înainte de adunare.), la această listă se poate face observații conform articolului 24, alineat (2), „Oricare acceptant are dreptul să facă observații asupra listei afișate de fondatori, înainte de a se intra în ordinea de zi a adunării, care va decide asupra observațiilor”.

O altă obligație pe care o au fondatorii în legătură cu constituirea prin subscripție publică este referitoare la cheltuielile de constituire, fondatorii sunt răspunzători de consecințele actelor lor incluzând aici și posibilitatea neconstituirii societății din cauza fondatoriilor (articolul 30, „Fondatorii iau asupra lor consecințele actelor și ale cheltuielilor necesare constituirii societății, iar dacă, din orice cauză, aceasta nu se va constitui, ei nu se pot îndrepta împotriva acceptanților”)

Un aspect important în cadrul subscripției publice este răspunderea fondatorilor, aceasta este solidară din momentul constituirii societății atât față de terți cât și față de societatea în sine pentru: existența aporturilor în natură, subscrierea integrală a capitalului social, efectuarea vărsămintelor, veridicitatea publicațiilor făcute în vederea constituirii. (articolul 31, „Fondatorii și primii membri ai consiliului de administrație, respectiv ai directoratului și ai consiliului de supraveghere, sunt solidar răspunzători, din momentul constituirii societății, față de societate și de terți pentru:

- subscrierea integrală a capitalului social și efectuarea vărsămintelor stabilite de lege sau de actul constitutiv;

- existența aporturilor în natură;

- veridicitatea publicațiilor făcute în vederea constituirii societății

(2) Fondatorii sunt răspunzători, de asemenea, de valabilitatea operațiunilor încheiate în contul societății înainte de constituire și luate de aceasta asupra sa.

(3) Adunarea generală nu va putea da descărcare fondatorilor și primilor membri ai consiliului de administrație, respectiv ai directoratului și ai consiliului de supraveghere, pentru răspunderea ce le revine în temeiul prezentului articol și al art. 49 și 53, timp de 5 ani.”

5. ÎNMATRICULAREA SOCIETĂȚII

În legătură cu înmatricularea societăților comerciale avem câteva mențiuni de făcut, de exemplu la înmatricularea unui S.A, fondatorii sunt obligați ca în termen de 15 zile de la încheierea actului constitutiv să ceară înmatricularea altfel ei răspund solidar alături de primii administratori, împuterniciți, etc pentru prejudiciile cauzate de neîndeplinirea acestei obligații(**articolul 36**, „În termen de 15 zile de la data încheierii actului constitutiv, fondatorii, primii administratori sau, dacă este cazul, primii membri ai directoratului și ai consiliului de supraveghere ori un împuternicit al acestora vor cere înmatricularea societății în registrul comerțului în a cărui rază teritorială își va avea sediul societatea. Ei răspund în mod solidar pentru orice prejudiciu pe care îl cauzează prin neîndeplinirea acestei obligații.

(2) Cererea va fi însoțită de:

- a) actul constitutiv al societății;
- b) dovada efectuării vărsămintelor în condițiile actului constitutiv;
- c) dovada sediului declarat și a disponibilității firmei;
- d) în cazul aporturilor în natură subscrise și vărsate la constituire, actele privind proprietatea, iar în cazul în care printre ele figurează și imobile, certificatul constatator al sarcinilor de care sunt grevate
- e) actele constatatoare ale operațiunilor încheiate în contul societății și aprobate de asociați;

f) declarația pe propria răspundere a fondatorilor, a primilor administratori și, după caz, a primilor directori, respectiv a primilor membri ai directoratului și ai consiliului de supraveghere și, dacă este cazul, a primilor cenzori, că îndeplinesc condițiile prevăzute de prezenta lege;

g) alte acte sau avize prevăzute de legi speciale în vederea constituirii.

Cu privire la înmatricularea unui S.A mai trebuie specificat faptul ca existența unor neregularități ca de exemplu: actul constitutiv nu cuprinde mențiunile prevăzute de lege ori cuprinde clauze prin care se încalcă o dispoziție imperativă a legii sau când nu s-a îndeplinit o cerință legală pentru constituirea societății, dacă fondatorii sau reprezentanții societății nu au cerut înmatricularea ei în termen legal, dacă au fost constatate neregularități după înmatriculare iar societatea, în cel mult 8 zile de la data constatării acelor neregularități nu a luat măsuri pentru înlăturarea lor, atunci se impune răspunderea nelimitată și solidară a fondatorilor conform **articolului 49**, „Fondatorii, reprezentanții societății, precum și primii membri ai organelor de conducere, de administrare și de control ale societății răspund nelimitat și solidar pentru prejudiciul cauzat prin neregularitățile la care se referă art. 46-48.”

6. PARTICULARITĂȚI ALE CALITĂȚII DE FONDATOR IN CADRUL S.A

Calitatea de fondator prezintă unele caracteristici în cadrul societăților pe acțiuni, întrucât această formă de societate este de departe cea mai complexă dintre cele 5 forme prevăzute de Legea nr.31/1990 în sensul că de exemplu pe acțiunea eliberată de S.A sunt înscrise avantajele fondatorilor, acest lucru este prevăzut de **articolul 93**, „Valoarea nominală a unei acțiuni nu va putea fi mai mică de 0,1 lei

(2) Acțiunile vor cuprinde:

- a) denumirea și durata societății;

b) data actului constitutiv, numărul din registrul comerțului sub care este înmatriculată societatea, codul unic de înregistrare și numărul Monitorului Oficial al României, Partea a IV-a, în care s-a făcut publicarea;

c) capitalul social, numărul acțiunilor și numărul lor de ordine, valoarea nominală a acțiunilor și vărsămintele efectuate;

d) *avantajele acordate fondatorilor.*

(3) Pentru acțiunile nominative se vor mai menționa: numele, prenumele, codul numeric personal și domiciliul acționarului persoană fizică; denumirea, sediul, numărul de înmatriculare și codul unic de înregistrare ale acționarului persoană juridică, după caz.

(4) Acțiunile trebuie să poarte semnătura a 2 membri ai consiliului de administrație, respectiv ai directoratului, sau, după caz, semnătura administratorului unic, respectiv a directorului general unic

O altă chestiune care evidențiază particularitatea noțiunii de fondator în cadrul societăților pe acțiuni este referitoare la fondul de rezerva mai precis la condițiile de participare ale fondatorilor la profit și este menționată în articolul 183, „Din profitul societății se va prelua, în fiecare an, cel puțin 5% pentru formarea fondului de rezervă, până ce acesta va atinge minimum a cincea parte din capitalul social.

(2) Dacă fondul de rezervă, după constituire, s-a micșorat din orice cauză, va fi completat, cu respectarea prevederilor alin. (1).

(3) De asemenea, se include în fondul de rezervă, chiar dacă acesta a atins suma prevăzută la alin. (1), excedentul obținut prin vânzarea acțiunilor la un curs mai mare decât valoarea lor nominală, dacă acest excedent nu este întrebuițat la plata cheltuielilor de emisiune sau destinat amortizărilor.

(4) *Fondatorii vor participa la profit, dacă acest lucru este prevăzut în actul constitutiv ori, în lipsa unor asemenea prevederi, a fost aprobat de adunarea generală extraordinară.*

(5) În toate cazurile, condițiile participării se vor stabili de adunarea generală, pentru fiecare exercițiu financiar.

7. INFRAȚIUNI PRIVITOARE LA CALITATEA DE FONDATOR

În titlul VIII al Legii nr.31/1990 sunt prevăzute infracțiunile de *prezentare de date neadevărate privind societatea sau ascunderea acestora, abuzul de bunuri sau creditul societății, mărirea sau scăderea ilicită a titlurilor societății, exercitarea unor funcții cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la incompatibilitate*, precum și pedepsele aplicabile acestor infracțiuni în următoarele articole:

Articolul 271, „Se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani fondatorul, administratorul, directorul, directorul executiv sau reprezentantul legal al societății, care:

1. prezintă, cu rea-credință, în prospectele, rapoartele și comunicările adresate publicului, date neadevărate asupra constituirii societății ori asupra condițiilor economice ale acesteia sau ascunde, cu rea-credință, în tot sau în parte, asemenea date;

2. prezintă, cu rea-credință, acționarilor/asociaților o situație financiară inexactă sau cu date inexacte asupra condițiilor economice ale societății, în vederea ascunderii situației ei reale;

3. refuză să pună la dispoziție experților, în cazurile și în condițiile prevăzute la art. 26 și 38, documentele necesare sau îi împiedică, cu rea-credință, să îndeplinească însărcinările primite.”

Articolul . 272, „Se pedepsește cu închisoare de la 1 la 3 ani fondatorul, administratorul, directorul sau reprezentantul legal al societății, care:

1. dobândește, în contul societății, acțiuni ale altor societăți la un preț pe care îl știe vădit superior valorii lor efective sau vinde, pe seama societății, acțiuni pe care aceasta le

deține, la prețuri despre care are cunoștință că sunt vădit inferioare valorii lor efective, în scopul obținerii, pentru el sau pentru alte persoane, a unui folos în paguba societății;

2. folosește, cu rea-credință, bunuri sau creditul de care se bucură societatea, într-un scop contrar intereselor acesteia sau în folosul lui propriu ori pentru a favoriza o altă societate în care are interese direct sau indirect;

3. se împrumută, sub orice formă, direct sau printr-o persoană interpusă, de la societatea pe care o administrează, de la o societate controlată de aceasta ori de la o societate care controlează societatea pe care el o administrează, suma împrumutată fiind superioară limitei prevăzute la art. 144⁴ alin. (3) lit. a), sau face ca una dintre aceste societăți să îi acorde vreo garanție pentru datorii proprii;

4. încalcă dispozițiile art. 183.

(2) Nu constituie infracțiune fapta prevăzută la alin. (1) pct. 2, dacă a fost săvârșită de administratorul, directorul sau reprezentantul legal al societății în cadrul unor operațiuni de trezorerie între societate și alte societăți controlate de aceasta sau care o controlează, direct ori indirect.

(3) Nu constituie infracțiune fapta prevăzută la alin. (1) pct. 3, dacă este săvârșită de către o societate comercială ce are calitatea de fondator, iar împrumutul este realizat de la una dintre societățile controlate ori care o controlează pe aceasta, direct sau indirect.

Articolul 272¹, „Se pedepsește cu închisoare de la 2 la 8 ani fondatorul, administratorul, directorul sau reprezentantul legal al societății, care:

1. răspândește știri false sau întrebuițează alte mijloace frauduloase care au ca efect mărirea ori scăderea valorii acțiunilor sau a obligațiilor societății ori a altor titluri ce îi aparțin, în scopul obținerii, pentru el sau pentru alte persoane, a unui folos în paguba societății;

2. încasează sau plătește dividende, sub orice formă, din profituri fictive ori care nu puteau fi distribuite, în lipsă de situație financiară sau contrarii celor rezultate din aceasta.

Articolul 277, „Se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani persoana care a acceptat sau a păstrat însărcinarea de cenzor, contrar dispozițiilor art. 161 alin. (2), sau persoana care a acceptat însărcinarea de expert, cu încălcarea dispozițiilor art. 39.

(2) Hotărârile luate de adunările generale în baza unui raport al unui cenzor sau expert, numit cu încălcarea dispozițiilor art. 161 alin. (2) și ale art. 39, nu pot fi anulate din cauza încălcării dispozițiilor cuprinse în acele articole.

(3) Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se pedepsește și fondatorul, administratorul, directorul, directorul executiv și cenzorul care exercită funcțiile sau însărcinările lor cu încălcarea dispozițiilor prezentei legi referitoare la incompatibilitate.

8. NOTE CONCLUZIVE

Având în vedere faptul că la începutul acestei lucrări am menționat că, de multe ori cercetători se folosesc adesea de ceea ce știu pentru a afla ceea ce nu știu și că în cadrul acestui studiu vom încerca să aplicăm aceasta metodă, să facem o trecere în revistă a ceea ce știm cu privire la calitatea de fondator pentru a putea trage concluzia: „dacă am aflat sau nu ceva nou cu privire la această noțiune.

Am încercat să vedem strict ce referiri face Legea nr.31/1990 privind societățile comerciale în legătură cu calitatea sau cu noțiunea de *fondator* și am observat că reglementarea pornește de la definirea noțiunii în cadrul articolului 6 și continuă cu o serie întreagă de articole (art. 8, art. 18, art. 19, etc) care specifică o serie întreagă de drepturi și obligații ce aparțin fondatorului, numai că trebuie menționat faptul că aceste drepturi și obligații corelative se regăsesc cu precădere particularizate în perimetrul legal ce ține de societățile comerciale pe acțiuni.

Cu privire la deosebirile sau asemănările noțiunii de fondator între cele două forme de societăți, la care am spus că ne vom raporta, respectiv S.A-ul și S.R.ul trebuie subliniat că asemanări nu prea am gasit, poate că aș putea spune că exista o asemănare privitoare la definiția în sine (conform Legii nr.31/1990 *fondatorii* sunt persoanele care are un rol determinant în constituirea societății sau semnării actului constitutiv al societății), în sensul că se pliază pe profilul generic al celor doua forme de societate.

Pe de altă parte la capitolul deosebiri, numarul diferențelor găsite este mult mai mare, începând de la faptul că termenul efectiv, adică cuvântul *fondator* se regăsește cu precădere la articolele referitoare la S.A.

O altă deosebire legată de această noțiune este reprezentată de faptul că în cadrul S.A regăsim o serie întreagă de particularități care la S.R.L, nu se întânlesc, ca de exemplu referirea la avantajele fondatorilor ce se regăsește înscrisa pe acțiunea emisă de S.A, ș.a.

În concluzie am putem spune că nu am aflat nimic revoluționar dar am putea afirma că am avut ocazia de a mai repeata încă odata ceea ce știam cu privire la noțiunea de fondator.

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE

1. Legea nr.31/1990 republicată în Monitorul Oficial nr.1066 din 17.11.2004
2. Tratat de drept comercial român, Stanciu, D. Cârpenaru, editura Universul Juridic,București,2009

ECONOMIC ANALYSIS IN LEGAL THEORY AND CRIMINAL LAW

Márk GYOVAI*

Abstract

This is a short summary of my paper entitled 'Economic Analysis in Legal Theory and Criminal Law'. That paper was presented at the Students' Research Society meeting on the 18th of November 2010 at the Faculty of Law (University of Miskolc). The paper was awarded first place in the Section of Legal Theory, Legal History and Roman Law. This paper is a short summary of the original paper covering the analysis of the Bryant versus Lefever case, the American Sentencing Table and the criticism of law and economics. The original paper included: Development and Tendencies of Economic Analysis of Law; Principles and Elements of Economic Analysis of Law; Efficiency; The Hand Formula and Care; The Coase Theorem and Transaction Costs; Posner's Thesis; efficiency theory of common law; Applicability of the Coase Theorem in Practice; Application of the Economic Analysis in Hungarian Civil Law; Economic Analysis of Criminal Law; Historical Background; Cost Benefit Analysis in Criminal Law; Applicability of the Economic Analysis of Criminal Law; What Kinds of Acts are Considered Punishable?; Social Cost of Crime; Domain of Criminal Law; Imprisonment or Monetary Penalties?; Economic Analysis of Death Penalty; Calculating the Price of Crimes by the Acts; The Sentencing Table; The criticism of Law and Economics

Keywords: *economic analysis of law, legal theory, rational, rationally, law and economics, economic approach to law, Coase Theorem*

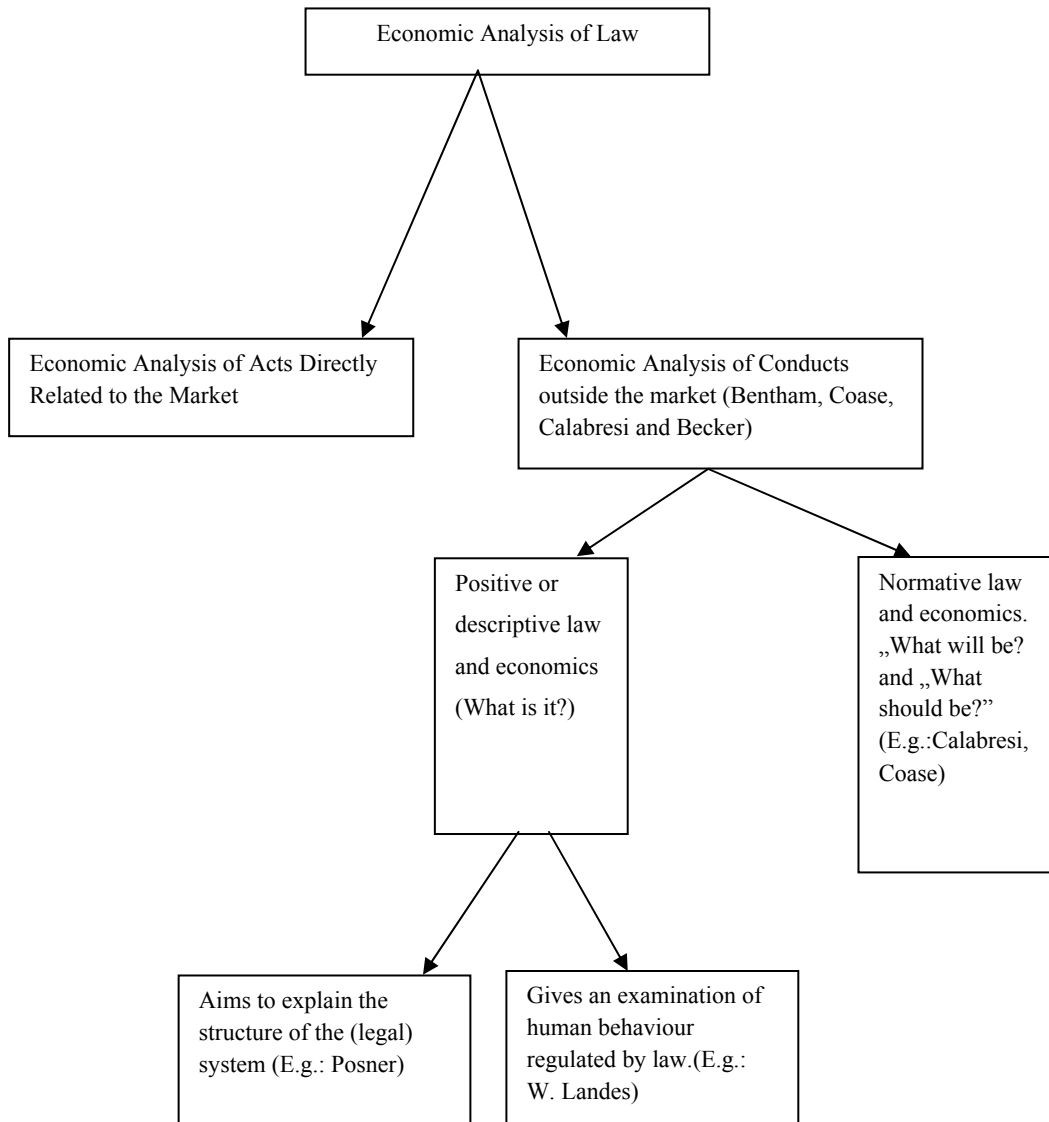
Introduction

The purpose of this paper is to present a relatively new tendency of legal theory which developed (in its present form) in the United States of America in the 1960's. Considering its premises, this tendency can be traced back to the creation of Jeremy Bentham's utilitarian philosophy, i.e. to the second half of the 18th century. The new theory was given an expressive name: Economic Analysis of Law. (There are other names in the literature: Law and Economics, Economic Approach to Law) The main point of the theory is to bring the two disciplines (law and economics) closer to each other and hereby to develop them in their research methods and to create a new approach. Economics is the science of decisions and choices of persons and deals with rational, reasonable man who thinks rationally. Taking the methods of economics into consideration and its use can be regarded profitable in law; however, this relation is mutual because the knowledge and consideration of each legal institution leads to achieving great benefits and better results in the course of the analysis of economists.

The paper is divided into two main parts. The first part demonstrates the development and the system of the theory and the important features of papers that have exerted most influence of the theory, the main directions, fundamental concepts and purpose of the theory. These are presented with the help of the economic analysis of the rules of the law of tort because the theory was developed by the analysis of these rules and became applied in other branches of law as well. The first papers which were written on this topic covered usually this field. The analysis of the law of tort has the widest literature within the theory. In the second part the paper deals with the economic analysis of criminal law, which is connected to the first part although it creates a substantive unit. It separates the conducts which belong to the field of law of tort and are punished by compensation from the criminal actions which belong to criminal law and result in harm.

* Mark Gyovai, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary; (gyovaimark@gmail.com). This study has been prepared under guidance by Assistant Professor dr. Szabolcs Hegyi

The authors who deal with this topic have created a new method in this approach to criminal law with the help of economic means which can forecast the conducts of criminals who are amoral and think rationally depending on the various punishments and the chance of their being captured. The purpose of the paper is not to analyze the economic analysis of law in detail but to demonstrate the main conceptions and analysis methods which determine the tendency, so it is a presentation of a new tendency of legal theory.



Applicability of the Coase Theorem in practice

The Coase Theorem in the literature is usually considered by the examples of the „straying cattle” which destroy crops growing on neighbouring land and the „sparks from engine” case which are taken from Laws of England by Halsbury. These examples can be used to demonstrate that if

trade in an externality is possible and there are no transaction costs, bargaining will lead to an efficient outcome regardless of the initial allocation of property rights. Thus the property rights are acquired by those who appreciate them most. I do not intend to examine those cases again but instead I will illustrate the Coase Theorem by a case mentioned but not detailed by Ronald Coase.¹ This case was the *Bryant v. Lefever* in which the defendant had rebuilt his house and for this reason the plaintiff was not able to light a fire in his fireplace because the smoke came back from the chimney. „Before 1876 the plaintiff was able to light a fire in any room of his house without the chimneys smoking; the two houses had remained in the same condition some thirty or forty years. In 1876 the defendants took down their house, and began to rebuild it. They carried up a wall by the side of the plaintiff's chimneys much beyond its original height, and stacked timber on the roof of their house, and thereby caused the plaintiff's chimneys to smoke whenever he lighted fires.”²

At the court of first instance the plaintiff was awarded damages, but the Court of Appeals made a contrary decision. In this respect not the concrete outcome of the case is relevant, but via this case the applicability of the Coase Theorem could be proved very well. In the following analysis I would like to prove that whatever could be the decision of the court (the allocation of the rights), the effective allocation of the sources is realized if the parties have reasonable thinking (if they are rational) and if there are no transaction costs. Let us assume that the situation could be terminated only two ways. On the one, hand if the plaintiff extends the chimneys higher and, on the other, hand if the defendant stacks the timber elsewhere. Just for simplicity's sake let us name the defendant (who rebuilt his house) 'Wallbuilder', let us name the plaintiff who cannot light a fire in his own house and who is suffering from the smoke 'Firelighter'. In pursuit of economic analysis's aims we have to determine the costs of the parties by which the situation could be solved. Let us assume that the wallbuilder can stack the timber elsewhere at a cost of 2 dollars cost and thus the smoke could flow out freely. Furthermore let us assume the firelighter could extend his chimney higher at a cost of 10 dollars, which results in the same outcome, i.e. the firelighter would not suffer from the smoke which comes back from his chimney. Now let us designate the situation in which the court decides for the wallbuilder (he does not have to pay the firelighter damages) 'the right of Wallbuilder'. According to the original allocation of the rights, Wallbuilder is in the more advantageous situation now. In this situation it would be worth for Firelighter avoiding the smoke under 10 dollars (because the cost of extending the chimney higher is 10 dollars and if the avoidance of the smoke is worth more than 10 dollars for him), i.e. paying Wallbuilder to stack the timber elsewhere. It is also worth for Wallbuilder stacking the timber elsewhere, because the money in excess of 2 dollars is his benefit. The exact price depends on the parties' bargaining ability, but it is sure that it will be between 2 and 10 dollars. Wallbuilder would act irrationally if he stacked the timber elsewhere at his cost when the court ruled for him. Firelighter would also act irrationally if he paid more than 10 dollars for stacking the timber elsewhere instead of extending his chimney higher for 10 dollars. The situation of the „right of Wallbuilder” -when the cost of stacking the timber elsewhere is 2 dollars and the cost of extending the chimney higher is 10 dollars- results in the following outcome: the timber will be stacked elsewhere (if there are no transaction costs which would defeat the bargain).

In the other situation, let us assume that the court decides for Firelighter, that is Wallbuilder has to pay damages to the firelighter because of his conduct. ('the right of the firelighter'). In this case Wallbuilder has two possibilities to solve the situation. He could stack the timber elsewhere for 2 dollars or he could pay 10 dollars for the firelighter to extend his chimney higher. It is easy to see that the rational decision of Wallbuilder is to stack the timber elsewhere. So the situation when the

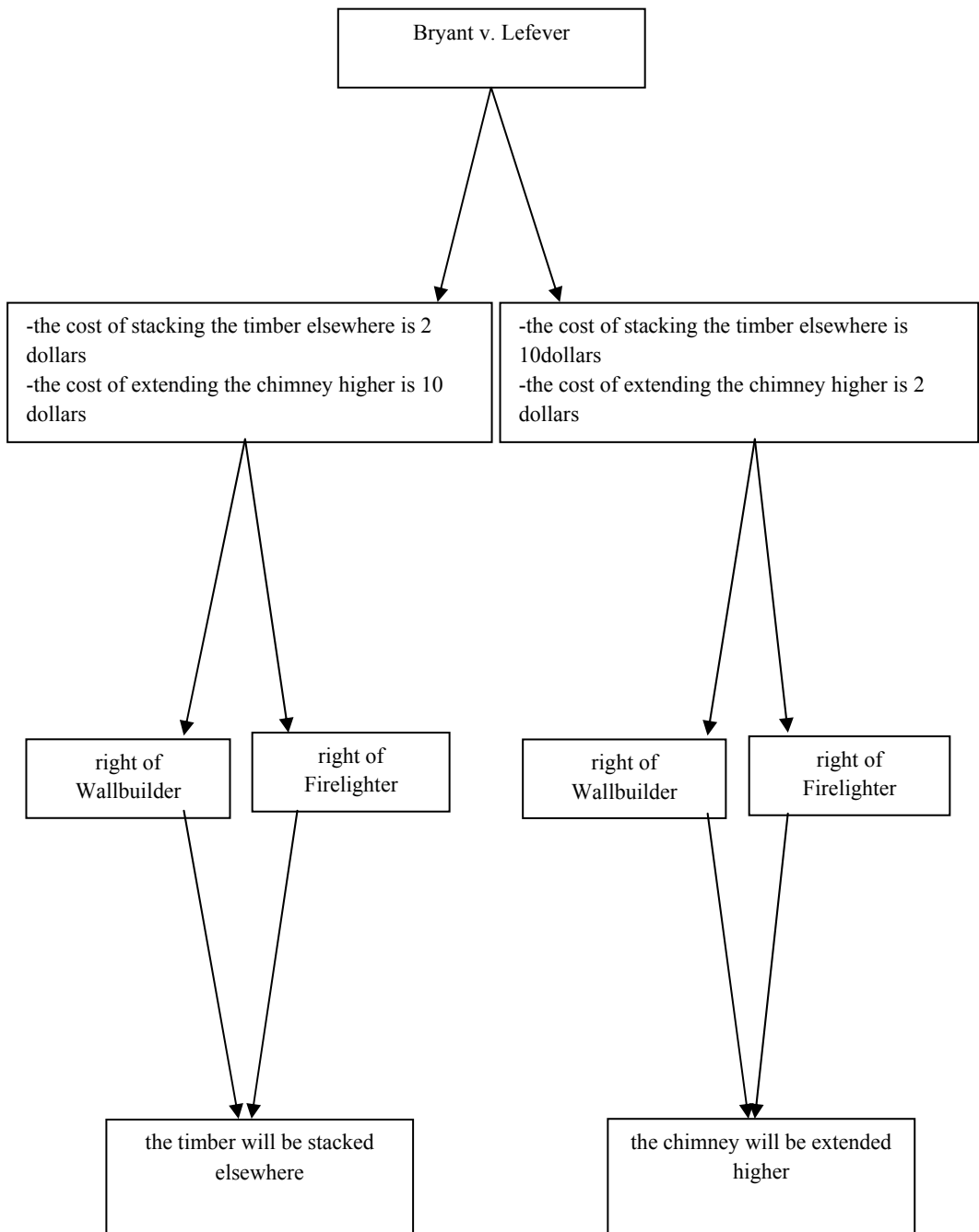
¹„I do not propose to show that any subsequent modification of the situation, as a result of bargains between the parties would have exactly the same result whatever decision the courts had come to since this point has already been adequately dealt with in the discussion of the cattle example...” Ronald H. Coase: *The Problem of Social Cost* 12.p. <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> (2011-01-31)

² *Bryant v. Lefever*, 4 C.P.D. 172 (1878-1879)

right is on Firelighter's side and when the cost of stacking the timber elsewhere is 2 dollars and when extending the chimney higher is 10 dollars results in the following outcome: the timber will be stacked elsewhere. Consequently, whatever the original allocation of the rights was (who has the right), the situation will result in the same outcome if there are no transaction costs. So the alteration of the legal situation has no effect on the allocation of the resources.

Now let us modify the analysis and assume that the cost of stacking the timber elsewhere is 10 dollars and that of extending the chimney higher is 2 dollars. Let us examine the two situations: 'right of Wallbuilder' and 'right of Firelighter'. Let us first assume that again the court decides for Wallbuilder. Then Wallbuilder does not have to pay damages to Firelighter and thus he does not have to bear the costs but Firelighter has to. Firelighter has got two possibilities to achieve the same outcome. Either he pays 10 dollars to Wallbuilder to stack the timber elsewhere so the smoke would not be hindered in escaping or he extends his chimney higher at a cost of 2 dollars. He has to pay at least 10 dollars because if he pays less than 10 dollars in spite of the fact that the court decided for Wallbuilder, Wallbuilder will not accept his offer (if he is rational) and if the sum which Wallbuilder receives is more than 10 dollars he will accept that because he will stack the timber elsewhere for 10 dollars and keep the rest of the money. So if Firelighter is rational and the right is on Wallbuilder's side, his rational choice will be to extend his chimney higher for 2 dollars and not to pay Wallbuilder to stack the timber elsewhere for more than 10 dollars.

When the right is on Firelighter's side (Wallbuilder has to pay damages for the smoke), the situation is the following: The rational choice of Wallbuilder is not to stack the timber elsewhere for 10 dollars but to pay more than 2 dollars to Firelighter to extend his chimney higher. The exact price depends on the parties' bargaining ability again but it will be between 2 and 10 dollars. Consequently when the right is on Firelighter's side and the cost of stacking the timber elsewhere is 10 dollars and the cost of extending the chimney higher is 2 dollars, then the rational outcome is the following: Wallbuilder pays Firelighter to extend his chimney higher. (This analysis will be shown in the illustration on the next page.)



Calculating the Prices of Crimes: The Sentencing Table

The Sentencing Reform Act was passed by the Congress of the United States of America in July 1984. The purpose of the act was to impose a similar penalty when the crime and the perpetrator

are also similar.³ The old system of committees which decide on parole and sentences which imposed indefinite terms of imprisonment was abolished. The United States Sentencing Commission was established by the Congress. Its main task was to draw up details of the new system. The Sentencing Table was drawn up by the Commission. It significantly restricts the discretionary power of judges in the case of imposing punishments. Previously most of the states used the system of indeterminate term of sentences.⁴ The judge was allowed to deliberate according to the text of the criminal code, which defines terms in the following way: for example: „not more than five years and not more than ten”. After the introduction of the Sentencing Table this discretionary possibility has become limited. The lines of the Table are divided according to the offense level from petty offences to premeditated murder. The columns of the Table are divided into four parts called A, B, C and D zones. Zone A consists of sentencing ranges of 0–6 months. Zone B includes sentencing ranges above Zone A but with a maximum penalty of no more than 12 months. Zone C includes sentencing ranges above Zone B but whose minimum penalty is less than 12 months. Zone D consists of sentencing ranges above Zone C. A defendant in Zone A is eligible for Federal Probation, and no term of imprisonment is required. Probation is also authorized if the applicable guideline range is in Zone B of the Sentencing Table and the court imposes a condition or combination of conditions requiring intermittent confinement, community confinement, or home detention as provided in U.S.S.G. § 5C1.1(c)(3) (2009), but at least one month of the sentence must be satisfied by imprisonment. A split sentence is authorized for defendants in Zone C. That is, Zone C defendants must serve at least half of their sentences in prison.⁵

The Sentencing Table can be connected to the economic analysis of criminal law so that the amoral and rational perpetrator will be able to calculate the price of his or her crime. That is the perpetrator can count with a punishment (which was determined before the commitment of the crime and thus he should calculate only the likelihood his capture. Thus the perpetrator will be able to receive exact information on the prices of the crimes.⁶

Criticism of Law and Economics

The most severe criticism of the economic analysis is the same as the criticism against microeconomics. It is that economic analysis can make calculations and forecasts in connection only with the „rational man”. However, it cannot be declared in an absolute sense that every person acts rationally and does not take moral reasons into consideration when making decisions. We make several irrational decisions every day. Apparently the theory of economy depends on assumptions which digress from reality. It may seem that introspection and several other experience of daily life disprove the economic premise that is declared about the rationality of human behaviour and the self-interest. It is evident that the premises of the economic theory characterize human behaviour in some simplified way and contradict reality.⁷ The model of the reasonable man who thinks rationally is merely fiction which is declared by the economist. A rational person in economic thinking looks like some kind of weighted average of the individuals examined in which the differences in behaviour and extremes complete each other.⁸

The Law and Economics has another shortcoming. It attempts to materialize the values, happiness, advantages which cannot be expressed in money. The assumption that the happiness and

³ <http://www.sgc.wa.gov/PUBS/SPR%20Report.pdf> (2010-11-03)

⁴ Cooter-Ulen 545.p.

⁵ http://www.ussc.gov/2004guid/5c1_1.htm (2010-11-12)

⁶ The Sentencing Table can be seen at: <http://www.federaldefender.org/Sent/Sentntab.pdf> (2011-02-20)

⁷ Posner: A közgazdasági gondolkodás természete p.103.

⁸ Veljanovski p.46.

sorrow of different people can be expressed in money and they can be compared with each other is unrealistic.⁹

Economics does not give an answer to the question whether the distribution of income and wealth is good or bad or fair or unfair and it cannot answer the question either whether the effective allocation of resources is good, fair or desirable from a social or an ethical point of view. The economist also can not give answer to the problem whether supposing the allocation of income and goods is fair - the fulfilment of consumer needs should be deemed the dominant value of the society.¹⁰

There are several criticisms in connection with the economic analysis of criminal law¹¹ but the most important may be that it does not apply in the case of great number of crimes (e.g. negligence and crimes committed in heat of passion)

References

- **Becker, Gary S.:** Crime and Punishment: An Economic Approach, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No. 2. pp. 169-217, 1968
- **Behrens, Peter:** A jog egy gazdasági elméletének szempontjai In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Bentham, Jeremy:** Bevezetés az erkölcsök és a törvényhozás alapelveibe, In.: Brit moralisták a XVIII. században, Gondolat, Budapest, 1977
- **Calabresi, Guido – Melamed, A. Douglas:** Tulajdoni szabályok, felelősségi szabályok és az elidegeníthetlenség: a székesegyház egyik látképe In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Christie, Nils:** Büntetésipar – A nyugati stílusú gulagok felé, Osiris kiadó, Budapest, 2004
- **Coase, Ronald H.:** A társadalmi költség problémája In.: A vállalat, a piac és a jog, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2004
- **Coase, Ronald H.:** Megjegyzések a társadalmi költség problémájához In.: A vállalat, a piac és a jog, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2004
- **Cooter, Robert – Ulen, Thomas:** Jog és közgazdaságtan, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005
- **Cserne Péter:** Richard A. Posner, In.: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből, 2004, Miskolc, Bíbor kiadó
- **Demsetz, Harold:** A tulajdonjog új elméletének alapjairól In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Gibbons, Robert:** Bevezetés a játékelméletbe, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005
- **Molnár András:** Richard Posner a bírői szerepről In.: Glossa Iuridica I. évfolyam 1. szám, 2009, <http://www.glossaiuridica.hu/> (2010-10-11)
- **Pap András László:** Pénz, politika, jogbiztonság – halálbüntetés az Egyesült Államokban, In.: Belügyi Szemle 2001/6
- **Pokol Béla:** A gazdasági jogfelfogás és Posner jogelmélete, In.: uő. A jog elmélete, Rejtjel, Budapest, 2001
- **Polinsky, A. Mitchell:** A gazdasági elemzés, mint potenciálisan hibás termék: útmutató a fogyasztó részére Posner: A jog gazdasági elemzése című könyvéhez In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Posner, Richard A.:** A közgazdasági gondolkodás természete In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Posner, Richard A.:** A gazdasági megközelítés alkalmazásának néhány helyes és téves esete a jogban In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Posner, Richard A.:** Economic Analysis of Law, Seventh Edition, Aspen Publishers, New York, 2007

⁹ Tóth J. Zoltán p.7.

¹⁰ Posner p.102.

¹¹ Tóth J. Zoltán p.12.

- **Sajó András:** Közgazdaságtani vizsgálódások a jogról In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Shavell, Steven M.:** Foundations of Economic Analysis of Law, Belknap Press of Harvard University Press, 2004
- **Szabadfalvi József:** A jog gazdasági megközelítése, In.: uő.(szerk) Mai angol – amerikai jogelméleti törekvések, Bóbor kiadó, Miskolc, 1996
- **Tóth J. Zoltán:** Richard Posner és a gazdasági jogelmélet, In.: Jogelméleti Szemle 2004/1. szám
- **Veljanovski, Cento G.:** A jog gazdasági megközelítése: kritikai bevezetés In.: A jog gazdasági elemzése (szerk.: Harmathy Attila és Sajó András) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
- **Vékás Lajos:** A magánjog gazdasági elemzése In.: Állam- és jogtudomány XXXIX. évfolyam, 1998

CODUL LUI HAMMURABI

Ana Cristina EREMIĂ*

Abstract

The first great civilization of Antiquity was built in the areas of fertile valleys of Mesopotamia, a country that stretches nearly 1,000 km and a width of about 400 km. In fact, the term "Mesopotamian civilization" include civilizing and cultural contributions totaled three distinct peoples whose history took place on its territory. The ancient Sumerians came south along the Gulf coast. Then the Akkadians of Semitic origin, established in the central area (up until the current Baghdad), founder of Babylon. Finally, the Assyrians, warlike tribes coming from northern mountainous regions. Hammurabi was the first great legislator in the history of humanity. He ascended the throne of Babylon in 1792 BC, thus more than four centuries before Moses, legislator of the world's second largest, and about a thousand years before the famous sites legislators of Greek polis, Lycurg and Solon. Code of Hammurabi, written probably around 1760 BC, 32-year reign, the content itself is a reform of the way of establishing social relationships. The code was written in cuneiform on a black stone, 2.25 m high, with a base of 1.9 m and 1.65 m wide peak.

Cuvinte cheie: Cod, Hammurabi, Babilon, Antichitate, Moise.

1. Introducere

Cea dintâi mare civilizație a Antichității s-a construit în zonele văilor fertile ale Mesopotamiei¹, țară care se întindea pe o lungime de aproape 1000 de km și o lățime maximă de aproximativ 400 km. De fapt, termenul de „civilizație mesopotamiană” a însumat contribuțiile civilizatorice și culturale a trei popoare distincte a căror istorie s-a desfășurat pe teritoriul său. Cel mai vechi, sumerienii, a ocupat sudul țării de-a lungul coastei Golfului Persic. Apoi, akkadienii de origine semită, stabiliți în zona centrală (până în latitudinea actualului Bagdad), fondatorii Babilonului². În fine, asirienii, triburi războinice pornite din regiunile muntoase din nord. Astfel, putem spune că fiecare dintre aceste civilizații și-au adus aportul la constituirea a ceea ce numim astăzi „civilizația mesopotamiană”- ca o sumă de date, ca o sinteză care de-a lungul a trei milenii de coexistență a cunoscut și fenomene de integrare și perioade de predominare politică și culturală a unui popor sau a altuia³.

Prima etapă a acestei civilizații a fost opera sumerienilor. Creatori ai celei mai vechi civilizații regionale cunoscute și ai celei dintâi etape „istorice”, sumerienii au apărut în sudul Mesopotamiei pe la începutul mileniului al VI-lea î.e.n., venind nu se știe de unde⁴, în orice caz nu erau autohtoni. Erau o populație indo-europeană, care vorbea o limbă aglutinată, asemănătoare limbii turce vechi.

În perioada aceasta au apărut primele forme de arhitectură monumentală - temple și construcții, în primul rând turnul gigantic în trepte numit „zigurat”. Tehnica ceramicii s-a dezvoltat,

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: ttira_2307@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prep. univ. drd. Laura Spătaru-Negură;

¹ Nume dat de greci, însemnând „Țara dintre fluvii”- Tigru și Eufrat. Teritoriul Mesopotamiei corespundea, în linii mari, cu cel al Irakului de azi;

² Bab-ili = „poarta zeului”(Marduk); Bab-ilanis = „poarta zeilor”. Imperiul de mai târziu a luat numele acestui oraș;

³ Ovidiu Drimba, *Istoria culturii și civilizației I*, Ediție definitivă, Ed. Vestala și Ed. Saeculum I.O, București, 2000, pag. 72;

⁴ Din Asia Centrală, regiunea stepelor siberiene, din podișul Iranului, sau dintr-o regiune estică apropiată, aceea a munților Elamului;

datorită invenției roții olarului. În această perioadă este documentată și cea mai veche scriere cunoscută, cea pictografică, din care se va dezvolta mai târziu, prin stilizare și schematizare, scrierea cuneiformă. Tot în mileniul al IV-lea î.e.n. au mai apărut, înainte de potop⁵ și primele orașe-state, state independente, cu spații agricole, administrate de un rege- Ur și Uruk. Un moment important în istoria Sumerului l-a marcat domnia regelui Urukagina (2378-2371 î.e.n.), care a început o serie de reforme tinzând la instaurarea unui regim de ordine și justiție.

A doua etapă a civilizației mesopotamiene a constituit-o momentul pătrunderii, în regiunea centrală a Mesopotamiei, încă de la începutul mileniului al III-lea î.e.n., a triburilor semite, înrudite cu cele arabe. Acestea au întemeiat importante centre politice și economice, precum Akkad, Kiș, Babilon, Opis. Akkadienii se deosebeau de sumerieni nu numai ca rasă, ci și ca limbă (akkadiana face parte din familia limbilor semite, flexionare). Războaiele cu sumerienii s-au succedat cu victorii alternative, până când regale Sargon I (2334-2279 î.e.n.) supune Sumerul, unifică întregul teritoriu dintre Tigru și Eufrat și întemeiază puternicul stat akkadian-babilonian. De acum înainte civilizația și cultura mesopotamiană vor continua să se dezvolte sub o adevărată hegemonie a unui oraș-stat akkadian din centrul Mesopotamiei, care pe tot parcursul următoarelor două milenii va rămâne cel mai important centru economic, politic și cultural din întregul Orient Apropiat: Babilonul.

Reprezentantul cel mai ilustru al dinastiei amorite din Babilon a fost Hammurabi (1792 – 1750 î.e.n.). Domnia lui este caracterizată atât printr-o bună politică de cucerire, cât și printr-o operă de organizare internă pe toate planurile, activitate care a culminat prin cea mai importantă lucrare juridico-administrativă a Orientului Antic, *Codul lui Hammurabi*.

În timpul domniei urmașilor lui Hammurabi triburile muntene de kasiți au pătruns în Mesopotamia, ocupând Babilonul și stăpânindu-l mai bine de 50 de ani. Puternicul stat babilonian de altădată va renaște abia începând din 604 î.e.n., după ce între timp va suferi și o lungă perioadă de dominație asiriană⁶.

A treia civilizație care a contribuit la definirea civilizației mesopotamiene a fost cea asiriană. Regii babilonieni au avut de la început pretenții hegemonice asupra Asiriei, care a și rămas mult timp sub dependența akkadiană; până când la începutul mileniului al II-lea î.e.n. asirienii și-au câștigat libertatea și independența. Hammurabi a reușit să-i supună și să transforme Asiria într-o regiune a regatului său. Aceștia au mai avut de suferit și din cauza hitiților, ahurriților și mitanienilor. Abia în secolul al XIV-lea î.e.n. Asiria s-a ridicat la poziția de mare putere, îndeosebi sub puterea lui Salmanasar I, care după supunerea întregii Mesopotamii, s-a intitulat „rege al lumii”, fiind că a practicat o politică expansionistă. Sub domnia regelui Sargon II (721-705 î.e.n.) Asiria atinge apogeul puterii. Cu toate acestea, forța Imperiului asirienilor, ale căror obiceiuri razboinice erau de o neîntrecută cruzime, s-a prăbușit sub loviturile unei alte puteri, apărută din răsăritul podișului iranian, aceea a mezilor, care se coalizează cu babilonienii. Ultimele încercări de rezistență ale asirienilor, cu sprijinul egiptenilor, au fost înfrânte, în 605 î.e.n., de către viitorul rege babilonian Nabukadnezar (605-562 î.e.n., numele biblic este Nabucodonosor)⁷.

Însă acest imperiu neobabilonian devenit o mare putere din nou nu a durat mult. Acest rege a purtat numeroase războaie împotriva fenicienilor, asirienilor, egiptenilor, iudeilor, a jefuit și a distrus Ierusalimul și mai este cunoscut și pentru puternicul sistem de apărare pe care l-a elaborat. Urmașii săi nu au fost capabili să îi continue opera și în cele din urmă, în 538 î.e.n. regele persan Cirus ocupă Babilonul și anexează Imperiul neobabilonian imperiului său. După acest moment, din Babilon nu a mai supraviețuit decât amintirea puterii, influenței și gloriei sale bimilenare.

⁵ Cataclismul diluvian care a avut loc în jurul anului 3600 î.e.n., a devastat zona văilor joase ale Mesopotamiei;

⁶ Ovidiu Drimba, *op. cit.*, pag. 80;

⁷ Ovidiu Drimba, *op. cit.*, pag. 83;

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

2.1. Aspecte ale vieții civilizației mesopotamiene

Aceste aspecte prezintă o importanță deosebită în stabilirea modului de viață și a conduitei oamenilor acelor timpuri foarte îndepărtate. Asupra felului de organizare familială, socială, administrativă, politică și juridică a Mesopotamiei dispunem de unele date încă din epoca sumeriană, dar informațiile cele mai ample ni le furnizează Codul lui Hammurabi. Din acest document, al cărui caracter istoric prezintă un interes deosebit pentru noi, aflăm că se practica „legea talionului”, că se mențineau drepturile și regulile familiei patriarhale, că se practica, de regulă, monogamia. Un aspect interesant pe care îl cuprinde acest cod este acela privitor la poziția femeii în societate, având în vedere statutul general pe care îl avea femeia în Orientul Antic, astfel că femeii repudiate fără motiv de către soț i se înapoia integral zestrea, plus o parte din averea agonisită împreună⁸. Spre deosebire, în societatea asiriană situația femeii era mult mai dificilă, în sensul că în orice moment ea putea fi repudiată fără a i se recunoaște vreun drept.

Sclavii sumero-babilonienilor și asirienilor proveneau din rândurile prizonierilor de război, membrilor de familie vânduți de capul familiei, debitorilor insolubili și copiilor adoptați⁹. Sclavul era considerat un bun mobil care putea fi vândut, dăruit, schimbat, dat în gaj sau lăsat moștenire. Religia ocupa un loc preeminent în cultura și civilizația sumero-babiloniană. Fiecare oraș-stat își avea zeul său principal, considerat fondatorul, stăpânul și protectorul său, care îl delega pe rege ca locțiitor și mare preot al său. În religia mesopotamiană nu găsim urme de animism, de totemism, de zoolatrie sau de fetișism.

Morala babiloniană era o morală negativă, în sensul că nu spunea omului ce să facă bine, ci ceea ce să nu facă rău, unica îndatorire pozitivă, clar formulată, era datoria de a rascumpăra un prizonier¹⁰.

Sculptura mesopotamiană cuprinde numeroase basoreliefuli, precum stela victoriei lui Naram-Sin și stela pe care este inscripționat Codul lui Hammurabi. Toate creațiile lor aveau un caracter documentar, istoric; interesul pentru om și pentru sufletul omenesc este total absent în arta acestora.

Scrierea sumeriană, probabil cea mai veche din lume care a putut fi descifrată, apărută în prima jumătate a mileniului al IV-lea î.e.n., s-a născut prin stilizarea unor semne pictograme, semne care desemnau într-o formă simplistă obiecte sau ființe. Aceste semne erau gravate pe tablețe de argilă proaspătă cu ajutorul unui stilet de trestie cu capătul tăiat oblic, care lăsa o urmă asemănătoare cu cea a cuiului de potcovar. Această scriere cuneiformă¹¹, definitivată ca atare în jurul anului 3500 î.e.n., a fost folosită timp de trei milenii, preluată fiind de la sumerieni de către akkadieni și asirieni. Pornind de la ideograme, sumerienii au ajuns, în jurul anului 3000 î.e.n., la semne silabice. După aproximativ anul 2000 î.e.n. locul limbii sumerice în practica curentă a fost luat de limba semitică a akkadienilor, babiloniană, mult superioară prin precizie și prin posibilitățile de exprimare a nuanțelor gândirii și sentimentelor. Odată cu dezvoltarea scrisului, aceștia au schimbat tableta de argilă în favoarea pietrei, aceasta din urmă fiind mult mai rezistentă la intemperii, incendii și la umiditate.

Sumero-babilonienilor li se datorează, printre altele, începuturile cartografiei, ale chimiei și ale algebrei, întocmirea tabelelor astronomice.

⁸ Ovidiu Tămaș, Codul lui Hammurabi, Ediția a II-a revizuită, Ed. Proema, Baia-Mare, 2009, pag. 16, art. 138;

⁹ Lipseau celelalte surse de sclavie, obișnuite în Antichitate: copiii abandonați, răpirea de minori, autovânzarea ca sclav și comerțul de sclavi stăini;

¹⁰ Ovidiu Drimba, *op. cit.*, pag. 114;

¹¹ Din latinescul *cuneus* care semnifică „cui”;

Stabilind aceste coordonate esențiale privitoare la situația socială, economică, politică și culturală a zonei mesopotamiene ne putem forma un tablou al vieții oamenilor din urmă cu mai bine de cinci mii de ani.

2.2. Stela de diorit

Codul a fost scris cu caractere cuneiforme pe o stelă de piatră, de diorit, neagră, înaltă de 2,25 m, cu baza de 1,90 m, iar la vârf lată de 1,65 m. Sub chipul lui Hammurabi stând în rugăciune, se înșiruie textul codului, scris de jur împrejurul monumentului, format din 16 coloane păstrate, 5 rase cu dalta, distruse probabil de navăitorul Sutruk-Nahunte, pe la 1207-1171 î.e.n., care a dus stela la Susa ca pradă de război, unde a fost decoperită de către orientalistul francez Jean-Vincent Scheil, la începutul secolului al-XX lea, în anul 1902, după care a fost adusă la Muzeul Louvre, unde se află și astăzi¹².

În partea de sus a feței principale a monumentului se află o sculptură în relief care îl înfățișează pe Hammurabi stând în picioare în fața unui zeu care stă așezat. Hammurabi poartă o manta și o cască sumeriană, dar are barba scurtă și buza superioară rasă ca la amoriți. Costumul și tronul zeului sunt de origine sumeriană, acest zeu este probabil zeul soarelui și al dreptății, Shamash, ale cărui atribute includeau puterea supremă a justiției. Pe stâlpul codului, Shamash ține un ferăstrău întins spre Hammurabi, ferăstrăul simbol al rigorii cu care era aplicată legea. În prologul codului, Hammurabi se prezintă drept slujitorul lui Shamash, chemat să ofere dreptate și să apere interesele supușilor săi. Reprezentarea lui Hammurabi și a lui Shamash se aseamănă izbitor cu o sculptură din Ur, aflată acum în Muzeul Universității din Pennsylvania, Philadelphia, înfățișându-l pe regele Ur-Nammu¹³ stând în picioare în fața zeului lunar, Sin.

Astfel că simbolistica basoreliefului este aceea de a arăta că Hammurabi nu a ignorat tradiția sumeriană, ci ca un amorit demn de a domni în Babilon, a înglobat civilizația sumeriană celei akkadiene.

2.3. Importanța Codului lui Hammurabi

Hammurabi a fost primul mare legiuitor din istoria umanității. Acesta s-a urcat la tronul Babilonului în anul 1792 î.e.n, așadar cu peste patru secole înainte de Moise, al doilea mare legiuitor al lumii, și cu aproximativ o mie de ani înainte de celebrii legiuitori ai polis-urilor grecești, Solon și Lycurg, ca să nu mai vorbim de legiuitorii romani. Cultura europeană contemporană este moștenirea antichității greco-romane și, de asemenea, este în esența ei de factură creștină. Este cunoscut faptul că Vechiul Testament a fost asimilat de către creștini și ca a fost valorificat în Biblie. Regresând în timp pe acest filon comun, ajungem până la patriarhul Avraam, cel care potrivit lui Mircea Eliade, poate fi considerat o veritabilă expresie paradigmatică a credinței religioase. Or, Avraam, care a trăit, după toate sursele, cu vreo două secole înaintea lui Hammurabi, venea din Urul Chaldeii, din aceiași arie spirituală. Ceea ce l-a determinat pe Avraam să-i părăsească pe ai săi din Ur și să plece în căutarea Pământului Făgăduinței în fruntea unui trib a fost porunca lui Dumnezeu, manifestată ca o voce interioară a conștiinței, dar și monoteismul său deosebit față de politeismul babilonian. Astfel că se explică legătura dintre cele două religii exemplificate și în mitul potopului, comun babilonienilor și creștinilor, dar și a altor religii străvechi, un diluviu universal trimis pe pământ drept pedeapsă a zeilor, respectiv a lui Dumnezeu, din care scapă cu viață un singur strămoș legendar, Utnaspiștim la babilonieni, respectiv Noe. Apoi templele zigurate, care la babilonieni puteau ajunge până la înălțimi impresionante de peste 90 de metri, au însemnat pentru Avram și urmașii săi un act de insolență la adresa lui Dumnezeu, amintire istorică care este legată de explicația diversității limbilor de pe

¹² Ovidiu Drimba, *op. cit.*, pag. 96;

¹³ Regele Ur-Nammu, în jurul anului 2100 î.e.n. scosese unul dintre codurile de legi, pe care s-a bazat Codul lui Hammurabi.

pământ. În ceea ce privește mai precis Codul lui Hammurabi, frapează și alte asemănări. Legile nu vin în mod simplu și nemijlocit de la oameni, ci sunt date legiutorului de către puterea divină. Hammurabi nu concepe și nu scrie el însuși codul, ci îl primește din mâinile zeului Shamash, zeu al luminii și al dreptății, exact la fel cum mai târziu Moise va primi tablele legii chiar din mâinile lui Jahve. Pe de altă parte, în Codul lui Hammurabi există o conștiință clară și surprinzător de „modernă” a scopului uman al justiției, care „trebuie să facă să domnească dreptatea, pentru ca omul tare să nu-l vătămeze pe cel slab”. Mai mult, ca orice legiuire arhaică, Codul lui Hammurabi va conține elemente care cuprind toate ramurile dreptului, dezvoltate distinct. Fără a desconsidera importanța regulilor lui Moise, nu putem omite principiile, reglementările și reformele de drept care au fost enunțate, cu mult mai înainte, de către Hammurabi și care se vor regăsi ulterior și în Pentateuhul lui Moise. Astfel, în Codul lui Hammurabi este susținută legea talionului, comprimată în Vechiul Testament în celebra formulă: „ochi pentru ochi, dinte pentru dinte”. Toate acestea nu înseamnă însă că legile lui Moise au fost derivate din codul babilonian, sau viceversa. Este mai probabil faptul că împrejurări sociale similare, în condiții climatice și economice similare, au dus cam la aceleași reacții legislative.

2.4. Imperiul lui Hammurabi

Hammurabi a domnit între anii 1792-1750 î.e.n. Al șaselea suveran al dinastiei amorite întemeiate în 1894 î.e.n. de Sumuabum („prima dinastie babiloniană”), îi succede la vârsta de 25 de ani tatălui său Sin-muballit (1812-1792 î.e.n.), devenind stăpânul unui mic regat din Mesopotamia centrală cu o suprafață de circa 20.000 km pătrați. Descoperirile arheologice ale ultimelor decenii, descifrarea arhivei din Mari a lui Zimrilim, prin bogatele informații puse în circulație, au modificat imaginea lui Hammurabi, reducând din socul pe care acest vestit suveran fusese ridicat de istoriografia și literatura modernă. Astfel, trei sferturi din domnia sa, Hammurabi nu a fost decât unul dintre cei patru sau cinci despoți pretendenți la hegemonia mozaicului de orașe-state care alcătuiau Mesopotamia, abia în ultimii zece ani de guvernare reușind să-și elimine adversarii și să constituie un imperiu.

Unii cercetători înclină chiar să vadă în Hammurabi, cel din primul deceniu de domnie un simplu vasal al suveranului asirian Samsi-Adad I (1813-1780 î.e.n.). Descoperirea pe două tablete de lut a „legilor din Esnunna” (cu două secole mai vechi decât Codul lui Hammurabi), ca și a fragmentelor din legislația lui Lipit-Iștar din Isin (1934-1923 î.e.n.), a dovedit că opera legislativă a regelui babilonian nu este atât de izolată și originală precum se credea, însă pentru lumea contemporană importanța și originalitatea Codului sunt date de faptul că a putut ajunge până în vremea noastră, completându-ne astfel imaginea asupra civilizației mesopotamiene.

Printr-un abil joc al alianțelor, Hammurabi își consolidează în primii ani de la urcarea pe tron poziția în Mesopotamia. În al șaptelea an de domnie sunt schițați primii pași ai unei politici expansioniste prin ocuparea vechilor cetăți Uruk și Isin, iar în al zecelea an, prin cucerirea orașelor Malgium, Rapiqum și Salibi. Urmatoarele două decenii sunt consacrate consolidării economiei, realizării de mari canale, construirii sau reparării unor edificii civile și religioase. Relații pașnice sunt întreținute cu Regatul Mari, cu statele Larsa, Esnunna și Asiria (slăbită după dispariția lui Samsi-Adad I). Anii 29 și 30 de domnie consemnează campanii victorioase la hotarele de nord și nord-est, în cursul cărora sunt înfrânte coaliții ale Elamului, Asiriei, Gutium și Esnuna. În anul 31 de domnie, Hammurabi îl învinge pe Rim-sin, dinastul Larsei, vecinul său din sud, anexând astfel întregul Sumer, Zimrillim, regele din Mari, aliat statornic de peste două decenii, este înfrânt în cel de-al 33 lea an al domniei lui Hammurabi, iar doi ani mai târziu, Mari, metropola de pe malul Eufratului dispare definitiv din istorie, după un mileniu de neîntreruptă existență. În anul 38 al domniei sale, este supus orașul-stat Esnunna, iar Asiria este constrânsă să recunoască suzeranitatea babiloniană. Puterea lui Hammurabi se află acum la apogeu, titlul de „Rege al Sumerului, al Akkadului și al celor patru părți ale lumii”, trădând aspirațiile sale spre o monarhie universală.

Hammurabi a fost o personalitate energică, un om politic inteligent și lucid, un artizan neîntrecut al combinațiilor diplomatice rafinate, un administrator care dirija personal aparatul de guvernământ centralizat, un comandant militar îndrăzneț și talentat, astfel că, la sfârșitul domniei sale Babilonul reprezenta cea mai importantă putere a Orientului Mijlociu.

Cei 42 de ani de domnie reprezintă o epocă de aur a civilizației babiloniene. Akkadiana înlocuiește treptat, ca limbă cultă a Mesopotamiei, sumeriana, tot acum se cristalizează cele două mari eposuri - Poemul creației și Epopeea lui Ghilgameș. Cultul zeului Marduk, divinitatea locală a Babilonului, este ridicat la statutul de mare zeu al Mesopotamiei. Centrul de greutate al istoriei mesopotamiene se mută acum definitiv din Sumer în Babilonia, iar Babilonul se impune ca una dintre cele mai strălucite metropole ale Orientului. Urmașii lui Hammurabi se mențin încă un secol și jumătate (până în 1595 î.e.n.) pe tronul Babiloniei. Faima Babilonului face ca acest oraș să devină simbolul întregii țări, astfel încât jumătatea meridională a Mesopotamiei (între Bagdad și Golful Persic) este desemnată, începând cu izvoarele grecești antice, cu termenul de Babilonia.

2.5. Reformele lui Hammurabi

Codul lui Hammurabi, scris probabil în jurul anului 1760 î.e.n. în anul 32 de domnie, prin însuși conținutul său reprezintă o reformă în ceea ce privește modul de stabilire a relațiilor sociale. Hammurabi a elucidat relațiile dintre zeități, stabilind supremația zeului Marduk, care comasa trăsături sumeriene cu cele ale popoarelor arabe. Când a venit la putere Hammurabi moștenea o tradiție religioasă scrisă în sumeriană, care devenise limba erudită de la templu. El a actualizat vechile tradiții, făcându-le mai adecvate timpului. Aceste reforme au avut un efect unificator asupra cultelor și tagmelor clericale rivale din imperiu și au creat o religie preponderent națională, cu sediul la Templul lui Marduk din Babilon. Decretul lui Hammurabi este un cod reformativ, apărut după cucerire și cuprinde mai degrabă cazuri apărute în viața de zi cu zi, decât principii generale de conduită. Aceste cazuri erau rezolvate prin hotărâri judecătorești, astfel codul este format dintr-o sumă de hotărâri judecătorești anterioare, emise sau sancționate de regi, prezentate relativ sistematic, sub formă de articole de drept. Această legiuire manifestă în mod clar tendința de apărare a intereselor celor bogați. Codul este format dintr-un prolog, care îi anunță pe cititori că zeii l-au inspirat pe victoriosul rege să instaureze dreptatea pe pământ și să-i apere pe cei slabi, o listă de legi și un epilog, care descrie binecuvântările de care se vor bucura dacă vor respecta legile scrise în cod, dar și blestemele care se vor abate asupra celor nelegiuși. Codul cuprinde, în conținutul său, 282 de porunci care reglementează chestiuni penale, familiale, comerciale, agricole și dezvoltă mai multe despre rigorile societății timpului. Codul diferențiază trei tipuri de oameni: nobilimea, subalternul sau omul liber și sclavul (juridic fiind un bun mobil). Legile lui Hammurabi au exercitat influență chiar și în timpul lui Nabucodonosor. Un aspect deosebit al codului este faptul că Hammurabi a pus ca acesta să fie înscris pe o stelă, spre deosebire de obișnuitele seturi de tăblițe de argilă, plasând această stelă la Templul lui Marduk din Babilon, astfel încât să slujească drept document permanent pe timpul domniei sale. Însă în realitate codul nu a fost niciodată aplicat în întregime.

2.6. Fragmente din Codul lui Hammurabi

Hammurabi nu ne oferă doar o culegere completă de legi și măsuri prin care se guvernează țara, cum putem găsi în codurile moderne, ci și o selecție de „sentințe juste” impuse de către suveran: o jurisprudență, în realitate, destinată să asigure uniformitatea principiilor la care se supun judecătorii, într-un stat în care legile scrise nu existau, dar în care cazurile se rezolvă în funcție de un drept de datină, oral, și de răspunderea unei stăpâniri drepte. În continuare veți regăsi, spre exemplificare, câteva fragmente, credem noi semnificative, din celebrul Cod al lui Hammurabi:

- Dacă cineva acuză pe altcineva, fără să poată aduce vreo dovadă, acuzatorul va fi omorât.
- Dacă cineva acuză pe altcineva, și poate dovedi vina acestuia, el va fi răsplătit cu bani.

- Dacă un judecător ia o decizie într-un caz, iar apoi se dovedește că a greșit, va fi pus să plătească de douăsprezece ori cât a impus el acuzatului, și nu i se va permite să mai judece.
- Dacă cineva fură pe fiul altcuiva, va fi omorât.
- Dacă cineva găsește un sclav evadat și îl returnează proprietarului, acesta va trebui să plătească doi șekeli.
- Dacă un hoț este descoperit în timp ce fură, va fi omorât.
- Dacă cineva nu are suficientă grijă de un baraj, și barajul cedează, el va fi vândut, iar banii obținuți vor înlocui recolta pierdută în timpul inundării culturilor.
- Dacă cineva are o datorie, și nu poate plăti, el se poate vinde pe sine, pe soția sa, pe fiul său și pe fiica sa să muncească; după trei ani ei vor fi eliberați.
- Dacă un om dator își plătește datoria cu un sclav, iar sclavul este suficient de bun, nu pot exista obiecții.
- Dacă cineva se căsătorește cu o femeie, dar nu are niciun fel de relații cu aceasta, nu se consideră căsătorie.
- Dacă o soție are relații cu un alt bărbat, amândoi vor fi legați și aruncați în apă, dar soția poate fi iertată de soțul ei și dăruită regelui ca sclavă.
- Dacă un bărbat folosește violența asupra soției altui bărbat pentru a se culca cu ea, el va fi omorât, iar femeia considerată fără vină.
- Dacă un soț părăsește casa, soția pleacă în altă casă, iar soțul se reîntoarce, soția nu este obligată să se reîntoarcă.
- Dacă un bărbat vrea să se despartă de o femeie care a dat naștere copiilor săi, o parte din pământ și din bani trebuie cedată ei de soț. Când copiii cresc, ea se poate recăsători.
- Dacă un bărbat vrea să se despartă de o femeie cu care nu a avut copii, îi va da înapoi zestrea și banii pe care i-a adus din casa tatălui ei.
- Dacă un bărbat adoptă un fiu, iar acesta crește în casa părinților adoptivi, părinții naturali nu pot cere întoarcerea acestuia.
- Dacă un sclav lovește un om liber, îi vor fi tăiate urechile.
- Dacă cineva lovește pe altcineva de rang mai înalt, va fi biciuit în public de șaizeci de ori.
- Dacă cineva lovește pe altcineva de același rang, va plăti o mina de aur.
- Dacă un bărbat lovește o femeie însărcinată, iar aceasta pierde sarcina, el îi va plăti zece șekeli.
- Dacă un constructor construiește o casă, și o *construiește bine*, proprietarul va plăti doi șekeli pentru fiecare suprafață a casei. Dacă, însă, *nu reușește*, și casa se prăbușește, ucigându-l pe proprietar, constructorul va fi omorât. Dacă fiul proprietarului va fi omorât, fiul constructorului va fi ucis.

3. Concluzii

În Mesopotamia, între două fluvii, Tigru și Eufrat, s-a născut una dintre cele mai vechi civilizații ale lumii, care cumulează tradițiile și obiceiurile a trei mari civilizații: sumeriană, akkadiană și asiriană, iar Codul lui Hammurabi rămâne în istorie ca un moment important, care amintește de o primă încercare de sistematizare a normelor de drept care să reglementeze problemele de la acea vreme.

Codul lui Hammurabi a însemnat pentru popoarele din Orientul Apropiat, ceea ce a însemnat dreptul roman pentru popoarele Europei moderne. Influențele lui au fost remarcate în Corpus juris al împăratului Justinian și implicit asupra dreptului modern. Trebuie precizat că Athanasie Negoită este primul traducător în limba română al Codului lui Hammurabi, alături de Mircea Eliade și Constantin Daniel, traducere făcută la editura „Fântâna darurilor”, în 1933.

În concluzie, merită să ne amintim de cultura sumero-babiloniană, pentru că reprezintă o valoare universală pentru toți oamenii, care justifică spiritul aflat într-o continuă perfecționare, o valoare în multe chipuri semnificativă: istorică, juridică, militară și economică.

Referințe bibliografice:

- V. I. Avdiev, *Istoria Orientului Antic*, Ed. de Stat, București, 1951;
- Ovidiu Drimba, *Istoria culturii și civilizației I*, Ediție definitivă, Ed. Vestala și Ed. Saeculum I.O, București, 2000;
- Roy T. Matthews, F. DeWitt Platt, *Readings in The Western Humanities*, Volume I, Fourth Edition, Michigan State University, Mc. Graw Hill, 2001, p. [1-2];
- *Istoria lumii*, Enciclopedia pentru tineri, Larousse, Ed. Rao, p. [10];
- Ovidiu Tămaș, *Codul lui Hammurabi*, Ediția a II-a revizuită, Ed. Proema, Baia-Mare, 2009;
- <http://cercetatiscripturile.intercer.net/article.php?id=3104>;
- http://articole.famouswhy.ro/codul_lui_hammurabi/.

O ABORDARE DIN TEORIA JOCURILOR ASUPRA SEPARAȚIEI PUTERILOR ÎN STAT. DEFICIENȚELE MODELULUI LUI MONTESQUIEU ȘI OPTIMALITATEA PARETO A SISTEMULUI MADISONIAN

Alexandru VOLACU*

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate, using a game-theoretical approach, that Montesquieu's model of rigid separation of state powers is inferior to Madison's model of checks and balances viewed from the perspective of their impact on the stability of the political system and from the perspective of their social desirability. By applying a non-cooperative game model to both systems I argue that in Montesquieu's arrangement rational actors involved in power structures maximize their own utility by maximizing institutional power rather than by cooperating with other actors in the system and that a Nash Equilibrium emerges, being represented by a profile of tripartite defective actions. By contrast, I demonstrate that under the system of checks and balances formulated by Madison the payoff matrix is modified sufficiently in order to provide an adequate framework for the emergence of cooperative behaviour between institutional actors. Therefore, Madison's system produces a game solution which is both a pure strategy Nash Equilibrium and Pareto optimal both for the powers involved in the game and from a social desirability perspective.

Cuvinte cheie: echilibru Nash, optimalitate Pareto, putere de stat, separația puterilor în stat, verificări și limitări reciproce.

1. Introducere

În această lucrare intenționez să demonstrez că sistemul de „verificări și limitări reciproce”¹ propus de James Madison este preferabil sistemului separației rigide a puterilor în stat propus de Montesquieu deoarece sistemul madisonian oferă schema de stimulente instituționale necesare cooperării între ramurile puterii în timp ce sistemul lui Montesquieu determină lupta constantă a ramurilor pentru maximizarea propriei puteri. În vederea realizării acestui obiectiv utilizez un cadru teoretic specific Teoriei Alegerii Raționale².

TAR este un program de cercetare³, utilizat predominant în științele economice și științele politice⁴, caracterizat de postulatul (derivat din teoria economică clasică) conform căruia indivizii acționează rațional, în sensul maximizării propriilor funcții de utilitate⁵. În ceea ce privește principiile metodologice se identifică două premise fundamentale ale programului: a) individualismul metodologic, care susține că: 1) doar indivizii sunt caracterizați de scopuri și interese, 2) indivizii se comportă într-un mod adecvat din propria lor perspectivă și 3) aranjamentele sociale se modifică ca urmare a acțiunilor individuale⁶, și b) utilizarea unor modele de raționalitate instrumentală⁷, ce afirmă

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: volacu_jr_123@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prep.univ.drd. Laura Spătaru-Negură;

¹ În engleză „checks and balances” (Madison, 1788, p. 254);

² Prescurtată în continuare „TAR”;

³ Lakatos, 1970, p. 91;

⁴ Însă extins în ultimele decenii și în domeniul sociologiei sau filosofiei;

⁵ Pentru o monografie a direcțiilor principale din TAR în cadrul științelor politice vezi Ungureanu (2009) pentru Teoria Alegerii Sociale, Mueller (2008) pentru Teoria Alegerii Publice și Shepsle (2006) pentru neinstituționalismul de tip alegere rațională;

⁶ Agassi, 1960, p. 244;

că indivizii analizează toate alternativele disponibile și optează pentru alternativa cea mai dezirabilă din punctul de vedere al maximizării utilității⁸.

În științele juridice, abordările de tip TAR sunt încă la un nivel emergent, deși există o serie de studii importante realizate prin intermediul acestui program de cercetare, în special în bazele filosofiei analitice anglo-saxone⁹. În România, din cunoștințele autorului, nu există nicio lucrare specific încadrată în domeniul științelor juridice care să utilizeze o abordare de tip alegere rațională¹⁰. În ceea ce privește lucrarea de față, aceasta este construită utilizând elemente de teorie politică și drept public (mai exact ramura dreptului constituțional), având implicații în ambele domenii precum și în teoria generală a dreptului.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

2.1. Puterea de stat

Puterea de stat este un construct teoretic ce întrunește următoarele caracteristici: are caracter politic, are o sferă generală de aplicabilitate, are agenți specializați care o realizează și este suverană¹¹. Literatura de specialitate din domeniul politologiei merge mai departe în ceea ce privește cercetarea conceptului de putere, distingând între trei forme de putere, încadrate individual în definiția generală dată mai sus.

Conceptualizarea primei forme îi aparține lui Robert Dahl (1957), și reprezintă în mare măsură interpretarea convențională dată noțiunii de „putere”. Conform acestuia, putem considera ca există o relație de putere între doi actori sociali A și B , în sensul în care A are putere asupra lui B , în condițiile în care A îl poate determina pe B să facă ceva ce acesta nu ar fi făcut altfel.

Cea de-a doua poziție este formulată de Peter Bachrach și Morton Baratz (1962), inițial ca o critică la abordarea pluralistă a lui Dahl, iar aceasta constă în introducerea în modelul metodologic a unei variabile nemăsurabile direct, anume potențialul de restricționare a pătrunderii anumitor probleme pe agenda publică. Cei doi autori consideră că această tehnică este de asemenea o formă de exercitare a puterii de către A asupra lui B , însă ea nu poate fi explicată prin mecanismul elaborat de Dahl, deoarece nu există o interacțiune directă între A și B , iar A nu îi oferă posibilitatea de decizie lui B , în acest context neputând fi evaluată situația în care preferințele lui B ar depinde de preferințele lui A .

Cea de-a treia poziție este conceptualizată de Steven Lukes, și aceasta se referă în principal la capacitatea de influență și manipulare a anumitor actori sociali, capacitate pe care Lukes, după ce critică la rândul său abordarea metodologică a lui Dahl și Bachrach-Baratz, o consideră esențială în definirea integrală a conceptului de putere. Conform lui Lukes, particularitatea cea mai importantă a definiției o consideră sintagma de „putere asupra”¹², contestând astfel sensul simplificator folosit anterior definiției sale care se referea mai degrabă la „puterea de a face”¹³.

⁷ Există trei modele principale de raționalitate utilizate în TAR: raționalitatea maximală (bazată pe modelul „homo economicus”), raționalitatea limitată (Simon, 1957) și raționalitatea minimală sau raționalitatea ca alegere consistentă intern (Sugden, 1991, pp.757-761);

⁸ Miroiu, 2006, p. 34;

⁹ Dintre cele mai importante studii pe această direcție menționăm: Becker (1968), Posner (1981, 2007), Coase (1990), Clarke și Felson (1993), Felson (1998) etc., majoritatea literaturii de specialitate concentrându-se pe ramura dreptului penal și criminologiei (Coase este excepția din această listă, studiile sale aplicabile științelor juridice fiind legate de dreptul comercial);

¹⁰ Deși există o serie de lucrări importante elaborate în România în cadrul TAR în domeniul teoriei politice care pot avea implicații și în domeniul dreptului public: Miroiu (2006, 2007), Grecu (2008), Ungureanu (2009);

¹¹ Popa, 2008, p. 79-80;

¹² „power over”;

¹³ „power to”; a se vedea Lukes, 1974, p. 27;

Este ușor de intuit motivul pentru care concentrarea puterii de stat, definită mai sus în toate formele ei de manifestare, în mâinile unui singur actor politic, fie acesta și instituțional, este indezirabilă. Acest lucru a fost sesizat până și în Antichitate, sistemele politice ateniene și romane adoptând proto-modele de instituționalizare pluralitară a puterii politice.

2.2. Modelul lockean

Prima teoretizare a conceptului de separație a puterilor în stat îi aparține lui Locke (1689). În *Al doilea Tratat despre Carmuire* acesta argumentează în favoarea unei separații stricte între puterea legislativă¹⁴ și cea executivă¹⁵, considerând că „fragilitatea umană, ce tinde întotdeauna să determine un comportament orientat spre putere”¹⁶ ar conduce la o situație în care interesul guvernului nu ar mai coincide cu interesul comunității guvernate deoarece aceștia, reprezentând atât legiferatorii, cât și partea responsabilă de aplicarea lor ar putea să fie tentați să eludeze legile impuse de ei. În acest sens, Locke consideră că într-un stat „bine ordonat”¹⁷, puterea legislativă trebuie să fie atribuită unei Adunări care are dreptul de a „direcționa forța”¹⁸ statului pentru satisfacerea intereselor comunității. De asemenea, Locke constată că, deși necesitatea legiferării nu are caracter permanent, în sensul în care Adunările Legislative se pot întruni la intervale considerabile de timp, necesitatea executării acestora are caracter imuabil, iar în acest scop este justificată introducerea unei *puteri executive*, care să aibă caracter permanent^{19,20}. Locke nu merge însă în lucrarea sa mai departe de separarea puterii legislative de cea executivă, considerând că puterea judecătorească trebuie să fie deținută de către ramura executivă²¹.

2.3. Modelul lui Montesquieu

Lucrarea lui Locke a constituit un fundament teoretic important pe care Montesquieu urma să dezvolte și să rafineze conceptul de separație a puterilor în stat. În *Spiritul Legilor* Montesquieu propune o diviziune trihotomică a puterii de stat, adăugând modelului lockean încă un element, și anume puterea judecătorească²². Prin separarea puterii de stat în cele trei ramuri precizate anterior, Montesquieu urmărea, în termenii lui Pârvulescu, „limitarea puterii prin putere”²³. Conform lui Montesquieu, deținerea a două dintre cele trei forme de putere precizate mai sus de către aceeași instituție²⁴ sau de către aceeași persoană este indezirabilă la nivel social, deoarece cumulum de puteri ar încălca libertatea politică a indivizilor. În primul rând, deținerea simultană a puterii executive și a puterii legislative ar constitui o încălcare a libertății deoarece posesorul lor emite „legi tiranice”²⁵ pe care le-ar executa într-o manieră similară. În al doilea rând, deținerea simultană a puterii judecătorești și a puterii legislative ar încălca libertatea individuală deoarece „viața subiecților ar fi expusă unui

¹⁴ Definită de Pârvulescu în contextul teoriei separației puterilor în stat drept „partea puterii de stat care, înainte de toate, prin Parlament, asigură conducerea statului” (Pârvulescu, 2000, p. 48);

¹⁵ Definită de Pârvulescu în contextul aceleiași teorii drept „partea puterii de stat care realizează, prin măsuri concrete, conducerea nemijlocită a statului” (Pârvulescu, 2000, p. 48);

¹⁶ Locke, 1689, p. 143;

¹⁷ Locke, 1689, p. 143;

¹⁸ Locke, 1689, p. 143;

¹⁹ Nu în sensul în care puterea executivă este compusă în mod constant din aceiași actori, ci în sensul în care persoanele responsabile de exercitarea puterii executive trebuie să își exercite atribuțiile sistematic, spre deosebire de responsabilitățile puterii legislative care își exercită prerogativele la intervale de timp semnificative;

²⁰ Locke, 1689, p. 144;

²¹ Locke, 1689, p. 159;

²² Denumită inițial de Montesquieu “putere executivă în materie de drept civil” (Montesquieu, 1748, p. 181);

²³ Pârvulescu, 2000, p. 49;

²⁴ În terminologia lui Montesquieu, “aceiași corp de magistrați” (Montesquieu, 1748, p. 181);

²⁵ Montesquieu, 1748, p. 181;

control arbitrar²⁶. În al treilea rând, prin deținerea simultană a puterii judecătorești și a puterii executive, judecătorii s-ar putea comporta cu „violența unui opresor²⁷”. O particularitate interesantă a teoriei separației puterilor în stat în forma elaborată de către Montesquieu este că acesta susținea că organismele judiciare trebuie să aibă caracter periodic și nu permanent, iar compoziția lor trebuie să nu fie una profesională, ci aceștia să fie aleși în funcție aleatoriu²⁸, după modelul democrației ateniene²⁹.

Deși modelul propus de Montesquieu are o valoare teoretică deosebită, aplicarea sa în practică, în forma inițială ar întâmpina o serie de probleme datorită rigidității separației puterilor. Astfel, Părvulescu susține că datorită separării complete a puterilor statului, sistemul politic poate provoca ca ușurinta un blocaj instituțional³⁰. De asemenea, acesta consideră că un alt efect al divizării rigide a puterii poate fi minimizarea principiului suveranității naționale, pe criteriul că aceasta aparține națiunii, nu puterilor publice³¹.

Utilizând instrumente specifice teoriei jocurilor putem construi un model al interacțiunilor dintre cele trei ramuri ale puterii sub forma unui joc de sumă nulă cu trei jucători³², jucătorii fiind în fapt puterea legislativă, puterea executivă și puterea judecătorească, conform sistemului propus de Montesquieu.

În acest punct este necesară o precizare de ordin metodologic. În secțiunea introductivă precizăm că unul dintre principiile fundamentale ale TAR este individualismul metodologic, mai precis concepția conform căreia toate fenomenele sociale sunt explicabile exclusiv prin apelul la proprietățile, scopurile și acțiunile indivizilor³³. În aceste condiții, construirea unui sistem care face apel la instituții ca actori implicați în interacțiunile ce definesc structurarea puterii politice poate părea intuitiv eronată, însă aceasta este invalidată de modelul raționalității de ordinul doi elaborat de Ostrom³⁴ conform căreia instituțiile pot fi înțelese ca alegeri raționale de ordinul doi în sensul în care ele sunt produsul acțiunilor raționale ale indivizilor³⁵. Pe această linie, puterile statului pot fi considerate actori supraindividuali³⁶, caracterizați de obiectivele actorilor individuali ce definesc aranjamentele instituționale, obiectivele ramurilor de putere fiind reduse în acest sens la obiectivele indivizilor ce le construiesc.

Obiectivele indivizilor implicați în definirea structurilor ce dețin puterea de stat sunt diverse, iar spațiul limitat al lucrării nu permite o analiză exhaustivă a acestora, însă unul dintre principalele obiective ale politicianilor poate fi considerat maximizarea puterii. Acest argument este validat de formarea partidelor politice, definite în general în teoria politică modernă prin raportarea la obiectivul de obținere a puterii politice de către Kelsen (1945), Braud (1997), La Palombara și Weiner (1966) etc. În ceea ce privește funcționarii publici și actorii implicați în mecanismele birocratice, un argument similar este adus de Weber (1921), Niskanen (1971), Brennan și Buchanan (1980) etc. Mai mult decât atât, întreaga arie a politicii este redusă adeseori la lupta pentru puterea politică³⁷. Pornind de la aceste aspecte, putem considera justificată concepția propusă în această lucrare conform căreia ramurile ce dețin puterea de stat sunt actori raționali de ordinul doi ce au ca obiectiv principal

²⁶ Montesquieu, 1748, p. 182;

²⁷ Montesquieu, 1748, p. 182;

²⁸ Principiu contestat de Madison (1788) în *Lucrarile Federale*;

²⁹ Montesquieu, 1748, p. 183-184;

³⁰ Părvulescu, 2000, p. 49;

³¹ Părvulescu, 2000, p. 49;

³² von Neumann și Morgenstern, 1944, p. 220;

³³ Elster, 1985, p. 5;

³⁴ Ostrom, 1998, p. 9-18;

³⁵ Miroiu, 2006, p. 71;

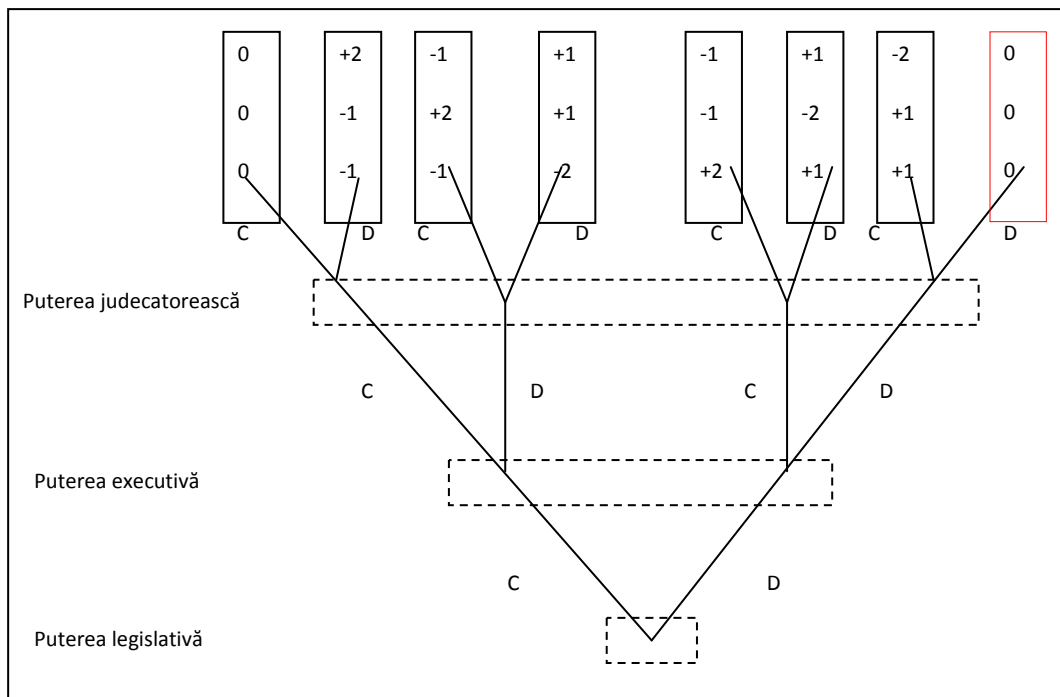
³⁶ Miroiu, 2006, p. 53;

³⁷ Debbasch și Pontier, 1995, p. 5;

maximizarea propriei puteri, ca urmare a obiectivelor de maximizare a puterii ale actorilor politici individuali³⁸.

Asadar, tinând cont de precizările anterioare, putem construi un joc de sumă nulă³⁹ prin care să reprezentăm interacțiunile instituționale dintre ramurile de putere.

Fig.1. Modelul separației puterilor în stat propus Montesquieu



Strategiile fiecărui jucator din Fig.1 sunt de a coopera sau de a defecta, acestea putând fi utilizate în combinații în cazul jocurilor cu număr iterat de ture (cum este și cel de mai sus), fiind considerate în acest caz strategii mixte. Terminologia este una specifică jocurilor de tip dilema prizonierului⁴⁰, cooperarea reprezentând în acest caz un comportament direcționat spre respectarea status-quo-ului instituțional în ceea ce privește distribuția puterii, iar defecțiunea reprezentând un comportament direcționat spre modificarea status-quo-ului instituțional în sensul maximizării propriei puteri. Echilibrul Nash⁴¹ și soluția jocului o reprezintă profilul (D, D, D) în care fiecare dintre cei 3 actori utilizează o strategie de defecțiune. Așadar, în termeni de putere, nici una dintre cele 3 ramuri nu va avea de câștigat, însă pentru a nu risca o diminuare a funcției de utilitate fiecare ramură va încerca să își maximizeze propria putere lansând astfel o luptă triadică pentru supremație instituțională. Vom reveni la acest aspect în secțiunea următoare, însă pentru moment este important să reținem că în sistemul propus de Montesquieu nu există stimulente pentru menținerea status-quo-

³⁸ În acest sens merită menționată afirmația lui Simon conform căruia „puterea este pur procedurală” (1953, p. 72), pentru a sublinia caracterul instituțional al acesteia și faptul că metoda prin care puterea politică individuală poate fi maximizată este prin maximizarea puterii deținute de instituția de apartenență;

³⁹ Modelat în formă extensivă în Fig. 1;

⁴⁰ Miroiu, 2007, p.11;

⁴¹ Echilibrul Nash reprezintă profilul jocului caracterizat de faptul că nici unul dintre jucători nu are stimulente pentru modificarea unilaterală a strategiei;

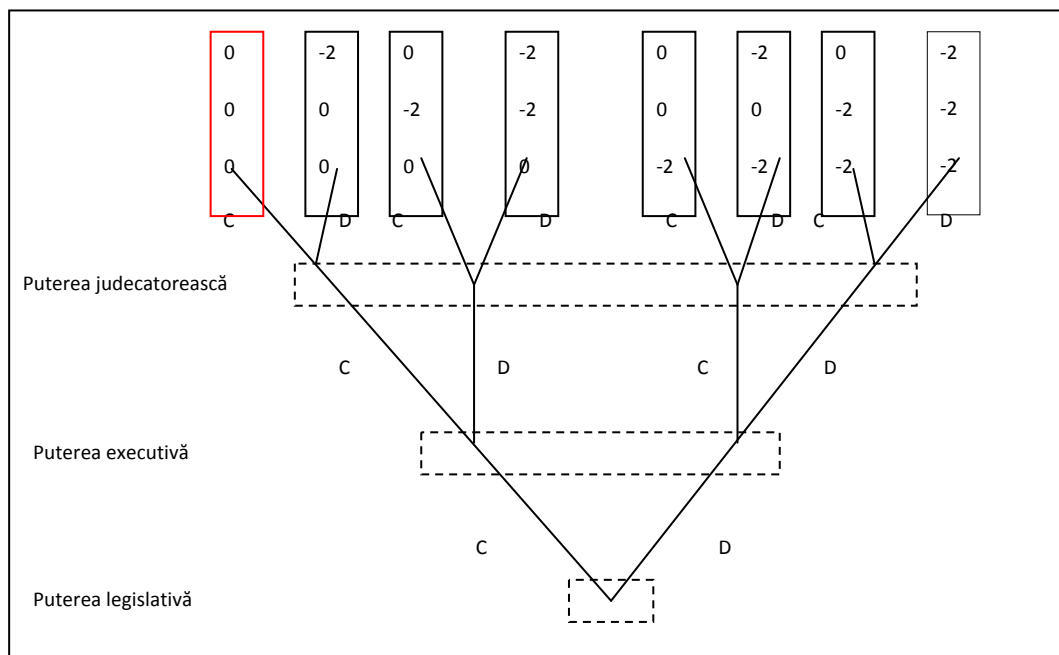
ului din perspectiva distribuției puterii de stat, sistemul fiind caracterizat de instabilitate și de o luptă constantă pentru putere între cele trei ramuri.

2.4. Modelul madisonian

În scopul remedierii acestor insuficiențe, Madison propune o separație a puterilor în stat similară ca și centre de difuzie a puterii variantei propuse de Montesquieu, dar între care să existe un sistem de „verificări și limitări reciproce” între toate cele trei puteri. Astfel, Madison concepe sistemul de verificări și limitări reciproce ca un mecanism de autoapărare a fiecărei puteri împotriva ambițiilor celorlalte puteri⁴². De asemenea, Madison își construiește sistemul teoretic pornind de la asumția că distribuția capacităților de limitare și verificare reciprocă nu va fi uniformă, în acest sens argumentând că în orice sistem republican este preferabil ca autoritatea legislativă să prevaleze în fața celorlalte tipuri de putere, iar autoritatea legislativă să fie la rândul ei divizată în mai multe ramuri, distincte prin natura structurală și funcțională intrinsecă⁴³.

Menținând asumțiile privind construcția instituțională și obiectivele de maximizare a puterii a politicianilor și funcționarilor publici, putem construi un model similar celui din secțiunea precedentă pentru a determina natura interacțiunilor dintre ramurile de putere în sistemul madisonian.

Fig 2. Modelul separației puterilor în stat⁴⁴ propus de Madison



Strategiile utilizate de către jucători au de asemenea aceeași natură ca și în modelul din secțiunea precedentă. Important este însă faptul că modelarea interacțiunilor în sistemul madisonian

⁴² Madison, 1788, p. 254;

⁴³ A se vedea Madison, 1788, p. 255; prin acest argument Madison se poziționează ferm împotriva sistemelor unicamerale;

⁴⁴ Modelul separației puterilor în stat descris în această figură este un ideal-tip weberian în sensul în care fiecare dintre puteri are instrumente echivalente ca forță prin care poate împiedica acțiunile negative ale celorlalte puteri;

nu mai are caracterul unui joc de sumă nulă, precum în sistemul lui Montesquieu, existând un singur profil Pareto optim⁴⁵, anume cel reprezentat de o triplă cooperare (C, C, C). Acest profil este de asemenea și echilibru Nash. Într-un sistem madisonian eficient (cum este considerat cel din Fig.2) fiecare ramură instituțională va avea suficiente mijloace de control prin care se poate asigura că nici una dintre celelalte puteri nu va încerca să își sporească propria putere prin modificarea frauduloasă a distribuției puterii de stat.

Mai mult decât atât, chiar și dacă am relaxa parțial asumțiile considerate relativ stricte, conform cărora comportamentul direcționat spre maximizarea puterii ar fi sancționat de către celelalte ramuri de putere în mod eficient și imediat, și am accepta astfel un model de raționalitate limitată a actorilor în care defecțiuni ocazionale pot trece nepenalizate, putem argumenta că într-un joc iterat de n ori unde n este un număr natural neprecizat, urmând linia stimulentei lui Axelrod, cei trei actori ar dezvolta în continuare un comportament cooperativ deoarece pe termen lung într-un asemenea joc strategiile „prietenoase”⁴⁶ aduc beneficii mai mari decât strategiile „neprietenoase”⁴⁷.

2.5. Aplicarea modelului madisonian în cazul României

În cazul României sistemul madisonian este instituit prin mecanismul constituțional. În statul român, puterea legislativă este deținută de către Parlament, care are o structură bicamerală, fiind compus din Senat (Camera Superioară) și Camera Deputaților (Camera Inferioară)⁴⁸. Deși inițiativa legislativă poate aparține atât deputaților și senatorilor cât și guvernului sau unui număr de cel puțin 100.000 de cetățeni cu drept de vot⁴⁹, Parlamentul este singura instituție capabilă de a adopta legi, așadar este singura autoritate legislativă de pe teritoriul român.

Puterea executivă are o structură bicefală, fiind deținută atât de Președintele României cât și de Guvern⁵⁰, aranjamentul instituțional caracteristic României fiind semi-prezidențialismul.

Puterea judecătorească este deținută de către Înalta Curte de Casație și Justiție precum și de celelalte instanțe judecătorești, în conformitate cu prevederile Capitolului VI din Titlul III al Constituției României.

Similar jocului descris în Fig. 2, comportamentul abuziv al oricărei puteri poate fi sancționat prin anumite mecanisme specifice celorlalte instituții. Astfel, puterea legislativă are capacitatea de a limita puterea executivă și a penaliza eventuale abuzuri de putere ale acesteia prin prevederile Art. 113 și 114, anume prin inițierea și adoptarea unei moțiuni de cenzură prin care poate retrage încrederea guvernului. De asemenea, prin intermediul Art. 95, Parlamentul poate iniția suspendarea

⁴⁵ Un profil este Pareto optim (eficient) atunci când nu există nici o mutare Pareto superioară. O mutare este Pareto superioară atunci când cel puțin unul dintre jucători ajunge într-o situație mai bună față de situația inițială și nici unul nu pierde (Buchanan și Tullock, 1962, p. 173);

⁴⁶ Conform lui Axelrod strategiile „prietenoase” sunt caracterizate de patru criterii: 1. nu defectează decât ca răspuns la o defecțiune a adversarului, 2. nu defectează permanent ca răspuns la o singură defecțiune a adversarului, 3. ripostează la orice defecțiune a adversarului printr-o singură defecțiune subsecventă și 4. tiparul strategic este ușor identificabil (Axelrod, 1984, p. 54);

⁴⁷ Axelrod, 1984, p. 3-54; o ultimă precizare trebuie făcută în acest punct. Analizând cele două scheme de plăți din Fig. 1 și Fig. 2 cititorul poate fi contrariat în ceea ce privește afirmarea superiorității modelului madisonian deoarece rezultatul final este același în termeni de utilitate, atât în Fig. 1 cât și în Fig. 2 soluția oferind un profil de tipul (0,0,0). Pentru a înlătura această confuzie consider că este necesar să menționez că beneficiile în termeni de utilitate se referă la redistribuția puterii între cele trei instituții legislative neavând prin intermediul creșterii sau descreșterii impact social. Impactul social este dat tocmai de strategiile adoptate, fiind dezirabilă situația în care puterile cooperează în vederea menținerii status-quo-ului în privința distribuției puterii (C, C, C) și nu profilul (D, D, D) rezultând din jocul de sumă nulă al lui Montesquieu deoarece acesta din urmă ar provoca instabilitatea sistemului politic ca urmare a unei lupte constante pentru maximizarea puterii între cele trei ramuri. La nivel social așadar, fără a mai utiliza o explicație matematică din lipsă de spațiu, cooperarea între puteri (C, C, C) este Pareto superioară profilului (D, D, D);

⁴⁸ Art. 73 din Constituția României;

⁴⁹ Art. 74, Alin (1) din Constituția României;

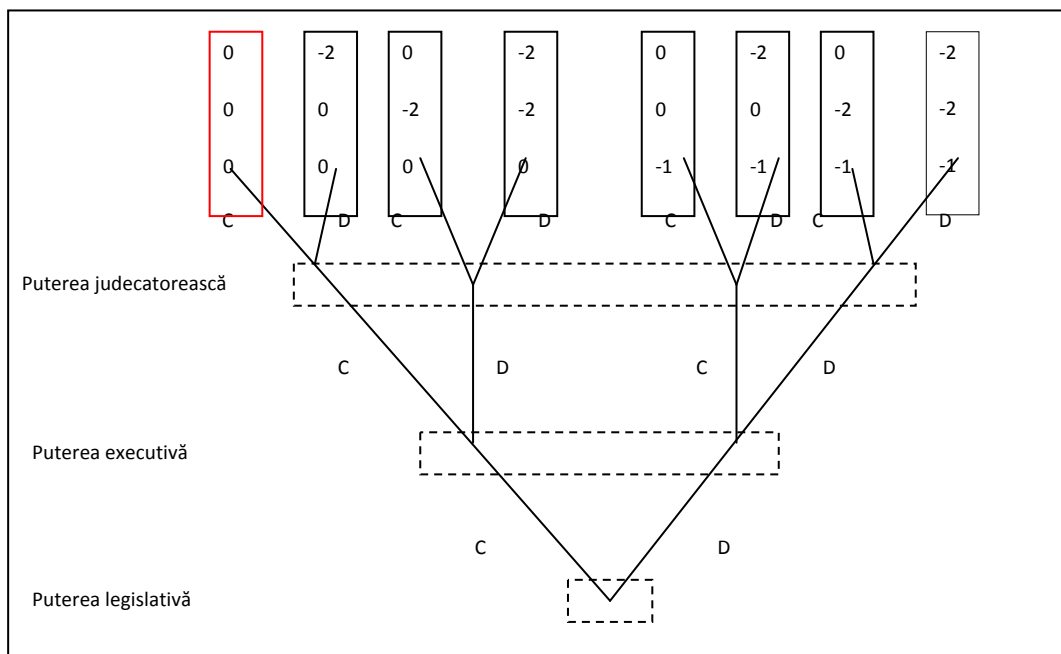
⁵⁰ Titlul II, Cap. II și Cap. III din Constituția României;

Președintelui, „în cazul săvârșirii unor fapte grave care încalcă Constituția”⁵¹. În ceea ce privește relația reciprocă, sistemul politic românesc nu instituie pârgii de control a activității puterii legislative de către cea executivă, situație considerată justificată însă de către Madison care afirma că puterea legislativă trebuie să aibă totuși caracter prevalent.

În ceea ce privește puterea judecătorească, aceasta are pârgii de control atât asupra executivului, cât și legislativului prin intermediul Înaltei Curți de Casație și Justiție precum și celorlalte instanțe judecătorești⁵². De asemenea, puterea legislativă și cea executivă (instituția prezidențială) au pârgii de control asupra puterii judecătorești prin capacitatea de a numi sau valida membrii Consiliului Superior al Magistraturii⁵³. Sistemul de verificări și limitări reciproce instituit în România poate fi reprezentat conform Fig. 3.

Singura diferență a sistemului de plăți este că puterea legislativă are mai puțin de pierdut în cazul unui comportament prin care încearcă să modifice ilegal distribuția de putere decât în sistemul ideal-tip madisonian din Fig. 2, deoarece puterea executivă nu are pârgii constituționale pentru a penaliza puterea legislativă. Cu toate acestea, toate asumpțiile din modelul madisonian clasic rămân în picioare, echilibrul Nash și profilul Pareto optim fiind și în acest caz reprezentat de (C, C, C).

Fig 3. Sistemul madisonian în România



2.6. Criticile modelului madisonian și efectele secundare ale acestuia

Sistemul de verificări și limitări reciproce madisonian constituie unul din fundamentele organizării distribuției puterii politice în epoca modernă și contemporană. Acest sistem stă la baza sistemelor republicane, atât în cele de tip prezidențial, cât și în cele de tip semi-prezidențial sau parlamentar. Din acest motiv, logica utilizată de Madison (dezvoltată după cum menționam anterior pe fundamentul logic al lui Montesquieu) în construirea sistemului reprezintă un subiect important de

⁵¹ Art. 95, Alin (1) din Constituția României;

⁵² Titlul III, Cap.VI din Constituția României;

⁵³ Art. 133 din Constituția României;

dezbateri în teoria politică contemporană. Astfel, teoreticienii contemporani au identificat o serie de efecte derivate din utilizarea unui sistem politic bazat pe separația puterilor în stat, în forma madisoniană a sintagmei, efecte neprevăzute probabil de autor în momentul construirii sale.

Una dintre cele mai controversate critici aduse lui Madison este cea elaborată de Dahl, conform căruia rațiunea care a stat la baza creării sistemului madisonian a fost „protejarea anumitor minorități a căror avantaje în ceea ce privește statutul, averea și puterea nu ar fi fost tolerate la înfinit de o majoritate neobsculată constituțional”⁵⁴, critică preluată și extinsă de Burns, conform căruia Madison „ridică baricadă după baricadă împotriva avântului unei majorități populare - iar ultima baricadă era sistemul de verificări și limitări [...]”⁵⁵. Afirmările contestatarilor lui Madison sunt la rândul lor contrazise de apogeul său, conform cărora logica construirii sistemului de verificări și limitări a fost „prevenirea tiraniei guvernamentale a cărei trăsături caracteristice era conducerea arbitrară și capricioasă a guvernării umane, nu a guvernării legilor”⁵⁶.

Există însă și o serie de teoreticieni contemporani favorabili lui Madison (mult mai numeroși decât contestarii săi) care extind beneficiile sistemului madisonian dincolo de efectele vizibile imediat, cum ar fi împiedicarea concentrării puterii într-o singură ramură a aparatului de stat. Alesina și Rosenthal spre exemplu argumentează că separația puterilor în stat, suplimentată de absența unei majorități monocolor care să formeze guvernul, duce la moderarea politicilor guvernamentale și deci spre îndepărtarea de extremele ideologice și de fluctuațiile socio-economice majore produse în urma unei instabilități radicale a politicilor guvernului⁵⁷. Un alt efect al sistemului madisonian, elaborat pe aceeași linie conceptuală a relației dintre executiv și legislativ este că datorită naturii sistemului ar trebui să existe un conflict de interese între legislativ și executiv, iar din acest motiv procesul decizional care trebuie să întrunească acordul ambelor ramuri ale statului se poate desfășura cu succes doar în ipoteza în care legislativul și executivul cooperează și adoptă o atitudine consensualistă⁵⁸.

De asemenea, există și studii în literatura de specialitate contemporană, cu un caracter mai degrabă descriptiv, în sensul în care nu prezintă propria viziune despre dezirabilitatea sistemului madisonian, ci analizează în mod obiectiv efectele acestuia. Un astfel de exemplu este studiul lui Lacy și Paolino⁵⁹ care postulează în urma cercetărilor întreprinse faptul că în alegerile prezidențiale americane, votanții recunosc și acționează ținând cont de separația puterilor în stat. De asemenea, conform cercetării lui Martin, separația puterilor în stat influențează deciziile și implicit voturile acordate de către actorii politici ce aparțin legislativului⁶⁰, aceștia fiind influențați în principal de Curtea Supremă și de cealaltă cameră legislativă⁶¹.

3. Concluzii

Concluzionând, consider că am reușit să demonstrez validitatea ipotezei lucrării, anume superioritatea sistemului madisonian de verificări și limitări reciproce ale puterilor statului în raport cu cel al separației rigide propus de Montesquieu, utilizând o explicație fundamentată în principiile Teoriei Alegerii Raționale. În acest sens am demonstrat că în modelul lui Montesquieu puterile statului, fiind considerate actori raționali de ordinul doi, sunt angajate într-o luptă constantă pentru

⁵⁴ Dahl, 1956, p. 31;

⁵⁵ Burns, 1963, p. 20-21;

⁵⁶ Carey, 1978, p. 151;

⁵⁷ Alesina și Rosenthal, 1995, p. 2;

⁵⁸ Persson, Roland și Tabellini, 1997, p. 1163;

⁵⁹ Lacy și Paolino, 1998, p. 1180;

⁶⁰ Studiul lui Martin analizează sistemul politic american, iar prin legislativ acesta se referă la Camera Reprezentanților și la Senat;

⁶¹ Martin, 2001, p. 371-378.

maximizarea puterii politice în dauna puterii celorlalte ramuri (consecință a naturii jocurilor de sumă nulă), fapt ce va produce o situație socială Pareto inferioară față de situația produsă de sistemul madisonian în care puterile sunt stimulate să coopereze și să respecte schema de distribuție a puterii existentă deoarece acțiunile de maximizare a puterii pot fi penalizate prin intervenția celorlalte puteri. Mai mult decât atât, chiar și în cazul slăbirii asumptiei de raționalitate maximală a actorilor, conform predicțiilor făcute prin introducerea în calcul a stimulentei lui Axelrod ramurile puterii de stat sunt motivate în continuare să manifeste un comportament cooperativ. De asemenea am argumentat că sistemul de „verificări și limitări reciproce” are și o serie de efecte secundare, considerate în general pozitive în literatura de specialitate. Pentru a exemplifica justetea utilizării sistemului madisonian, am utilizat cazul distribuției puterii politice prevăzut în Constituția României, asumptiile conform cărora comportamentul cooperativ este indus de acest sistem rămânând valide, în ciuda faptului că limitările reciproce nu sunt perfect uniforme sau simetrice.

Referințe bibliografice:

- Agassi, Joseph, *Methodological Individualism*, The British Journal of Sociology, 11(3), 1960, p. 244-270;
- Alesina, Alberto, Rosenthal, Howard, *Partisan Politics, Divided Government and the Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995;
- Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York, 1984;
- Bachrach, Morton, Baratz, Peter, *Two faces of power*, The American Political Science Review, 56 (4), 1962, p. 947-952;
- Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, The Journal of Political Economy, 76, 1968, p. 169–217;
- Braud, Philippe, *Science politique. L'Etat*, Seuil, Paris, 1997;
- Brennan, Geoffrey, Buchanan, James, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980;
- Buchanan, James, Tullock, Gordon (1962), *The Calculus of Consent*, Liberty Fund, Indianapolis, 1999;
- Burns, James MacGregor, *The Deadlock of Democracy*, Prentice-Hall, Eaglewood Cliffs, 1963;
- Carey, George, *Separation of Powers and the Madisonian Model: A Reply to the Critics*, The American Political Science Review, 72 (1), 1978, p. 151-164;
- Clarke, Ronald, Felson, Marcus, *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory (Vol. 5)*, Transaction Books, New Brunswick, 1993;
- Coase, Richard, *The Firm, The Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1990;
- *Constituția României*;
- Dahl, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1956;
- Dahl, Robert, *The Concept of Power*, Behavioral Science, 2 (3), 1957, p. 201-215;
- Debbasch, Charles, Pontier, Jean-Marie, *Introduction a la politique*, Dalloz, Paris, 1995;
- Elster, Jon, *Making Sense of Marx*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985;
- Felson, Marcus, *Crime and Everyday Life (2nd edition)*, Pine Forge Press, Thousand Oaks, 1998;
- Grecu, Răzvan, *Party Competition in Central and Eastern Europe*, teză de doctorat nepublicată, 2008;
- Hamilton, Alexander, Jay, John, Madison, James, (1788), *Federalist Papers*, Ed. Penguin Classics, 1987;
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945;
- Lacy, Dean, Paolino, Philip, *Downsian Voting and the Separation of Powers*, American Journal of Political Science, 42 (4), 1998, p. 1180-1199.
- Lakatos, Imre, *Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes*, în Lakatos și Musgrave, *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970;
- La Palombara, Joseph, Weiner, Miron, *The Origin and Development of Political Parties*, în La Palombara și Weiner, *Political Parties and Political Development*, Princeton University Press, Princeton, 1966;
- Locke, John, (1689), *Two Treatises of Government*, editată de Peter Laslett, Mentor Books, New York, 1965;

- Lukes, Steven, *Power: A Radical View*, Macmillan, Londra, 1974;
- Martin, Andrew, (Jun 2001), *Congressional Decision Making and the Separation of Powers*, *The American Political Science Review*, 95 (2), p. 361-378;
- Miroiu, Adrian, *Fundamentele Politicii (Vol. 1): Preferințe și alegeri colective*, Polirom, Iași, 2006;
- Miroiu, Adrian, *Fundamentele Politicii (Vol.2): Raționalitate și acțiune colectivă*, Polirom, Iași, 2007;
- Montesquieu, Charles de Secondat, (1748), *The Spirit of Laws*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989;
- Mueller, Dennis C., *Public Choice (Vol. 3)*, Cambridge University Press, New York, 2003;
- von Neumann, John, Morgenstern, Oskar, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, Princeton, 1947;
- Niskanen, William, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine-Atherton, Chicago, 1971;
- Ostrom, Elinor, *A Behavioural Approach to the Rational-Choice Theory of Collective Action*, *American Political Science Review*, 92 (1), p.1-22;
- Pârvulescu, Cristian, *Politici și instituții politice*, Trei, București, 2000;
- Persson, Torsten, Roland, Gerard, Tabellini, Guido, *Separation of Powers and Political Accountability*, *The Quarterly Journal of Economics*, 112 (4), 1997, p.1163-1202;
- Popa, Nicolae, *Teoria generală a dreptului*, C.H.Beck, București, 2008;
- Posner, Richard, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1981;
- Posner, Richard, *Economic Analysis of Law (7th edition)*, Aspen Publishers, New York, 2007;
- Shepsle, Kenneth, *Rational Choice Institutionalism*, în Binder, Roads și Rockman, *Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2006;
- Simon, Herbert, *Notes on the Observation and Measurement of Power*, *Journal of Politics* 15, 1953, p. 500–516;
- Simon, Herbert, *Models of Man*, John Wiley, New York, 1957;
- Sugden, Robert, *Rational Choice: A Survey of Contributions from Economics and Philosophy*, *The Economic Journal*, 101(407), 1991, p.751-785;
- Ungureanu, Daniel-Mihai, *Paradoxuri Libertariene în Teoria Alegerii Sociale*, teză de doctorat nepublicată, 2009;
- Weber, Max, *The Theory of Social and Economic Organization*, trad. de Talcott Parsons, Free Press, New York, 1947.

TEORIA SEPARAȚIEI PUTERILOR ÎN STAT – DE LA SEPARAȚIE LA COLABORARE

Ruxandra-Cristina DUȚESCU
Otilia-Mihaela ȘIRBU*

Abstract

Based on the study of the theory concerning the state's power division, this work extensively explains the significance of the state concept in its various meanings which has contributed to the materialization and foundation of the theory of state's power division. The founder of this theory illustrates the necessity of establishing a separation among the powers leading in the state (the legislative, the executive and the judicial powers) and of delimiting the competences of each other.

Nevertheless, the classical theory no longer presents the political reality, a pressing issue being that of the modernization of the theory concerning the state's power division, as modern society is in a constant and repeated change. Because the authorities cannot act independently of the each other, and cannot exert their power in a discriminatory way or to the detriment of the other, a new concept is emerging, that of the "checks and balances" between the authorities whereby each authority keep a constantly watches on the others not to perform their responsibilities in an abusive way and not to break the balance created between them, by trying to ever improve the government. Nowadays, there is an attempt to modify the rigid structure of the state's power division theory, by giving it a flexible form.

As in Romania's case, nowhere and at no times, there where all the three powers actually separated, the checks and balances being present in diverse forms, which have been emphasized due to the evolutive process of society.

Cuvinte cheie: stat, putere, separație echilibru, colaborare.

1. Introducere

DEFINIREA CONCEPTULUI "PUTERE"

Categoria cea mai des întâlnită în teoria și practică sistemelor constituționale este **categoria de putere**. Ea apare și în exprimări nuanțate precum: puterea politică, putere de stat, puteri politice sau pur și simplu, putere. Fiind și dovedindu-se a fi categoria cheie în organizarea statală a societății umane, puterea (în sensul cuceririi sau apropierii sale) a fost și rămâne scopul fundamental al revoluțiilor, mișcărilor și convulsiilor sociale. Din această rezulta legătură strânsă cu categoriile popor și națiune. Uneori categoria putere este exprimată prin aceea de suveranitate. Asemenea similitudini explica exprimările constituționale.

Astfel, constituțiile stabilesc ca suveranitatea (unele adăugă națională) sau puterea (puterile) aparține (rezidă în) poporului. În acest fel sunt redactate constituțiile Spaniei, Franței, României, Suediei. Alte constituții folosesc expresia de suveranitate, care aparține (sau emana de la) națiune. În acest fel sunt redactate constituțiile Marocului și Spaniei. Constituția actuală a României stabilește la articolul 2 ca: "Suveranitatea națională aparține poporului roman, care o exercită prin organele sale reprezentative și prin referendum".¹

Din această expunere putem extrage două constatări. Prima privește legătura între categoriile și fenomenele popor, națiune, putere de stat, puteri publice. Cea de-a doua privește formulările extrem de nuanțate cu care se operează precum cele de putere, puteri publice, puteri, suveranitate,

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail cristy_zet@yahoo.com; sirbu_otilia@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect.univ.dr. Cliza Marta Claudia .

¹ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, Drept constituțional și instituții politice, București, editura C.H. Beck, 2009, ediția 13, vol. II, pp.1-5.

suveranitate națională sau cele de "rezidă în națiune", "aparține poporului". Poporul și statul sunt deseori privite într-o anumită unitate, lucru firesc ce rezultă din legăturile puternice ce le apropie sau din trăsăturile care uneori le depărtează dar pe un fond comun. Înțelegerea

corectă a relației popor-stat este însă, în limbajul juridic, cea mai importantă, dacă nu cumva prima condiție în explicarea mecanismului juridico-statal. Aceasta pentru că indivizibilitatea sau identitatea intereselor poporului și statului nu duce și nu trebuie să ducă la o confuzie juridică a acestor două categorii. Poporul și statul sunt subiecte distincte de drept. Organizarea societății umane în stat a atins forme mai mult sau mai puțin reușite, dar factorii care compun statul își păstrează, în orice caz sub aspect juridic, identitatea lor.

În ceea ce privește noțiunea de stat, aceasta cunoaște două accepțiuni, ambele corecte din punct de vedere științific, și larg răspândite și utilizate. Într-o accepțiune, mai mult politică, sociologică se înțelege prin stat suma a trei elemente distincte și anume: teritoriu, populația (națiunea) și suveranitatea (în sensul puterii statale, de fapt statul în accepțiunea strict juridică). În această accepțiune statul este sinonim, cu țara el incluzând civilizația, resursele, oamenii, teritoriul, frontierele, autoritățile etc.

Într-o a doua accepțiune, restrânsă, prin stat se înțelege forma organizată a puterii poporului, mai exact mecanismul sau aparatul statal. Aceasta este accepțiunea strict juridică. Poporul, națiunea, dețin puterea politică. Pentru a putea exercita această putere poporul creează statul, ca un ansamblu sistematizat de organe de stat (legiuitoare, administrative, judecătorești, armată, poliție), deseori denumite autorități statale (publice). Statul este deci sistemul acestor autorități publice, organizarea statală a puterii poporului, este instituționalizarea acestei puterii.

STATUL ABORDAT DIN PUNCT DE VEDERE SOCIOLOGIC

Termenul implică atât un fenomen istoric foarte complex, cât și o noțiune care s-a cristalizat treptat, prin delimitări succesive datorate reflecției filosofice și analizei științifice. Și astăzi, această noțiune are accepții diferite în funcție de o anumită perspectivă ideologică sau chiar de disciplina științifică ce o încorporează. În general, se exclud din ceea ce se numește **stat** formele primitive de organizare a societăților nomade, datorită faptului că acestea nu au o ordine bine definită.²

Cel mai adesea, noțiunea de stat desemnază o comunitate politică, un corp politic, care a cunoscut de-a lungul istoriei forme foarte variate și care, prin mutațiile suferite, constituie unul dintre cele mai importante centre de interes pentru știința istorică. Totuși, în evoluția sa, statul și-a păstrat caracteristici universale: atât *polis*-ul grec, cât și *regnum*-ul medieval sau republicile moderne au anumite trăsături comune. În planul acțiunii, statul se impune oamenilor ca o necesitate.

În primul rând, prin stat se creează raporturi stabile între indivizi și bunurile pe care aceștia le posedă, adică o anumită unitate între oameni și societate, în sensul elementar al acestui termen. În al doilea rând, această activitate presupune un anumit tip de ordine, o formă de guvernare și, deci, o anumită ierarhie.

În sfârșit, activitatea care susține și instituie statul este mereu exclusivă și specifică, ceea ce înseamnă că se afirmă prin opoziție cu cei care nu sunt membrii acestei comunități politice. Statul își recunoaște și protejează resortisanții. Această ultimă caracteristică are o importanță și mai mare în epoca modernă și este pusă în evidență de scopul activității care generează și întreține existența statului în mod concret, statul implică astăzi nu numai o luptă pentru a substitui ordinea anarhiei, ci și pentru a promova o ordine adevărată, autentică și justă, pentru a deveni, deci, o ordine de drept. Starea naturală a societății, când statul nu exista, se caracteriza prin anarhie, concurență, agresivitate și individualism. Conform acestei stări, omul are „dreptul natural” de a utiliza orice mijloc pentru a-și asigura existența, principiu exprimat prin aserțiunea „homo homini lupus”³.

² Gordon Marshall, *Oxford- Dicționar de Sociologie*, Univers, 2003.

³ În traducere însemnând: „omul este lup pentru semenii săi”

Pentru că oamenii să trăiască în comun, să conlucreze și să fie egali între ei, s-a impus necesitatea unui contract social între aceștia. În baza acestui contract social, fiecare om renunță la dreptul său natural și se supune unor reguli (morale, etice, economice, juridice, politice etc.) valabile pentru toți membrii societății.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Apărută în Secolul Luminilor, alături de alte teorii la fel de tulburătoare și penetrante, ea a fost îndreptată împotriva obscurantismului (stare de înapoiere culturală; atitudine de împotrivire la acțiunea de răspândire a științei și culturii în popor) feudal și a închistării medievale, împotriva abuzului de putere.

Această teorie a fost o reacție împotriva monarhiei absolute, considerată de drept divin, formă de guvernământ în care regele concentra în mâinile sale puterea supremă, considerându-se ca o personificare a statului, de unde și celebra formulă a lui Louis XIV: „L' État c'est moi!” Teoria separației puterilor a avut un rol aparte, poate decisiv, în promovarea sistemului reprezentativ, adică valorificarea democratică a relației dintre deținătorul suveran al puterii (poporul) și organizarea statală a puterii politice, în organizarea statală și funcționarea puterii, a garanțiilor exercitării drepturilor omului și cetățeanului. Este o teorie care a stat la baza elaborării constituțiilor.

SEPARAȚIA PUTERILOR ÎN STAT ÎN CONCEPȚIA LUI ARISTOTEL

Primul autor care a elaborat teoria separației puterilor a fost Aristotel – această enciclopedie a Antichității, acest miracol printre atâtea miracole grecești, în lucrarea sa „*Politica*”.

„În orice stat – scria Aristotel – sunt trei părți, de care legiuitorul se va ocupa, dacă e înțelept, să le rânduiască cât mai bine, având în vedere înaintea de orice interesele fiecăreia”.

Aristotel preciza: „(...) cea dintâi dintre aceste părți este Adunarea generală, care deliberază cu privire la afacerile publice; a doua este Corpul magistraților, căruia trebuie să i se hotărască natura, atribuțiunile și modul de numire; a treia este Corpul judecătoresc”⁴.

În pofida diferenței de redactare, față de terminologia modernă cu privire la separația puterilor în stat, elaborată de Montesquieu, multe elemente de gândire politică ale filosofului antic premerg principiului care s-a încetățenit ulterior și este recunoscut astăzi în toate democrațiile moderne: un corp legislativ, o putere executivă și un număr de judecători independenți, chemați să împartă justiția, în mod legal, tuturor membrilor cetății.

În Evului Mediu, dominat de puternice frământări sociale și politice (lupta pentru supremația puterii între Papalitate și Imperiul Roman), întâlnim o organizare a puterilor asemănătoare cu cea din Antichitate.

Deși puterea politică absolută aparținea regelui, care o exercita potrivit bunului plac, complexitatea administrării regatului impunea însă o distribuție și o specializare a diferitelor activități de conducere. În această perioadă, preocupările pentru inovarea celor mai bune modele de guvernare se împletesc cu încercările partizane de a justifica virtuțile monarhiei absolutiste și pretențiile suveranilor de centralizare în mâinile lor a întregii puteri politice.

SEPARAȚIA PUTERILOR ÎN STAT ÎN CONCEPȚIA LUI JOHN LOCKE

Revoluțiile burgheze din Anglia (din 1640 și 1688) și lupta împotriva despotismului monarhic pe tot parcursul secolului al XVII-lea au dus la o schimbare radicală a gândirii politice.

Remarcabilul gânditor al noului curent în filosofia politică a fost filosoful și omul de știință englez, John Locke. În lucrarea sa „*Essay on civil government*”, Locke arăta că singurul remediu împotriva tiraniei este limitarea puterii monarhului și, în ultimă instanță, dreptul de insurecție al celor

⁴ Aristotel, *Politica*, Cartea a VI-a, Cap. XI, Ed. Antet, București, 1999, p. 204.

oprimați. Locke susține că în stat sunt trei puteri: puterea legislativă, puterea executivă și puterea federativă.

Locke evidențiază: „*prima și fundamentală lege pozitivă a tuturor comunităților este de a constitui puterea legislativă (...) acest legislativ nu este numai puterea supremă a statului, ci și o putere sacră și inalienabilă în mâinile persoanei în care a așezat-o odată comunitatea*”⁵. Puterea legislatorilor este limitată la Binele public al societății.

Pentru că legile au o forță constantă și continuă și au nevoie de o executare permanentă, este prin urmare necesar, potrivit concepției lui Locke, să existe o putere permanentă care să vegheze la executarea legilor valabile. Și astfel, *puterea legislativă și cea executivă* ajung adesea să fie separate.

Puterea de a face război și pace, ligi și alianțe și orice tranzacție cu orice persoană și colectivitate fără comunitate poate fi numită federativă.

Aceste două puteri, *executivă și federativă*, deși sunt cu adevărat distincte între ele, una constând în *executarea legilor* locale a societății în interiorul său, asupra tuturor celor ce sunt părți ale ei, iar cealaltă în *administrarea siguranței și a interesului public* în afară, cu privire la toți aceia care pot aduce beneficii sau daune acesteia, totuși ele sunt aproape întotdeauna unite. Acestea sunt într-adevăr distincte între ele, totuși ele sunt greu separabile și imposibil de așezat în același timp în mâinile unor persoane distincte.

SEPARAȚIA PUTERILOR ÎN STAT ÎN CONCEPȚIA LUI MONTESQUIEU

Teoria separației puterilor în stat a fost definitivată și explicată pe larg de către Montesquieu. (Charles-Louis de Secondat, baron de la Brede et de Montesquieu).

Reluând și dezvoltând ideile lui John Locke, Montesquieu, și după el, toți teoreticienii statului liberal au văzut în principiul separației puterilor un mijloc eficace de a slăbi atotputernicia statului, împărțindu-i atribuțiile.

Pornind de la ideea că există o înclinație naturală a omului care deține puterea de a abuza de ea, Montesquieu a dezvoltat principiul potrivit căruia: „*puterea trebuie să fie ținută în frâu de putere*”⁶.

Montesquieu afirma: „*în fiecare stat există trei feluri de puteri: puterea legislativă, puterea executivă privitoare la chestiunile care țin de dreptul ginților și puterea privitoare la cele care țin de dreptul civil*”⁷. Autorul este interesat, în special, de separarea celor trei puteri, întrucât de modul în care acestea sunt separate și se exercită, se realizează sau nu libertatea politică. Separația puterilor reprezintă singurul mijloc prin care se poate asigura respectul legilor într-un stat în care este posibilă existența unui guvern legal.

„*Atunci când, în mâinile aceleiași persoane sau în ale aceluiași corp de dregători se află întruite puterea legislativă și puterea executivă, nu există libertate, deoarece se poate naște teama ca același monarh sau același Senat să întocmească legi tiranice, pe care să le aplice în mod tiranic. Nu există, de asemenea, libertate dacă puterea judecătorească nu este separată de puterea legislativă și de cea executivă. Dacă ea ar fi îmbinată cu puterea legislativă, puterea asupra vieții și libertății cetățenilor ar fi arbitrară, căci judecătorul ar fi și legiuitor. Dacă ar fi îmbinată cu puterea executivă, judecătorul ar putea avea forța unui opresor. Totul ar fi pierdut dacă același om sau același corp de fruntași, fie el al nobililor, fie al poporului, ar exercita aceste trei puteri : pe cea de a*

⁵ John Locke, *Al doilea tratat despre cărmuire. Scrisoare despre toleranță*, Ed. Nemira, București, 1999, p. 135.

⁶ „Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la dispositions des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”, Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI – *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution* -, Chapitre VI – *De la constitution d'Angleterre* – apud Charles Debbasch, Jacques Bourdon, Jean-Marie Pontier, Jean-Claude Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, Economica, Paris, 2001, p. 171.

⁷ „Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil”, *Ibidem*, p. 170.

*face legi, pe cea de a duce la îndeplinire hotărârile obștești și cea de a judeca infracțiunile sau litigiile dintre particulari”*⁸.

Montesquieu⁹ a intuit că separația puterilor aplicată în mod absolut și absurd, ar bloca, practic, procesul de guvernare.

Dacă cele trei puteri nu ar coopera și s-ar înfrâna reciproc și inefficient, ar ajunge la inacțiune.

Potrivit principiului separației puterilor în stat, nici una dintre puteri nu prevalează asupra celorlalte, nu își subordonează pe cealaltă și nu poate să-și asume prerogative ce revin celorlalte.

Teoria separației celor trei puteri în stat a revoluționat gândirea și practica politică ale statelor lumii și a generat un proces de reinnoire constituțională atât în Europa, cât și în America de Nord.

Realitatea cea mai apropiată de teoria lui Montesquieu o reprezenta, în Europa, sistemul de guvernare din Anglia.

În schimb, războiul de independență câștigat de coloniile engleze din America de Nord în 1776, în urma căruia acestea s-au desprins de Imperiul Britanic, a permis ca noile state să-și făurească sistemul politic, potrivit teoriei separației puterilor¹⁰.

Fondatorii Constituției S.U.A. s-au inspirat nu numai din opera politică și filosofică europeană, dar și din tradițiile de autoguvernare ale fostelor colonii engleze. Această Constituție a stabilit o separare rigidă a celor trei puteri și o independență strictă între acestea.

Unul dintre cei mai străluciți constituanți, James Madison a creat un mecanism flexibil de echilibrare și contrapondere a puterilor, în cazul în care, vreuna din ele ar fi încercat să guverneze tiranic. Puterile trebuie astfel distribuite și echilibrate între diferite departamente, încât nici una dintre ele să nu poată depăși limitele stabilite de Constituție.

James Madison susținea: „*acumularea tuturor puterilor – legislativă, executivă și judecătorească – în aceleași mâini, indiferent dacă acestea aparțin unei singure persoane, unora mai puțini sau altora mai mulți, sau dacă aceasta (acumularea n.ns.) este ereditară, autonumită sau electivă, poate fi considerată în mod justificat ca fiind adevărata definiție a tiraniei*”.

EVOLUȚIA SEPARAȚIEI/ECHILIBRULUI PUTERILOR ÎN STAT

Fiecare funcție este conferită unor organe distincte: puterea legislativă, adunărilor reprezentative; puterea executivă șefului de stat, eventual șefului de guvern și miniștrilor, iar puterea judecătorească, organelor judiciare. La început teoria separației puterilor în stat interzicea doar că cele trei funcții să fie exercitate de același organ. Pentru a înlătura pericolul despotismului, trebuia ca cele trei funcții statale să fie divizate și distribuite între mai multe autorități, indiferent cum ar fi fost realizată această separație. Aceeași funcție putea fi exercitată de mai multe organe, însă același organ nu putea exercita mai multe funcții.

⁸ Montesquieu, *Despre spiritul legilor*, Vol. I, Ed. Științifică, București, 1964, p. 195-196.

⁹ Teza lui Montesquieu a fost criticată de către Carré de Malberg, care arăta că separația puterilor avută în vedere de Montesquieu este irealizabilă, căci „ea implică o divizare a puterilor, care nu doar ar paraliza puterea Statului, dar ar ruina și unitatea sa”. Pentru Malberg nu există o separație materială a funcțiilor, veritabila separație a puterilor este cea care „constă în atribuirea, în mod distinct, unor trei organe sau autorități etatice de puteri în *măsuri* diferite. Este vorba de o separație ce poartă nu asupra *funcțiilor materiale*, ci asupra *gradelor de putere formală*. Aceasta nu se aseamănă nici pe departe cu separația preconizată de Montesquieu (...) în dreptul francez este consacrat mai degrabă un sistem de *gradație* („*gradation*”) a puterilor, decât un sistem de *separație* a puterilor”, **Raymond Carré de Malberg**, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, réédition, Tome II, Dalloz, Paris, 2004, p. 114. Lui Malberg i se alătură și Léon Duguit („separația puterilor este în contradicție cu realitatea socială”, *Ibidem*, p. 13.), Charles Eisenmann (a se vedea, **Joël Mekhantar**, *Droit politique et constitutionnel*, 2^e édition, ESKA, Paris, 1999, p. 98-99).

¹⁰ **Art. XXX din Declarația Drepturilor locuitorilor Republicii Massachusetts**: „Pentru guvernarea acestei Republici, Autoritatea legislativă nu va exercita niciodată puterea executivă sau judecătorească, sau pe amândouă: autoritatea executivă nu va exercita niciodată puterea legislativă sau judecătorească, sau pe amândouă: iar Autoritatea judecătorească nu va exercita niciodată puterea legislativă sau executivă, sau pe amândouă; acestea pentru ca guvernarea să fie una a legilor și nu o Guvernare a Oamenilor”.

În Franța, Revoluția burgheză din 1789 împotriva absolutismului monarhic, a permis transpunerea teoriei separației puterilor în stat în documente politice. *Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului* a instituit un fel de imperativ anatemă cu privire la viitoarele organizări de stat, precizându-se în art. 16 că: „*orice societate care nu asigură garanția drepturilor și nu statornicește nici separația puterilor este lipsită de Constituție*”.

Prima Constituție a Franței stabilește o separație foarte strictă a celor trei puteri. În schimb Constituția din 1793 a stabilit o separație mai flexibilă a puterilor. Constituția din 1958 a pus bazele unui regim semi - prezidențial, în care puterile sunt echilibrate.

În Principatele Române, principiul separației puterilor în stat este introdus prin Regulamentele Organice și va fi reluat în constituțiile adoptate în 1866, 1923, 1938. După 1945, principiul separației puterilor i se aduc limitări substanțiale. În 1948 s-a renunțat formal la principiul separației puterilor, acesta fiind înlocuit cu principiul unicității puterii. Nici constituțiile din 1952 și 1965 nu au prevăzut separația puterilor.

Regimurile politice totalitare au criticat principiul separației puterilor, susținând că, de fapt, puterea ar fi unică și că ea ar aparține poporului și, în consecință, nu ar putea în nici un caz să fie divizată. În realitate, însă, prin ignorarea voită a principiul separației puterilor și prin eliminarea sa practică din constituțiile fostelor state socialiste, a fost favorizată concentrarea puterii în mâinile unor persoane și negarea practică a oricăror mecanisme de conducere colectivă. Principiul „unicității” puterii a netezit nu numai calea unor dictaturi, dar a și subordonat practic întregul sistem al organizării politice dominației unui singur partid, împrejurare ce a avut ca efect lichidarea opoziției politice, negarea principiilor pluralismului și, în final, îndepărtarea de la principiile democratice ale dreptului constituțional, validate de întreaga experiență istorică. În aceste condiții se ajunsese exact la fenomenul de care se temea și pe care îl prevăzuse, cu secole în urmă, Montesquieu, și anume, situația în care același om exercita „puterea de a face legi, aceea de a executa rezoluțiile publice și aceea de a judeca infracțiunile și diferendele particularilor”.

Se consideră însă, că teoria clasică nu mai exprima realitatea politică, spunând că a îmbătrânit. Această teorie a îmbătrânirii separației puterilor în stat este explicată prin aceea că a fost elaborată într-o perioadă în care nu se înființaseră partidele politice și când principalele probleme puse de putere erau de ordin instituțional. Apariția partidelor politice, rolul lor deosebit în configurarea instituțiilor juridice și politice, determina că astăzi apărarea sau echilibrul să nu se realizeze între Parlament și Guvern, ci între o majoritate, formată dintr-un partid sau partide învingătoare în alegeri și care dispun în același timp de Parlament și de Guvern și o opoziție care așteaptă următoarele alegeri pentru „a-și lua revanșa”. Astăzi distincția dintre legislativ și executiv rămâne una din trăsăturile fundamentale ale regimurilor politice. Aceste structuri tradiționale au cunoscut și cunosc o permanentă transformare, transformări ce s-au datorat tendinței de a se da executivului grija marilor decizii politice, Parlamentului rezervându-i-se rolul de reflecție și de control al Guvernului.

De altfel, separația și echilibrul își schimbă treptat parametri, aceștia devenind majoritatea și opoziția.

COLABORAREA PUTERILOR ÎN STAT

Mecanismele de colaborare a structurii de guvernare reprezintă ansamblul metodelor prin intermediul cărora instituțiile guvernate, concura printr-o strânsă interferență la înfăptuirea conducerii sistemului social global.

Concepția teoretică pe care se bazează principiul separației: niciunul dintre organele de guvernare a societății nu ar putea deține și nu ar putea exercita puterea în chip discreționare sau în detrimentul celorlalte, întrucât constituantul nu a conferit nici uneia o putere absolută, ci dimpotrivă, a prevăzut un sistem de verificare și echilibrare reciprocă – „checks and balances” sau sau “poids et contrepoids” („frânăre și echilibrare”) prin intermediul căruia fiecare putere veghează că cealaltă să nu fie exercitată abuziv și să strice echilibrul existent între ele.

Colaborarea puterii legislative cu cea executivă și judecătorească este un rezultat al aplicării principiului separației puterilor în stat.

Practică constituțională a demonstrat că o separație absolută între puteri ar echivala cu un blocaj constituțional. Pentru a nu bloca mecanismul constituțional, teoreticienii au impus o interferență între puteri și și modalități de conlucrare între ele. Există mai multe modalități de interacțiune între Parlament, ca organ de guvernare însărcinat cu votarea legilor și controlul puterii executive, și Guvernul însărcinat să execute legile și să exercite conducerea generală a administrației publice. Aceste modalități sunt prevăzute expres în Constituția fiecărei țări și cu o forță juridică absolută.

Constituția din 1991 nu a prevăzut în mod expres principiul separației puterilor¹¹, dar a organizat autoritățile potrivit exigențelor lui¹². Legea de revizuire a Constituției României din 2003 a înlăturat criticile care s-au adus Constituției din 1991 și anume, lipsa unui text care să consacre expres principiul separației celor trei puteri în stat – legislativă, executivă și judecătorească. Astfel, art. 1 alin. 4 stipulează: „*Statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor – legislativă, executivă, judecătorească – în cadrul democrației constituționale*”.

În decursul secolelor de aplicare, teoria separației puterilor a luat forme distincte în fiecare regim. În epoca actuală, acest principiu este văzut ca o „*regulă de artă politică*”, de „*oportunitate*”, de „*bună organizare a puterilor*”. „Soarta” principiului este disputată: unii cer înlăturarea lui ca fiind „*arhaic*”, „*perimat*”; alții pledează doar pentru „*adecvare*” sau „*modernizarea*” lui, în favoarea unei „*puteri forte*”, de regulă a Executivului.

Ne putem oare imagina organizarea statului în sec. XXI fără reglementarea principiului separației puterilor?

Răspunsul, considerăm, că este unul negativ. Nu putem vorbi astăzi despre acest principiu așa cum a fost el conceput de Locke sau Montesquieu. În societățile contemporane este greu de imaginat o separație rigidă a puterilor.

Manifestarea principiului echilibrului între puteri se manifestă cel mai bine în regimurile parlamentare și semiprezidențiale.

Astfel, rolul Parlamentului în formarea Executivului este foarte complex. Parlamentul dispune de prerogativa de a-l alege și revoca pe Președinte¹³.

Acestei forme de intervenție îi corespunde din partea Șefului statului prerogativa de a dizolva Parlamentul sau doar una din Camerele sale (de regulă Camera inferioară)¹⁴.

¹¹ **Geneviva Vrabie**, *Renașterea teoriei separației puterilor în stat*, în Studii de Drept Românesc, nr. 3-4/1991, București, 1991, p. 134 și urm.

¹² Ca argumente în sprijinul acestei afirmații putem menționa: a) denumirea Titlului III din Constituție *Autorități publice*, ceea ce evidențiază existența mai multor autorități etatice prin care se exercită puterea în stat; b) Parlamentul este potrivit dispozițiilor art. 58 alin. 1: „*unica autoritate legiuitoare*”, acest lucru marcând faptul că nu îi revin și competențe executive sau jurisdicționale; c) „(...) Președintele exercită funcția de mediere *între puterile statului* (...)”- art. 80 alin. 2; d) analizând dispozițiile Capitolelor II, III și IV, Guvernul și Președintele au atribuții executive; e) Capitolul VI a fost consacrat *autorității judecătorești*; f) *controlul de constituționalitate* a fost atribuit unui organism distinct, Curtea Constituțională, etc.

¹³ **Art. 83 alin. 1 din Constituția Italiei**: „Președintele Republicii este ales de către Parlament în ședința comună a membrilor săi”; **art. 54 alin. 1 din Legea fundamentală a Republicii Federale a Germaniei**: „Președintele Republicii Federale este ales fără dezbateri de către Adunarea Federală”.

¹⁴ **Art. 89. alin. 1 din Constituția României**: „După consultarea președinților celor două Camere și a liderilor grupurilor parlamentare, Președintele României poate să dizolve Parlamentul, dacă acesta nu a acordat votul de încredere pentru formarea Guvernului în termen de 60 de zile de la prima solicitare și numai după respingerea a cel puțin două solicitări de învestitură”.

Art. 12 alin 1 din Constituția Franței: „Președintele Republicii poate pronunța dizolvarea Adunării Naționale, după consultarea Primului ministru și a președinților Camerelor”.

Art. 68 alin 1 din Legea fundamentală a Germaniei: „Dacă o moțiune de încredere cu privire la Cancelarul federal nu este aprobată de Bundestag printr-o majoritate a membrilor săi, Președintele Republicii federale poate, la

MODALITĂȚI DE INTERVENȚIE ALE PARLAMENTULUI ASUPRA EXECUTIVULUI

Teoriile cu privire la regimurile parlamentare atribuie dizolvării mai multe funcții, diferite și parțial conciliabile. Astfel, dizolvarea poate fi concepută ca un mijloc pe care îl are la îndemână Șeful statului de a se debarasa de o Cameră care îi este ostilă, în speranța că alegerile vor aduce o majoritate nouă, favorabilă. De asemenea, o Adunare poate fi divizată în grupuri numeroase, cu opinii totalmente ireconciliabile, ceea ce face imposibilă crearea unei majorități capabile să susțină Guvernul. O asemenea Adunare este considerată „*neguvernabilă*”, iar dizolvarea poate părea ca un mijloc de redistribuire a opțiunilor, în speranța că noile alegeri vor crea condițiile pentru formarea unei noi majorități. Pe de altă parte, putem estima că, amenințarea dizolvării este de natură să-i determine pe parlamentari să-și schimbe hotărârea de a respinge încrederea în Guvern, temându-se că nu își vor găsi locul la noile alegerile legislative.

O altă formă de participare a Parlamentului la constituirea Executivului o reprezintă desemnarea membrilor acestuia, inclusiv a Primului ministru de către Șeful statului, din rândul parlamentarilor (exemplu Marea Britanie).

Responsabilitatea politică a membrilor Guvernului și a Guvernului, în totalitatea sa reprezintă o trăsătură esențială a regimurilor parlamentare. În regimurile prezidențiale, miniștrii sunt numiți de Președinte și răspund din punct de vedere politic numai în fața acestuia (art. 83 din Constituția Federației Ruse).

În limbaj juridic, prin responsabilitate, în sens larg, înțelegem obligația de a suporta consecințele anumitor acte.

Responsabilitatea politică este cea care este angajată conform unei proceduri pur politice, adică printr-un simplu vot al unei Adunări. Responsabilitatea poate fi individuală sau colectivă (este cazul cel mai frecvent).

Responsabilitatea poate fi pusă în joc sau angajată, fie din inițiativa parlamentarilor¹⁵, fie din inițiativa proprie a Guvernului, atunci când supune un text, un proiect de lege sau o declarație, votului parlamentar.

Această tehnică este denumită în literatura de specialitate „*chestiune de încredere*” (Michel Troper), deoarece Guvernul cere Parlamentului să-și manifeste încrederea sa cu privire la un text, pe care acesta (Guvernul) îl consideră indispensabil pentru politica sa¹⁶.

Parlamentul dispune astfel de o armă, echivalentă ca eficiență, împotriva Executivului, el putând să provoace demisia Guvernului fie printr-un vot de neîncredere expres, fie prin refuzul de a vota un proiect de lege propus de Guvern.

Cât privește intervenția Parlamentului în activitatea Executivului, putem evidenția constituirea unor comisii de anchetă asupra activității unor departamente ale Executivului; întrebările și interpelările adresate membrilor Guvernului, dar și Primului ministru, dreptul la informare al

propunerea cancelarului federal, să dizolve Bundestag-ul într-un interval de 21 de zile. Dreptul de dizolvare încetează de îndată ce Bundestag-ul a ales un alt Cancelar federal printr-o majoritate a membrilor săi”.

Art. 88 alin. 1 din Constituția Italiei: „În urma consultării președinților acestora, Președintele poate dizolva ambele Camere sau numai una dintre ele”.

¹⁵ **Art. 113 alin. 1 din Constituția României:** „Camera Deputaților și Senatul, în ședință comună, pot retrage încrederea acordată Guvernului prin adoptarea unei moțiuni de cenzură, cu votul majorității deputaților și senatorilor”; **art. 49 alin. 2 din Constituția Franței:** „Adunarea Națională va putea pune în cauză responsabilitatea Guvernului prin adoptarea unei moțiuni de cenzură (...)”; **art. 95 alin. 2 din Constituția Italiei:** „Miniștrii sunt responsabili solidar pentru actele Consiliului de Miniștri și individual pentru actele departamentelor lor”.

¹⁶ **Art. 114 alin 1 din Constituția României:** „Guvernul își poate angaja răspunderea în fața Camerei Deputaților și a Senatului, în ședință comună, asupra unui program, a unei declarații de politică generală sau a unui proiect de lege.”; **art. 49 alin. 3 și 4 din Constituția Franței:** „Primul Ministru va putea, după ce va fi fost adoptată o hotărâre în acest sens în Consiliul de Miniștri, să angajeze răspunderea Guvernului în fața Adunării Naționale asupra votării unui text (...) primul ministru va avea dreptul să ceară Senatului aprobarea unei declarații de politică generală”.

Parlamentului prin solicitarea de informații sau documente de la Guvern și de la celelalte organe ale administrației publice.

MODALITĂȚI DE ACȚIUNE A PUTERII EXECUTIVE ASUPRA PARLAMENTULUI

Sistemul de “*checks and balances*” poate fi exemplificat și din punct de vedere al modalităților de acțiune a *puterii executive* asupra celei *legislative*.

Putem evidenția aici, următoarele aspecte:

- *Desemnarea unor parlamentari de către executiv*: potrivit art. 59 alin. 2 din Constituția Italiei, Președintele Republicii poate numi senatori pe viață cinci cetățeni care au servit patria prin acte sau realizări deosebite în domeniul social, științific, artistic și literar; Regina și Primul Ministru britanic au dreptul să confere titlul de lord unor personalități proeminente din lume științifică, politică, artistică; potrivit art. 18 din Constituția Irlandei, din cei 60 de membri ai senatului, 11 sunt numiți de șeful Guvernului, care astfel își asigură o susținere majoritară în acest corp legiuitor;

- *Inițiativa legilor poate fi conferită deopotrivă Parlamentului, dar și puterii executive*: potrivit art. 74 alin. 1 din Constituția României inițiativa legislativă aparține, după caz, Guvernului, deputaților, senatorilor sau unui număr de cel puțin 100 000 de cetățeni cu drept de vot; art. 71 din Constituția Italiei stipulează că inițiativa legislativă este de competența Guvernului, a fiecărui membru al Camerelor și organelor și instituțiilor care sunt investite cu acest drept de către legea constituțională. Poporul exercită dreptul de inițiativă a legilor prin propunerea unui proiect redactat pe articole, prezentat de cel puțin 50 000 de alegători.; potrivit art. 39 alin. 1 din Constituția Franței inițiativa aparține Primului Ministru și membrilor Parlamentului; art. 87 alin. 1 din Constituția Spaniei stabilește competențe, în domeniul legislativ, Guvernului și Congresului Deputaților și Senatului.

- *Participarea la dezbaterile parlamentare a membrilor Guvernului*;

- *Adresarea de mesaje Națiunii prin intermediul Parlamentului*: art. 88 din Constituția României precizează că Președintele adresează Parlamentului mesaje cu privire la principalele probleme politice ale națiunii; în sistemul constituțional britanic, monarhul pronunță în Camera Lorzilor, la începutul sesiunii anuale a Parlamentului, un „*Discurs asupra Tronului*”; art. 87 alin. 2 din Constituția Italiei precizează că Președintele poate să adreseze mesaje Camerelor; art. 18 alin. 1 din Constituția Franței stipulează că Președintele Republicii comunică prin mesaje, cu cele două Camere ale Parlamentului, care sunt citite și care nu sunt urmate de dezbateri; în S.U.A., din când în când, Președintele va informa Congresul asupra Stării Uniunii și îi va recomanda spre a fi avute în vedere măsurile pe care el le consideră a fi necesare și oportune;

- *Delegarea legislativă* – tendința Parlamentelor de a delega puterea legislativă celei executive are caracter aproape general, deși există și opinii contrare utilizării acestui procedeu¹⁷.

Împuternicirea executivului cu atributul de a „legifera” a fost determinată de necesitatea adoptării rapide a unor măsuri legislative pentru rezolvarea unor probleme acute.

Trebuie să menționăm faptul ca această delegare se face în condițiile stabilite chiar de Parlament printr-o lege de abilitare¹⁸.

¹⁷ În doctrină, delegarea legislativă a fost privită ca o „*deformare*” a principiului separației puterilor.

¹⁸ **Art. 115 alin. 1 și 2 din Constituția României** stabilește: „Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice. Legea de abilitare va stabili, în mod obligatoriu, domeniul și data până la care se pot emite ordonanțe. **Art. 82 din Constituția Spaniei** stabilește că Parlamentul poate abilita Guvernul să emită norme cu rang de lege, în materii care nu sunt incluse în art. 81. **Art. 38 alin. 1 din Constituția Franței** evidențiază că pentru îndeplinirea programului său, Guvernul poate să ceară Parlamentului autorizarea de a adopta pe calea unor ordonanțe, măsuri care în mod normal sunt de domeniul legii, pe un termen limitat. **Art. 76 din Constituția Italiei** stipulează că exercitarea funcției legislative nu poate fi delegată Guvernului, decât dacă sunt determinate principiile și criteriile directoare, și numai pentru o perioadă limitată și pentru anumite domenii definite.

Într-o decizie a sa, Curtea Constituțională a definit delegarea legislativă ca fiind o procedură excepțională de substituie a Guvernului în prerogativele legislative ale Parlamentului, astfel încât, prin ordonanță, Guvernul să reglementeze primar, să modifice sau să abroge o reglementare existentă¹⁹.

Calitatea Parlamentului de „unică autoritate legiuitoare” nu este suficientă pentru ca aceasta să dețină monopolul legislativ. Structura, compoziția, caracterul pluralist, ritmul de lucru periodic și greoi al Parlamentului, confruntate cu exigențele de rapiditate și promptitudine ale conducerii statale au impus acest procedeu al delegării legislative.

Prin delegare, Guvernul primește competențe care aparent sunt egale cu puterea legislativă parlamentară, dar nu devine egalul Parlamentului, nu se substituie acestuia, lui lipsindu-i calitatea de a reprezenta Națiunea.

COLABORAREA EXECUTIVULUI ȘI A LEGISLATIVULUI CU PUTEREA JUDECĂTOREASCĂ

Nu putem vorbi de echilibru între puteri, fără a aduce în ecuația principiului separației puterilor și *puterea judecătorească*, și raporturile acesteia cu celelalte două puteri. Pentru realizarea țelurilor statului de drept deosebit de importantă este existența unei justiții independente. Activitatea jurisdicțională are ca unică preocupare: înfăptuirea legalității. Potrivit principiului independenței justiției, instanțele sunt ținute să soluționeze litigiile, întemeindu-se exclusiv pe normele juridice în vigoare, fără ca instanțele superioare sau puterea legislativă ori cea executivă să le poată influența.

Caracterul independent al justiției presupune și o specializare a jurisdicțiilor (art. 126 alin. 5 din Constituția României precizează că pot fi înființate instanțe specializate în anumite materii, cu posibilitatea participării, după caz, a unor persoane din afara magistraturii).

O garanție a independenței și a imparțialității justiției o reprezintă inamovibilitatea judecătorilor, incompatibilitatea funcției de judecător cu orice funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior, interdicția ca judecătorii să facă parte din partidele politice, subordonarea judecătorilor numai legii.

Intervenția puterii executive o întâlnim în numirea judecătorilor de către Președintele României, la propunerea Consiliului Superior al Magistraturii, în posibilitatea Președintelui României de a participa la lucrările Consiliului, pe care le și prezidează, atunci când participă (art. 133 alin. 6 din Constituție).

În procesul dezvoltării constituționale pe baza principiului separației puterilor, independența justiției se dovedește a fi un factor stabilizator deosebit de important, mai ales atunci când, în practică, echilibrul dintre puterea legislativă și cea executivă se clatină, balanța înclinând în favoarea fie a uneia, fie a celeilalte.

Prin cele expuse mai sus am exemplificat o parte din mijloacele posibile de interferență și colaborare între puteri, fără a ne aroga deplinăitatea expunerii acestora.

3. Concluzii

Deși legea fundamentală nu a prevăzut expres încă de la început principiul separației puterilor în stat, legiuitorul constituant a organizat autoritățile publice potrivit exigențelor acestuia. Regimul separației puterilor presupune cooperarea autorităților publice, dar exclude subordonarea față de o anumită autoritate de stat a tuturor celorlalte, chiar dacă aceasta autoritate ar fi reprezentanta națională.

¹⁹ Este vorba de **Decizia nr. 340/1997** pe care o menționează **Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, Ordonanța guvernamentală. Doctrină și jurisprudență**, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 7.

Niciodată și nicăieri cele trei puteri nu au fost complet separate, între ele existând diverse forme de colaborare și control care s-au accentuat în timp, devenind dominante la ora actuală în organizarea și funcționarea autorităților publice.

Teoria și practica separației puterilor în prezent se îndepărtează de forma inițială a principiului și capătă forme noi de transpunere. Aceasta nu înseamnă că Guvernantul nu ar mai vedea în acest principiu antidotul tiraniei. Dimpotrivă, statul de drept, din această perspectivă, este indisolubil legat de separația puterilor.

Separația și echilibrul puterilor nu este numai un principiu constituțional, dar și un principiu politic, de artă a guvernării.

Principiul separației și al echilibrului este fundamental pentru înfăptuirea statului de drept, dar și a democrației constituționale care, privită în ansamblul ei, cuprinde și confruntarea politică dintre diferitele concepții și curente de idei din societate. Acest principiu rămâne exigența fundamentală a oricărui regim politic ce dorește a se recomanda democratic.

Considerăm că între cele trei puteri ale statului trebuie să existe o relație de simbioza însă, să fie o relație supravegheată, astfel încât niciuna dintre puteri să nu își însușească atribuții ce depășesc competențele acesteia și nici ca veridicitatea și eficacitatea celorlalte puteri să fie periclitata sau afectată.

Referințe bibliografice:

- Apostol, Tofan Dana – Drept administrativ(curs pentru uzul studentilor), Bucuresti, Ed. C.H.Beck, 2008
- Aristotel, *Politica*, Cartea a VI-a, Cap. XI, Ed. Antet, București, 1999
- Charles Debbasch, Jacques Bourdon, Jean-Marie Pontier, Jean-Claude Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, Economica, Paris, 2001
- Constituția Franței
- Constituția Italiei
- Constituțiile României din 1991 și 2003
- Declarația Drepturilor locuitorilor Republicii Massachussets
- Genoveva Vrabie, *Renașterea teoriei separației puterilor în stat*, în Studii de Drept Românesc, nr. 3-4/1991, București, 1991
- Gordon Marshall, *Oxford- Dicționar de Sociologie*, Ed. Univers, București 2003
- Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, Drept constituțional și instituții politice, București, Ed. C.H. Beck, 2009, ediția 13, vol. II
- Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, *Ordonanța guvernamentală. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Lumina Lex, București, 2000
- Iorgovan Antonie –Tratat de drept administrativ, Bucuresti, Ed. All Beck, 2005
- John Locke, *Al doilea tratat despre cărmuire. Scrisoare despre toleranță*, Ed. Nemira, București, 1999
- Legea fundamentală a Germaniei
- Montesquieu, *Despre spiritul legilor*, Vol. I, Ed. Științifică, București, 1964

HARMFUL TAX COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION – NAMESLY THE GREATEST CHALLENGE OF THE TAX

Katalin KOSSUTH¹

Abstract

This study is an examination of the analysis and critique found in corridos that would like to seek to show the most relevant parts, effects and problems of the harmful tax competition. About the timeliness of this topic there is no doubt, because in the last two decades the rivalry for the foreign capital got to be a general phenomenon in the areas of the European and international economies.

I would like to analyse the states' despairing rampage for the attraction of the capital on the unequal field of tax competition. This study wishes to pay attention to the relationship of tax competition and the tax harmonization with their arguments and counterarguments. Between the parts of the tax competition the prime goal of search was to discover the main aspects and instruments of the transfer of the registered office which is nothing for it but the modern board game of the establishments and enterprises, in which the only losers can be the states. The development of the transfer of the registered office is diverging in two routes; one is the courts' judgements, the other is the declared communal legislation. The only great question is: what to do?

Keywords: tax harmonization, tax competition, transfer of registered office

“Ezen a világon semmiről sem mondhatjuk,
hogy biztos, kivéve a halált és az adót.”
(Benjamin Franklin)

1. Bevezetés

Tanulmányom címéhez híven a káros adóverseny értelmezésére, jelentőségére, jellemzőire és problémakörére kívánom helyezni a hangsúlyt.

A téma aktualitásához nem fér kétség, hisz az utóbbi két évtizedben általános jelenséggé vált az európai és világ gazdaság jelentős térségei között a külföldi tőkéért folyó versengés. A rivalizálás széles eszközkészletének egyik leginkább alkalmazott instrumentuma a társasági adózási terhek csökkentése, hiszen az európai és a nemzetközi tőkebefektetéseket jelentős mértékben ösztönzik az adózási könnyebbségek. A működőtőkéért nem csak az egyes EU-tagállamok, hanem a világ gazdaság makrorégiói között is ádáz küzdelem folyik, így jogi szabályozásuknak különös relevanciája van.

Szeretném górcső alá venni a gyökerektől a nemzetközi jogi felületig az államok kétségbeesett ámokfutását a tőke vonzásáért az adóverseny egyenlőtlen terepén.

Fontos kérdéskörként kívánom kezelni a tanulmány egésze alatt az adóverseny és az adóharmonizáció kapcsolatát, érveket és ellenérveket szeretnék felsorakoztatni mindkét jelenség mellett és ellen, valamint az adóverseny és az adóharmonizáció kölcsönhatásait, egymást segítő és gátló hatásait kívánom elemezni.

A székhelyáthelyezés gyakran a cégek és vállalkozások olyan társasjátéka, ahol a vesztesek szerepe a tagállamoknak jut. A székhelyáthelyezés fejlődése két elágazó útvonalon halad; az egyik a Bíróság ítéleteinek útja, a másik a deklarált közösségi jogalkotás. A székhelyáthelyezés során sok

¹ Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary; (katalin.kossuth@yahoo.com). This study has been elaborated under the coordination of Dr. Éva ERDŐS.

jogi személy letelepedési szabadsága sérül, azonban sok esetben a székhelyáthelyezés nem más, mint a vállalatok társasjátéka, ahol a vesztes szerepében a tagállamok állnak. A nagy kérdés: „hogyan tovább?”

Az előbbieken nagyvonalakban vázoltak igen komoly szakmai viták gyújtópontjai, így relevánsnak tartom, hogy ez a téma egyre szélesebb figyelmet érdemeljen.

2. Káros adóverseny az Európai Unióban

2.1. Adó és az adóharmonizáció

Az általánosan elfogadott definíció szerint az adó a különböző gazdasági szereplőknek olyan visszatérő, ismétlődő fizetési kötelezettsége, mely a közkiadások fedezésére szolgál. Az jellemzi, hogy a közhatalom egyoldalú akaratával keletkezik, közvetlen ellenszolgáltatással nem jár, és nem teljesítés esetén kikényszeríthető.

Az adózás mindenkit érdeklő és érintő kérdés, az adópolitika az államok számára a nemzeti szuverenitás alapvető eleme, a nemzeti gazdaságpolitika egyik fő eszköze és az államháztartási bevételek fő meghatározója.

Az adópolitika és az adórendszer előtt két hatalmas feladat áll, méghozzá az, hogy egy időben ezt a két egymásnak ellentmondó célt megvalósítsák.

Még mielőtt bármilyen vizsgálatba és értekezésbe kezdenénk, fontosnak tartom nyomtatékosítani, hogy az Európai Unió adóharmonizációs tevékenységét és a káros adóverseny elemzését vizsgálva elsődlegesen azt kell kiemelnünk, hogy olyan, mint „európai adó”/ „európai uniós adó” önálló kategóriaként nem létezik. A Közösség bevételének bizonyos arányát azonban adóból származó jövedelmek adják, melyek egyrészt a tagországok helyi adórendszerei által beszedett forgalmi adók meghatározott hányada tesz ki, másrészt pedig vámbevételek, valamint mezőgazdasági kivetések.

Az Európai Unió így nem rendelkezik azzal a jogosultsággal – és feltehetőleg a közel jövőben sem fog -, hogy adót vagy egyéb fizetési kötelezettséget állapítson meg. Nem tekinthető európai szupranacionális adónak az Európai Szén- és Acélközösség (ESZAK) alapító szerződésének 50. cikkében a tagállamok számára kötelezően előírt 1 százalékos hozzájárulás, mint ahogy a közösségi bevételeket biztosító úgynevezett saját források rendszere sem.

Az adóharmonizáció minden pozitív hatása ellenére, mégis igen érzékeny terület, mivel az adóztatási felségjog az egyes államok pénzügyi szuverenitásának alapvető eszköze, melyet az unió államai magától értetődően nem szívesen engednek ki a kezükből.

2.2. Káros adóverseny fogalma, értelmezése és jelentősége

Az „adóverseny” kifejezés és fogalom – ugyan világviszonylatban közhasználatúvá vált – közel sem pontos és teljes körű terminológia a mögötte meghúzódó jelenség leírására. A valós gazdasági verseny tipikus jellemzői:

- a nyereségorientált hatékonyság,
- cél-eszköz racionalitás,
- önszabályozó, áralakító piac,
- helyettesíthető verseny tárgyak stb.,

ugyanis a nemzeti jogrendszerek viszonylatában nem vagy csak szűk körben értelmezhetők. Különböző szemszögekből vizsgálódhatunk; az államok nézőpontjából az adóztatási verseny lényege abban áll, hogy egyes országok – adóztatási szuverenitásukkal élve – a többi államhoz képest kedvezőbb adószabályok kialakításával kívánják magukhoz vonzani a befektetőket annak érdekében, hogy minél jelentősebb adóbázisra tegyenek szert.

A feszültség gyökere, hogy míg az adóztatási rendszerek továbbra is nemzeti kompetenciába tartoznak, addig hatásaiknak immáron nemzetközi vetülete is releváns. A szuverén adópolitikák pénzügyi externáliákat okoznak, melyek hatóköre nem ér véget az országhatároknál.

Igy nem meglepő, hogy a multinacionális vállalatoknak a befektetési hely kiválasztására irányuló döntéseiben - a szakirodalomban egységes vélemény szerint - a legrelevánsabb tényező a fogadó ország gazdaságának általános állapota és fejlettségre való hajlandósága, képessége. Ilyen tényezők, melyek természetesen a befektetés típusától függően eltérő súllyal bírnak:

- a politikai és gazdasági stabilitás,
- az infrastrukturális ellátottság,
- a humántőke jellemzői (termelékenysége, szakképzettsége, relatív költsége),
- a piac nagysága,
- a jövedelmi szint,
- a gazdaságpolitikai, szabályozási környezet,
- az intézményi háttér jellemzői stb.

Az utóbbi időszakban egyre jelentősebb mértékeket öltenek az európai vállalatok termelési központjainak áthelyezései. A folyamatot ösztönző tényezők leginkább a tranzakcióban érintett országok gazdaságai közti egyenlőtlenségekből adódnak. Az Európai Bizottság problémaelemzése szerint a vállalatáthelyezések főbb motíváló tényezői az alábbiak lehetnek:

- olcsóbb beszállítási lehetőségek megszerzése,
- adóelőnyök kiaknázása,
- (nagy növekedési potenciállal bíró) új piacokra való bejutás lehetősége,
- technológia alkalmazása,
- alacsonyabb munkaerőköltségek kihasználása.

Az adóverseny kérdésével foglalkozni tehát semmiféleképpen sem irreleváns.

Az adóverseny viszonylatában az adóharmonizáció két szempontból meghatározó:

1. Egyrészt a direkt adókra vonatkozóan a közösségi harmonizáció szűk körű és gyenge, mivel jelenleg sem az adóalapokra, sem az adómértékekre nem tartalmaz előírást. A nemzeti adórendszerek szabadsága „egészségtelenül” nagy, szabályozásuk során csak arra kell ügyelni, hogy ne diszkrimináljanak vagy ne tartalmazzanak a versenyszabadság korlátozását eredményező rendelkezést, illetve vegyék figyelembe – a szigorúságukat tekintve sokkal erősebb – állami támogatásokra vonatkozó uniós előírásokat. Az adószuverenitás gyakorlása során ezen túlmenően a tagállamoknak tiszteletben kell tartani a közösségi lojalitás elvét.

2. Másrészt az adóverseny megfékezésére is megfelelő eszközként szolgálhatna az adóharmonizáció, ha sikerülne az ellentétes érdekek mezsgyéjén erre irányuló közösségi szabályokat alkotni és betartatni.

2.3. Az adóztatási verseny kialakulása és felerősödése az Európai Unióban

A második világháborút követő években és az akkori környezet igényeinek és gazdasági fejlettségének megfelelően alakultak ki az államok ma is létező direkt adóztatási rendszerei. A politikai szembenállás, a hadigazdálkodás finanszírozási terhei, az aranystandard rendszer felbomlása, a fokozódó egyensúlyi problémák - melyek a világháborúk és a 1920-as évek gazdasági válságának hozadékai voltak - következményeként erre az időszakra a protekcionista gazdaságpolitika, a nemzetgazdaságok elszigetelődése volt a jellemző, ez az állapot az 1950-60-as évekig fennmaradt. A vállalatok jellemzően még székhelyük országában tevékenykedtek, oda fektették be tőkéjüket, a magánszemélyek is saját országukban szereztek jövedelmüket, a székhely állam elvének alkalmazása az adóztatásban nem jelentett problémát, és nem okozott konfliktust más országok adóhatóságaival.

Az aranydeviza rendszer kialakulásával egyidejűleg új világgazdasági folyamatok váltak jellemzővé. A folyó fizetésekre vonatkozó liberalizáció újból megnyitotta az árupiacokat, a

tőkeforgalom tekintetében azonban az állami ellenőrzés még fennmaradt. Az országok közötti kereskedelem és pénzforgalom liberalizálása, a kereskedelempolitikák összehangolása (GATT, majd WTO) a gazdasági kapcsolatok nemzetközivé válását eredményezte.

A dollárdeviza-rendszer működtetésében még meghatározó szerepük volt a kormányzatoknak és a nemzetközi szervezeteknek, a rendszer összeomlásával azonban a szabályozó hatóságok háttérbe szorultak, és a piaci erők szerepe tovább erősödött. Az országok közti tőkeáramlás akadályai fokozatosan lebomlottak, és a tőkepiacok is nemzetközivé váltak. Az országhatárokat átszelő áru- és szolgáltatásforgalom, valamint a tőkeműveletek ugrásszerű növekedése, a technikai fejlődés és az új technológiák gyors terjedése felerősítette a nemzetgazdaságok kölcsönös függését.

A globalizáció térhódításával földrajzilag mobilabbá válik a tőkepiac, ami az adóalapok mozgékonyágát is magával hozza. Ez lehetőséget ad egyes országok számára, hogy adópolitikájukkal másoknál kedvezőbb adózási környezetet teremtsenek a tőkék vonzására. A beruházási és pénzügyi döntésekben egyre nagyobb szerepet játszanak az egyes országok adózásbeli különbségei, különösen a beruházási helyek megválasztásakor válnak fontossá az adózási megfontolások. E folyamatok eredményeként kialakul egy speciális piac, az államok piaca, amit „a szuverenitás piacának” is nevezhetünk. Az államoknak a befektetőkért, a munkahelyekért, az adófizetőkért folyó harca új alapokra helyeződik. Az államok piaca létrejöttének politikai alapját az emberi jogok elsődlegességének elve adja, amely szerint az állampolgárok jogai fontosabbak, mint az állam önrendelkezése, szuverenitása. Az euroatlanti közösség is ilyen rend kiépítésére törekszik, ahol a természetes és jogi személyek szabadsága előbbre való a nemzetállamok korlátlan szuverenitásánál. Az 1980-as években az adóverseny jelentősége a Közösségen belül erőteljesen megnövekedett, amikor – elsősorban a külföldi tőke vonzása, a befektetések preferálása érdekében – néhány kisebb tagállam lényeges adóteher-mérsékléssel lépett elő. Az adózásbeli ösztönzők ilyen alkalmazásában Írország járt az élen.

A külföldi tőke preferálása természetesen nem jogszabályi szintű megkülönböztetésben nyilvánult meg, hanem azon keresztül valósult meg, hogy a feldolgozó exporthoz kapcsolódó kedvezmények feltételeit jellemzően a tőkeerős külföldi vállalatok tudták teljesíteni.

Az adóalapok mobilitása valószínűleg tovább nő, amit az Internet kereskedelmi-pénzügyi innovációi még jobban felerősíthetnek. Az államok piacán a teljesítmény mérésének hagyományos politikai szempontjai (mint pl. az igazságosság) mellett hangsúlyosan megjelenik a hatékonyság követelménye is.

2.4. Érvek és ellenérvek a káros adóverseny mellett és ellen

A globalizációnak az adórendszerekre gyakorolt összehatásában pozitív és negatív elemek is megjelennek. Az adószedő államok egyrésztől nem nézik jó szemmel, hogy a korábbinál szabadabb tőkemozgás új lehetőséget kínál a fizetendő adó minimalizálására és az adóelkerülésre.

Az adóverseny ugyanakkor arra ösztönzi az országokat, hogy a tőke megnyerése céljából saját maguk csökkentse a mobil termelési tényezők adóit. Ez a törekvés újabb adóbázisokat hozhat a tőkét „elcsábító” országnak, és a nemzeti adóalapok eróziójához vezethet a „cserbenhagyott” államban, veszélyeztetve annak adóbevételeit. Az egyes országok közfeladatainak ellátása továbbra is a kormányok feladata, alapvető érdekük a finanszírozási forrásul szolgáló adóalap védelme.

A káros adóverseny elleni nemzetközi fellépésben vezető szerepet tölt be az OECD, amely kiemelt projekt keretében foglalkozik a témával. Az OECD 1998-as jelentése szerint az adóverseny akkor lehet potenciálisan kárt okozó, ha eltorzítja a pénzügyi és a beruházási folyamatokat. Ezáltal aláássa az adószervezetek igazságosságát, rontja az adófizetési morált, megváltoztatja az adók és közkiadások kívánatos szintjét és strukturáját, az adóterhek egy részét az olyan adóalapok irányába tolja el, mint a munkaerő, az immobilis vagyont és a fogyasztás, ami megnöveli az adóhivatalok és az adófizetők adminisztratív költségeit és a behajtással kapcsolatos terheket.

A probléma az Európai Unióban is napirendre került. Itt feltétlenül szükségét érzem, hogy szót ejtsünk a Ruding bizottságról. A tagországok adórendszereinek különbözőségéből fakadó adóverseny első közösségi szintű empirikus elemzését a Ruding bizottság végezte el, majd az unió tanácsa 1997 végén egy Magatartási Kódexet fogadott el az üzleti adózásról (Code of Conduct for Business Taxation). Ennek értelmében a tagországok vállalhatják (a kódex előírásai nem kötelező jellegűek), hogy jövőbeli adószabályozásukban egyrészt tartózkodnak a káros adóverseny kialakulását lehetővé tevő megoldásoktól, másrészt visszavonják azokat a korábbi szabályaikat, amelyek a vállalkozások telepítését befolyásoló, egymással konkuráló kedvezményeket adnak az unióban.

Az EU kódex és az említett OECD irányelvek fő megállapításaikban megegyeznek, az alapvető eltérés köztük abban van, hogy míg a kódex hatóköre az üzleti – különösen a mobil – tevékenységre terjed ki, addig az OECD irányelvek általános elvei szélesebb kört fednek le, konkrét ajánlásai pedig kifejezetten a pénzügyi és egyéb szolgáltatások adózására irányulnak. Ezen kívül az OECD jellemzően az adóparadicsomi adómértékeket tekinti károsnak, az Európai Unióban viszont csak a vizsgált országban alkalmazott átlagos adómértékhez viszonyítva állapítható meg az adóztatás alacsony és egyben káros szintje. Kérdés, hogy hol a határ a káros és a nem káros adóverseny között, lehetséges egyáltalán általános érvénnyel megkülönböztetni ezeket a fogalmakat. Meddig nem káros, illetve honnan kezdődően minősül káros adóversenyt lehetővé tevőnek egy adószabály? Egyes nézetek szerint nincs ok arra, hogy a káros adóversenyt a nem káróstól megkülönböztessük, ha a nem káros adóversennyel összefüggésben is megállapítható, hogy torzítja a szabad versenyt. Végletesen szemlélve, a piaczgazdaság körülményei között maga az adóztatás ténye is a „normálistól eltérő” viszonyokat eredményez. A közösségi joggyakorlat (EK bírósági döntések) alapján az olyan egyenes adóra vonatkozó jogi előírás tekinthető károsnak, amely tartósan és szisztematikusan sérti a fiskális semlegességet, ha tehát nem felel meg „az adórendszer természetének vagy belső szerkezetének.” Ennek alapján azt kell vizsgálni, hogy a konkrét adójog előírásai szervesen illeszkednek-e az azt körülvevő adórendszerbe.

Az adóverseny megállításának egyik módja a nemzeti adórendszerek megfelelő harmonizációja lehet, ez viszont sok esetben különösen a közvetlen adó terén politikai ellenállásba ütközik.

Az adóztatás terén folyó versengés a jogforrások gyakori változásával jár, országonként különböző és sokszor egymásnak ellentmondó adószabályokat eredményez, ami érezhető többletterhet jelent az üzleti világ számára. A jogi környezet sokfélesége, nehéz összeegyeztethetősége és folyamatos változása az adókikerülések melegágya. Többletköltséget jelent az adózó és az adóhatóság oldalán is a megnövekvő adminisztráció és a fokozódó ellenőrzés. Emellett a szabályozási rendszer összetettsége, inkonzisztenciája és változékonysága miatt a gazdasági környezet nehezen kiszámíthatóvá válik, romlik a gazdálkodás tervezhetősége. Az adóztatási verseny az államok adórendszereire is hatást gyakorol. Az adóteher a mobil termelési tényezőkről az immobil, illetve kevésbé mobil adóalapokra helyeződik át, az adószervezet torzul. A munkaerő (bár manapság egyre mobilabb tényező, mozgása egyelőre kevésbé adóérzékeny) és a fogyasztás, vagyis a helyi polgárok adóterhelése nő meg.

A munkaerő drágulása rontja annak versenyképességét. Teljesítményösztönzési problémákat is felvet, ha a munkajövedelmek részaránya a tőkejövedelmekhez képest nő, miközben adóterhelésük fordítottan alakul. Az adóverseny hosszabb távon nemcsak az adóstruktúrákat, hanem az adóztatás szintjét is befolyásolhatja.

2.5. Adóverseny és a székhelyáthelyezés – és az ehhez kapcsolódó európai bírósági gyakorlat

A székhelyáthelyezéssel és a határokon átnyúló egyesülések és a velük járó problémakör egyre gyakrabban nehézségeket okoz az Európai Unióban és nemzetközi szinten. Legfőbb kiváltó

oka természetesen az adóverseny, melynek mozgatórugója a legkedvezőbb adózási helyszín kiválasztásának igénye és a szigorúbb adózási környezet az ellenőrzött külföldi társaságok kapcsán 2010-től, melyet a meglévő holding rendszerek átalakítása motivált.

A gazdasági tevékenység folytatásának különböző módjai vannak. Beszélhetünk elsődleges letelepedésről, mely megvalósulhat úgy, hogy a gazdasági tevékenység teljes áthelyezésére és a döntéshozatali fórum és kontroll (székhely) teljes áthelyezésére kerül sor. Másodlagos letelepedésnek nevezzük, hogy bizonyos gazdasági tevékenység, mint például leányvállalat, fióktelep, kereskedelmi képviselőt külföldön való folytatását, valamint egy alárendelt döntéshozatali fórum kialakítását.

A Római Szerződés két cikke is egyértelműen nyilatkozik a letelepedés szabályairól és elvárásairól:

• 43. cikk: *„A szabad letelepedés magában foglalja a jogot gazdasági tevékenység önálló vállalkozóként történő megkezdésére és folytatására, vállalkozások, így különösen a 48. cikk bekezdése szerinti társaságok alapítására és irányítására, a letelepedés országának joga által a saját állampolgáira előírt feltételek szerint, figyelemmel a tőkére vonatkozó fejezet rendelkezéseire is.”*

• 48. cikk: *„Valamely tagállam jogszabályai alapján létrehozott olyan társaság, amelynek létesítő okirat szerinti székhelye, központi ügyvezetése vagy üzleti tevékenységének fő helye a Közösség területén van, e fejezet alkalmazása szempontjából ugyanolyan elbánásban részesül, mint azok a természetes személyek, akik a tagállamok állampolgárai.”*

A Szerződés 48. cikkelyének szövegéből egyértelműen levezethető a gazdasági társaságok azon joga, hogy egy másik tagállamban társaságokat, fióktelepeket vagy ügynökségeket hozzanak létre, és, hogy minden ilyen esetben a belföldi természetes személyekkel essenek egy tekintet alá. Ezt szokás másodlagos letelepedésnek hívni.

A Római szerződés mellett egyéb közösségi és hazai joganyag is létezik a problémacsoport kezelésére:

a székhelyáthelyezés szabályozása által felmerült tárgyalási pont, mely kategóriába tartozik a 2157/2001/EK rendelet az európai részvénytársaság státútumáról, valamint a 2004. évi XLV. törvény az európai részvénytársaságról. A székhelyáthelyezések szabályozási állapotáról bizottsági hatástanulmány készül minden évben a határokon átnyúló székhelyáthelyezésről szóló irányelv mentén.

2.6. Székhelyáthelyezés értelmezése, jelentősége

Az Európai Bíróság a korábban felvázolt okok következtében a joggyakorlatában eltérő képet mutat. A következőkben néhány rendkívül fontos jogesettel példát kívánok szolgáltatni a székhelyáthelyezés szabályozásának témakörében.

A székhelyáthelyezés nem más, mint a gazdasági identitás-elvének érvényesülése, ez azt jelenti, hogy az áttelepülés miatt nem kell megszüntetni a korábbi társaságot, és létrehozni az új székhely szerinti tagállam joga alapján egy új társaságot, így a vállalkozás működésében nem eredményez változást, a tulajdonosok és azok jogai változatlanok maradnak (kivéve az SE esetén, mert ez esetben nem teljesen, de ez később részletezésre kerül). A témában a probléma fő gyújtópontja a tényleges székhely és a bejegyzés elvének, mint egy adott ország jogrendjéhez kapcsolódó elvének összeegyeztethetősége. A székhelyáthelyezés évtizedek óta az európai társasági és adójog vitatott pontja.

A székhelyáthelyezés problémakörének fontosságához nem fér kétség, ugyanis fiskális szempontból rendkívüli fontosságú a tagállamok számára. Abból, hogy gazdasági társaságok működnek egy adott állam területén jelentős bevételek származnak mind központi, mint helyi szinten. Ha vállalkozásoknak lehetőségük van arra, hogy elhagyjanak egy államot, és olyan helyre költözzenek, ahol az adó- és társasági jogi környezet kedvezőbb, az veszélyezteti az állami bevételek fenntartását. Mindez az illetőség fogalmához szorosan kapcsolódik.

Az Európai Bíróság jogfejlesztő gyakorlata nagymértékben hozzájárult a letelepedési szabadság tartalmának, határainak megvonásához. A székhelyáthelyezés szabadsága nem kizárólag a Tanács 2157/2001/EK rendeletében öltött testet és nem csupán az európai részvénytársaság (Societas Europaea, SE) statútumáról által meghatározott jogot takarja. A jogszabályok és a Bíróság ítéletei egymással kölcsönhatásban léteznek kijelölve azt a nyomvonalat, melyen az európai társaságok mozoghatnak.

A székhely elve alapján a társaság székhelye szerinti jog irányadó a társaságot érintő alapvető kérdésekre. Mivel más lehet az alapszabály szerinti székhely és az igazgatási székhely, a társaság székhelye alatt azt a tényleges székhelyet kell érteni, ahol a vállalkozás működésének centruma található (real seat theory).

Az inkorporáció elve a káros adóverseny egyik melegágya, ugyanis az előbbi elvvel ellentétben azt mondja ki, hogy a társaság személyes joga annak az államnak a joga, amelynek területén nyilvántartásba vették. Az inkorporációs elvet követi például az Egyesült Királyság. Egy cég tehát valamelyik országban bejegyzésre kerül, és innentől kezdve ez a jog vonatkozik rá, függetlenül attól, hogy a társaság székhelye éppen hol van. A társaság székhelyét szabadon teheti át jogi személyiségének megtartása mellett. Azok az államok, amelyek az inkorporációs elvet fogadják el, egyúttal elfogadják azt is, hogy a területükön működő vállalkozásokra más-más jog irányadó.

A két elv közötti szakadék az, amely eltorzítja az európai adójogban oly szükséges egyensúlyt és, amely kizárta a jogi személyek kölcsönös elismerését, és a társaságok korlátozásoktól mentes mozgását az Unión belül. A közösségi rendeletalkotás és az Európai Bíróság előrehaladt a társaságok szabad mozgásának eléréséhez, de mindkét út más eredményt produkált, így a székhelyáthelyezés által erősített káros adóverseny szempontjából különösen fontos, hogy az Európai Bíróság vonatkozó esetjogát, valamint az uniós jogalkotás termékeit együttesen lássuk és vizsgáljuk.

2.6. Európai Bíróság joggyakorlata – esetjogi analízis

(1) Daily Mail (C-81/87)

A tagállamok annak érdekében, hogy a vállalkozások elvándorlását megelőzzék, illetve, hogy az ebből eredő következményeket csökkentsék, olyan eszközökhöz nyúltak, melyek lényegében a társaságok szabad mozgásának akadályát képezik. Ezt tették oly módon indokoltan, hogy adózatással kapcsolatos jogukat és szuverenitásukat őrizték. Néhány tagállamban a székhelyáthelyezést felszámolásnak tekintik, és annak adójogi konzekvenciáival kell számolni az államot elhagyó vállalkozásnak. Más országokban ugyanilyen hatással bíró adót kell fizetni, melyet a külföldi szakirodalom exit tax-nek nevez.

A Daily Mail eset egy tipikus emigrációs eset. A közösségi szabályozás jelenlegi (1988) állapota alapján az EK Szerződés 43. és 48. (korábbi 52. és 58.) cikke nem jelent olyan jogot, amely alapján az egyik tagállamban bejegyzett és ott székhellyel rendelkező társaság áthelyezhetné a központi irányítását és felügyeletét egy másik tagállamba. Az Egyesült Királyságba bejegyzett társaságnak meg kellett fizetni az adót, mielőtt áthelyezhette volna központját Hollandiába. Ebben az ügyben a Bíróság arra hivatkozott, hogy a társaságnak annak az államnak a jogszabályainak kell megfelelni, ahol bejegyezték, és ez határozhatja meg az áthelyezés feltételeit. Magát az adójogi probléma elemzését a Bíróság mellőzte.

A Bíróság ezen ügy alapján és több esetben görcső alá vette azt a kérdést, hogy kiszabható-e ilyenfajta adó, amikor egy természetes vagy jogi személy elköltözése nélkül mentesülne adófizetőségi kötelezettsége alól. A Hughes de Lasteyrie du Saillant esetben egy francia állampolgárnak külföldre költözésekor, vagyis illetősége megváltozásakor a még be nem folyt és rendelkezésre nem álló tőkenyeresége után kellett adót fizetnie. Azoknak a francia állampolgároknak, akik otthon maradtak, csak a realizált tőkenyereség után kellett adót fizetni.

(2) Überseering (C-208/00)

Az Überseering eset a székhely és a bejegyzés kapcsoló elvét követő tagállamok összeütközését példázza. Imigrációs jogesetről beszélhetünk, az Európai Bíróság erősen elhatárolta a Daily Mail ügytől. Az Überseering cég Hollandiában volt bejegyezve és megbízta a Nordic Construction Company Baumanagement GmbH-t, hogy végezzen számára bizonyos építési munkákat Düsseldorfban.

A megbízott cég a munkát hiányosan teljesítette, és az Überseering, német bírósághoz fordult. Az ellenérdekű fél érvelése azon alapult, hogy az Überseering a tevékenységét Németországban fejtette ki és, hogy tulajdonosai is német állampolgárok voltak, következésképpen a tényleges székhelye is Németországban volt. Az Überseering pedig emiatt nem volt holland társaságnak tekinthető. Mivel nem volt Németországban bejegyezve, az Überseeringnek a német jog szerint nem volt perképessége, így a német bíróság a cég nevében benyújtott keresetet elutasította. A német jog a székhely elvét követve a jog- és perképesség elismeréséhez megkívánta volna, hogy egy Németországba költöző társaság ott ismételtlen jegyeztesse be magát, akkor is, ha egy másik országban, esetükben Hollandiában már nyilvántartásba vették egyszer.

Az Európai Bíróságtól kért előzetes döntésnek két kérdésre kellett válaszolnia. Az első arra kereste a választ, hogy a letelepedés szabadságával ellentétben áll-e az, hogy egy tagállam valamely társaság jog- és perképességét annak tényleges székhelye szerint állapítja meg a székhely elve alapján. A második kérdés arra irányult, hogy vajon a fenti esetben a tagállam köteles-e az inkorporációs elvet elfogadni a jog- és perképesség megítélésekor. Az eljárás során több tagállam is véleményét fejezte ki az esettel kapcsolatban. A székhely elvét követő államok (Németország, Spanyolország, Olaszország) azzal érveltek a német korlátozás mellett, hogy a más tagállamokban bejegyzett társaságok elismeréséhez a Római Szerződés 293. cikke szerint nemzetközi egyezmény kötése lenne szükség.

Amíg pedig nem születik meg ez az egyezmény, a letelepedés szabadságának teljes körű biztosítása sem elképzelhető. A Bíróság ezzel szemben megállapította, hogy a közösségi jog hatálya alá tartozó kérdéstről van szó, és, hogy nemzetközi egyezmény megléte nélkül is elismerendő a letelepedés szabadsága. Ennek nyílt tagadását jelentette a Bíróság szerint az, hogy a német jog megkövetelte volna a cég újjáalakulását Németországban. Összegezve tehát a szabad letelepedés korlátozható, amennyiben:

- 1) nem megkülönböztető jellegű
- 2) közérdeket szolgál,
- 3) alkalmas a cél elérésére és
- 4) nem vezethet aránytalan megszorítás.

(3) Centros (C-212/97)

A Centros ügyben hozott ítélet alapjául az szolgált, hogy dán magánszemélyek létrehozta egy céget Angliában, azzal a nem titkolt céllal, hogy elkerüljék a Dániában kötelezően jegyzett tőke befizetését. Ez a cég semmiféle tevékenységet nem folytatott, és a törzstőkét sem bocsátották a társaság rendelkezésére. Amikor viszont Dániában akarták bejegyeztetni a fenti cég fióktelepét, a dán hatóságok ezt megtagadták, mondván, hogy ez a konstrukció a dán tőkekövetelmények kijátszását célozza.

Az Európai Bíróság a letelepedés szabadságára hivatkozott elutasítva a dán hatósági tiltás jogszerűségét.

(4) Inspire Art Ltd. (C-167/01)

A megkezdett utat folytatta tovább az Európai Bíróság. Az Inspire Art nevű céget az Egyesült Királyságban alapították, és jegyeztették be abból a célból, hogy elkerüljék a Hollandiában meglévő szigorúbb törzstőke előírásokat. Ezért a társaság megalapítása után Hollandiában fióktelepet hoztak létre, úgy hogy a cég az Egyesült Királyságban nem is végzett tevékenységet. Az ilyen tényleges

tevékenységet nem végző társaságokat nevezik levélszekrény-vállalatoknak (letter box companies). A holland jog követelményeket támasztott a külföldi céggel szemben a fióktelep bejegyzéséhez.

A Bíróság ebben az ítéletében ismételten félretette a székhely elvét, és kimondta, hogy nem minősül a joggal való visszaélésnek a társaságok ilyen módon történő alapítása. Ellentétes a szabad letelepedés jogával az olyan tagállami rendelkezés, amely jegyzett tőke követelményt és ügyvezetői felelősséget írt elő a másik tagállambeli társaság részére a fióktelep alapításának előfeltételeként. A fióktelep alapítása egy másik tagállamban többletkövetelmény támasztása nélkül történhet, és független a társaság bejegyzésének helyén irányadó jogszabályoktól.

(5) Cartesio (C-210/06)

A Bíróság elé került ügyek között a közeljövőben talán legérdekesebb ügy; egy magyar vonatkozású ügy, amelynek kapcsán a Szegedi Ítéletábla fordult előzetes döntéshozatal iránti kérelemmel az Európai Bírósághoz. A még el nem döntött eset alapjául az szolgál, hogy a magyar Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt. székhelyét Olaszországba kívánja áthelyezni azért, hogy kihasználja az ottani kedvezőbb adózási feltételeket. A cégbírószak azonban a székhelyáthelyezést nem akarta átvezetni a cégnyilvántartásban, így került az ügy bíróság elé. A 2006. május 5-én benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelemben feltett kérdések között szerepel az, hogy levezethető-e a közösségi jogból az, hogy a magyar honosságú társaság az Unió más államába helyezze át székhelyét, illetve, hogy a Római Szerződéssel összeegyeztethető-e bármilyen korlátozás, engedély vagy feltételtiltás az elhagyni kívánt vagy a fogadó állam részéről.

A megválaszolandó kérdést a magyar bíróság úgy tette fel, amely sokkal inkább egyértelmű válaszadásra készíti a Bíróságot, mint az az eddigi döntéseiben volt jellemző. Tehát összegezve: a magyarországi Bt. kérte székhelyének áthelyezését Olaszországba úgy, hogy közben a magyar cégjegyzékbe bejegyzett társaság maradt volna. A Bíróság követte a Daily Mail érvelést: „*valamely nemzeti jog szerint létrehozott társaság kizárólag azon nemzeti jog alapján létezik, amely szabályozza annak létrehozását és működését*”. Azonban ez nem jelent jogot arra, hogy a „*létrehozás szerinti tagállam a társaság megszűnését és végelszámolását megkövetelve megakadályozza, hogy a társaság a másik tagállam joga szerinti társasággá alakuljon át, amennyiben annak joga ezt lehetővé teszi*”. Kivéve, ha a korlátozás megfelel a négyes feltételnek, azaz

- ❖ nem megkülönböztető jellegű
- ❖ közérdeket szolgál
- ❖ alkalmas a cél elérésére
- ❖ nem vezethet aránytalan megszorításhoz.

3. Konklúzió

Amit első körben feltétlenül le kell szögeznünk, hogy nincs lényegi előrelépés a székhelyáthelyezés közösségi megítélésében. A tagállami szabályok különbözősége miatt a letelepedés szabadsága nem érhető el teljes mértékben, ezért a közösségi szintű szabályozás elkerülhetetlen. Tagállamok belső szabályai a székhelyáthelyezést lehetővé tehetik, ugyanakkor ez esetről esetre vizsgálандó (lásd például Ciprus, Málta, Luxemburg) Adójogi megítélés kapcsán adóverseny alakulhat ki.

Az esetek kapcsán láthattuk, hogy a Bíróság döntéseinek leggyengébb pontja a Daily Mail ügy. Mint szó volt róla, külön kell választani a székhelyáthelyezésnél, az eredeti székhely szerinti tagállam elhagyását, és a fogadó államba való letelepedést. A székhelyáthelyezés egy háromszereplős játszma. Külön kell vizsgálni az elhagyni kívánt állam és a társaság valamint a fogadó állam és a társaság viszonyát. Az utóbbi viszony egyszerűbben megragadható az Überseering eset fényében. A fogadó állam elismeri a társaság jogképességét olyan mértékig, ahogy azt az eredeti

állam is tette. Az eredeti székhely szerinti tagállam viszont a Daily Mail ügy alapján nincs attól eltiltva, hogy akadályokat emeljen az áthelyezés elé.

A korlátozásoknak két útja van. Egyfelől, ha a tagállam a székhely elvét követi, nem fogja megengedi a távozást, másfelől a követett elvektől függetlenül adójogi akadályok is kiépíthetők. A Bíróság esetjogából a jelen állapotban nem olvasható ki olyan kötelezettség, mely kötelezné a tagállamokat egy olyan társaság jogi személyiségének elismerésére, mely másik államba költözik. A kérdés középpontjában tehát az elismerés áll. Az elismerés előfeltétele a letelepedés szabadságának. Ha az eredeti székhely szerinti állam nem ismeri el a jogi személyiség változtatásának lehetőségét, már nincs értelme a fogadó állam általi elismerésnek.

A globalizáció térhódításával földrajzilag mobillá vált a tőke, ami az adóalapok mozgékonyágát is magával hozza. Ez lehetőséget ad egyes országok számára, hogy adópolitikájukkal másoknál kedvezőbb adózási környezetet teremtsenek a külföldi tőkék vonzására annak érdekében, hogy minél jelentősebb adóbázisra tegyenek szert. A világgazdasági folyamatok következtében a befektetési célpontok általános jellemzői hasonlóbbakká válnak, ezáltal a beruházási és pénzügyi döntéseknél felerősödik az adózásbeli különbségek szerepe. Az államoknak a befektetőkért, munkahelyekért, adófizetőkért folyó harca új alapokra helyeződik, kialakul egy speciális piac, az államok vagy más néven a „szuverenitás piaca”. Az adóverseny lényegét tekintve a szabályozó hatalom, a gazdasági viselkedésbe való intézményes állami beavatkozás kérdése. A probléma abból fakad, hogy míg az adórendszerek továbbra is nemzeti kompetenciába tartoznak, addig hatásai nemzetközivé váltak, a szuverén adópolitikák pénzügyi externáliákat okoznak. Az adózásbeli arbitrázs befolyásolhatja – többek között – a nemzetközi tőkeáramlást, a vállalatok szerveződését, az adóbázisok elhelyezkedését, az adóstruktúrák alakulását, a gazdasági és politikai versenyképességet.

A káros adóverseny egyes hatásai nemzetközi megoldásokat igényelnének, de az államok érdekellentétei megakadályozzák a közös fellépést. A magas adóterhelésű országok a közfeladatok ellátására hivatkozva radikálisabb versenykorlátozó intézkedések bevezetését szorgalmazzák, az alacsony adómértékekkel operáló államok ellenben a verseny mellett érvelnek, azt saját felzárkózásuk szolgálatába kívánják állítani. Az unió bővülése felerősítette a konkurenciát, az adóharmonizáció azonban nem halad előbbre, hiányzik a tagállamok politikai konszenzusa a strukturális adókoordinációhoz. A spontán folyamatok hatása tetten érhető a társasági adókulcsok csökkenő tendenciájában.

A székhelyáthelyezés érdekes jogi ürt keletkeztet, ugyanis sok problémát vet fel, melyek kezelése nemcsak, hogy nem egyszerű, de eltérő is. Amennyiben végigtekintjük az Európai Bíróság határozatainak sorát azt látjuk, hogy a Bíróság felfogása gyökeresen megváltozott kezdeti ítélkezési gyakorlatához képest. Az nyilvánvaló, hogy a kialakított szabályozás nem mentes a hibáktól.

Az adóverseny alakulása az unióban belül alapvetően függ attól is, hogy lesz-e közös fiskális politika.

References:

- Vígvári András [2002]: Közpénzügyek, önkormányzati pénzügyek, Jogi és Üzleti Kiadó Kft.
- Dr. Erdős Éva [2007]: Nemzetközi, illetve európai adójogi konfliktusok és kezelésének módjai, Miskolc University Press, PUM Sectio Juridica et Politica, Tomus XXV/1.
- Dr. Óry Tamás (szerk) [2003]: Az Európai Unió adójoga
- A Tanács 88/376/EGK, Euratom határozatának (HL L 185/2., 1988. július 15.) 2. cikke
- A 90/434/EGK (HL L 225/1., 1990. augusztus 20.) és a 92/12/EGK (HL L 76/1., 1992. február 25.) irányelveket
- Galántainé Máté Zsuzsanna [2005]: Adóverseny az Európai Unióban, Hitelintézeti Szemle, 2005. Negyedik évfolyam 5-6. szám
- Mike Károly [2003]: A gazdaságpolitikai döntéshozatal a nemzetek fölötti centralizációja és a közösségi gazdaságtan. Közgazdasági Szemle, L. évf., 2003. március,

- Losonczi Miklós [2003]: EU-csatlakozás. Adóharmonizáció és Magyarország nemzetközi versenyképessége; Külgazdaság, XLVII. Évf. 2003. szeptember
- EK Szerződés
- Vito Tanzi [1996]: Globalization, Tax Competition and the Future of Tax systems, International Monetary Fund Working Papers, WP/96/141, 1996. december. Forrás: <http://www.imf.org>
- Andor László [2003]: Nemzetek és pénzügyek, Verseny, válságok és együttműködés a világgazdaságban Budapest
- Dr. Sivák József: Adóharmonizáció vagy adóreform az Európai Unióban, Pénzügyi Szemle, XLVV. Évfolyam, 2002, 12.szám.
- Dr. Görög Katalin: Az Európai Közösség Adójoga, Magyar Jog, XLVIII. Évfolyam, 2001. 12. szám
- Deák Dániel [2005]: Adóverseny a kibővített Európai Unióban. Gazdaság és Jog, 2005. január 1. szám
- Mázsza Péter [2001]: Nemzeti Minimum. Élet és Irodalom, 47. évfolyam, 2. szám, 2001. január 12.
- Pitti Zoltán [2004]: Az EU közteherviselési rendszere és a hazai adómodernizáció, Európa 2002, V. évfolyam 1. szám
- Ben J.M.Terra & Peter J. Wattel [2005]: European Tax Law, Kluwer Law Int., IV. Kiadás
- Losonczi Miklós [2004]: Európai kihívások és magyar válaszok, Osiris Kiadó, Budapest, 2004. ECR 173/73, Italian Republic v Commission
- Miskolczi Bodnár Péter (szerk) [2004]: Európai társasági jog, KJK-KERSZÖV, Budapest, 2004
- González Sánchez – Fluxá: The Transfer of Seat and the Freedom of Establishment for Companies in the European Union: An Analysis of ECJ Case Law and the regulation on the Statute for an European Company in European Taxation, June 2005
- C-9/02 Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministre de L' Economie, des Finances et de l' Industrie ECR(2004) I-2409
- C-208/00 Überseering BV v Nordic Construction Baumanagement GmbH (NCC) ECR (2002) I-9919
- C-212/97 Centros Ltd. And Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ECR (1999) I-1459
- C-167/01 Kamer van Koophandel el Fabriken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd ECR (2003) I-10155
- C-210/06 Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt. Változásbejegyzési ügye
- Weber: Exit taxes on the Transfer of Seat and the Applicability of the Freedom of Establishment after Überseering in European Taxation, October, 2003
- Code of Conduct for Business Taxation
- Council Directive, 90/435/EGK (OJ L 225/6, 1990. augusztus 20.)
- EK Szerződés
- Merger Directive, 90/434/EGK (OJ L 225/1, 1990. augusztus 20.)
- <http://rru.worldbank.org/>
- <http://euroinfo.hu/europaszerver/>
- <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/home.html>
- http://ec.europa.eu/internal_market/company/index_de.htm
- <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/598&format=HTML&aged=1&language>
- <http://www.bundesfinanzministerium.de>
- <http://elib.kkf.hu/biblio/>
- <http://www.imf.org>

DIMENSIUNEA JURIDICĂ A CONSILIULUI ATLANTICULUI DE NORD – INSTITUȚIE A ORGANIZAȚIEI ATLANTICULUI DE NORD –

Mădălina-Ioana SÎRBU*

Abstract:

North Atlantic Council (NAC) is NATO's supreme institution with consultative and the decision-making. The NAC has effective political authority and powers of decision. It is the only body that was established by the North Atlantic Treaty, under Article 9. It brings together in one of the following formations: the most often brings the permanent representatives and states, that the embassy level. At least twice a year the Council meets at ministerial level, when each state is represented by his foreign minister. Without registering a certain periodicity and the council meets heads of state and government to provide basic guidelines of the organization. The NAC is the principal political decision-making body and oversees the political and military process relating to security issues affecting the whole Alliance. Items discussed and decisions taken at meetings of the Council cover all aspects of the Organisation's activities and are frequently based on reports and recommendations prepared by subordinate committees at the Council's request. Equally, subjects may be raised by any one of the national representatives or by the Secretary General. Permanent Representatives act on instructions from their capitals, informing and explaining the views and policy decisions of their governments to their colleagues round the table. Conversely they report back to their national authorities on the views expressed and positions taken by other governments, informing them of new developments and keeping them abreast of movement towards consensus on important issues or areas where national positions diverge. Council deliberations and decisions unanimously. The Council has an important public profile and issues declarations and communiques explaining the Alliance's policies and decisions. These documents are normally published after ministerial or summit meetings.

Cuvinte cheie: *Consiliul Atlanticului de Nord, comitete, reprezentanți, delegații, decizii, NATO*

1. Contextul constituirii Alianței

Țările din Europa Occidentală și aliații acestora din America de Nord, respective Statele Unite ale Americii (SUA) și Canada, au fost confruntate, în perioada 1945-1949, cu nevoia urgentă de restructurare economică, fiind, în același timp, îngrijorate de politică și metodele expansioniste utilizate de Uniunea Republicilor Socialiste Sovietice (URSS/Uniunea Sovietică).

După ce trupelor statelor occidentale li se redusese capacitatea combativă ca urmare a înțelegerilor din statele Națiunilor Unite din timpul și de la sfârșitul celui de-al doilea război mondial, guvernele occidentale erau din ce în ce mai preocupate de faptul că Uniunea Sovietică intenționa să-și mențină nediminuată capabilitatea forțelor sale armate.

În același timp, având în vedere ideologia declarată a partidului comunist sovietic, era din ce în ce mai evident că apelurile pentru respectarea Cartei Organizației Națiunilor Unite (ONU) și a înțelegerilor internaționale, încheiate la terminarea războiului, nu puteau garanta suveranitatea și independența țărilor democratice, confruntate atât cu amenințarea unei agresiuni externe, cât și cu aceea a subversiunii interne.

Înlocuirea regimului politic democratic cu regimul nedemocratic, represiunea opoziției instituționalizate și a celei neinstituționalizate, violarea flagrantă a drepturilor omului în cele mai multe dintre țările Europei Centrale și de Est, dar și în Asia și în alte regiuni ale globului, au constituit tot atâtea elemente ce s-au adăugat temerilor preexistente.¹

* Student, Facultatea de Drept, specializarea Drept comunitar, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: madalinaisirbu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ. dr. Augustin Fuerea.

¹ <http://www.clr.ro/menu1/istoricnato.htm>

În acest context, în martie 1948, Belgia, Franța, Luxemburg, Olanda și Marea Britanie au semnat *Tratatul de la Bruxelles*, prin care au decis constituirea unui sistem comun de apărare și întărirea relațiilor politice și militare. Au urmat negocieri cu Statele Unite și Canada, precum și cu Danemarca, Islanda, Italia, Norvegia și Portugalia, în scopul creării unei alianțe unice a Atlanticului de Nord, fondată pe garanții de securitate și angajamente mutuale între Europa și America de Nord².

La 4 aprilie 1949 a fost semnat, la Washington, *Tratatul Organizației Atlanticului de Nord* (NATO), care a instituit un regim de apărare colectivă, bazat pe un parteneriat între cele 12 state. Islanda, singura țară care nu a avut o forță militară proprie, s-a alăturat organizației cu condiția de a nu fi obligată să participe la război.

2. Consiliul Atlanticului de Nord – autoritate politică și puteri de decizie

Consiliul Atlanticului de Nord (CAN), autoritate politică cu putere de decizie efectivă, este alcătuit din Reprezentanți permanenți ai tuturor statelor membre ale Organizației Atlanticului de Nord (NATO), care se întrunesc cel puțin o dată pe săptămână. Consiliul se întrunește și la nivel înalt în prezența miniștrilor de externe, a miniștrilor apărării sau a șefilor de guvern, având aceeași autoritate și puteri decizionale, iar deciziile sale au același statut și aceeași validitate, indiferent de nivelul întrunirii. Consiliul are o importantă imagine publică și emite declarații și comunicate, care explică publicului larg și guvernelor statelor membre NATO, orientările și deciziile Alianței.³

Consiliul este organul decizional al Organizației și a cărui existență este expres afirmată de *Tratatul de la Washington*. Conform *Tratatului*, CAN poate să înființeze organisme subordonate. Celelalte comitete și Grupuri de Planificare au fost create pentru a sprijini activitățile CAN sau pentru a-și asuma responsabilități în domenii specifice, precum planificarea apărării, planificarea nucleară, un forum unic pentru consultări pe scară largă asupra tuturor chestiunilor care le afectează securitatea reprezentând cel mai important organism decizional al NATO. Toate țările membre NATO au drepturi egale în exprimarea opiniilor în cadrul Consiliului. Deciziile, luate de comun acord, reprezintă opinia colectivă a guvernelor statelor membre. Toate aceste guverne sunt implicate în formularea politicilor în cadrul sau sub autoritatea Consiliului și sunt parte a consensului pe baza căruia se adoptă deciziile.⁴

Fiecare țară membră este reprezentată în cadrul Consiliului Atlanticului de Nord de un ambasador sau de un reprezentant permanent, asistat de o delegație națională alcătuită din consilieri și funcționari care participă la reuniunile diferitelor comitete NATO. Atunci când Consiliul se reunește în acest format, vorbim despre așa-numitul „Consiliu permanent”. Bianual, în unele cazuri, chiar mai des, Consiliul se întrunește la nivel ministerial, iar fiecare națiune este reprezentată de către ministrul însărcinat cu afaceri externe. Consiliul se întrunește și în sesiuni ale miniștrilor apărării.⁵

Ambasadorul sau reprezentantul permanent cu cea mai mare vechime în Consiliu primește titlul de Decan al Consiliului. Deși funcția sa este, în principal, una onorifică, Decanul poate fi chemat să-și exercite atribuțiile în mod practic, de exemplu în convocarea ședințelor și dirijarea discuțiilor cu ocazia alegerii unui nou Secretar General. La întrunirile la nivel ministerial ale miniștrilor de externe, unul dintre aceștia primește rolul de Președinte onorific. Titlul se schimbă prin rotație anuală între națiuni, în ordinea literelor alfabetului englezesc. Pe baza vechimii, se stabilește o ordine de întâietate în Consiliul permanent, dar la întrunirile Consiliului la orice nivel, reprezentanții

² **Marcela DOMUȚA**, „*Organizații internaționale - suport de seminar*”, Universitatea „Babeș-Bolyai”, Cluj-Napoca, Facultatea de Studii Europene, Specializarea Relații Internaționale, pag. 19 (http://facultate.regielive.ro/seminarii/stiinte_politice/organizatii_internationale_suport_de_seminar-106547.html)

³ **Dan VĂTĂMAN**, „*Organizații europene și euroatlantice*”, Editura Lumina Lex, București, 2008, p.126-127

⁴ *Idem*.

⁵ ***, „*Manualul NATO*”, Ediția celei de a 50-a aniversări, Biroul de informare și presă, NATO – 1110, Bruxelles, Belgia, 1999, pag. 35 (http://www.afas.ro/safa_files/declaratii/handbook.pdf)

permanenți se așează în jurul mesei în ordinea naționalității, conform literelor alfabetului englezesc. Această procedură este respectată în toate comitetele NATO.⁶

Regula este dată de faptul că, o dată pe săptămână, membrii Consiliului se reunesc, iar lucrările sale sunt prezidate de secretarul general al NATO (sau de adjunctul acestuia). Consiliul are un profil public important și poate emite declarații sau comunicate către guvernele țărilor membre, în care explică politica și deciziile Alianței.⁷

Lucrările Consiliului sunt pregătite de comitetele subordonate având responsabilitate în domeniul politice specifice. O mare parte din această muncă revine comitetului politic la nivel înalt (SPC), alcătuit din reprezentanți permanenți adjuncți, uneori întărit cu experți naționali în domenii care au legătură cu subiectul dezbaterii. În astfel de cazuri, acesta este denumit SPC(R). Comitetul politic la nivel înalt are o responsabilitate importantă în pregătirea majorității declarațiilor sau comunicatelor care trebuie emise de către Consiliu și se reunește înaintea întrunirilor ministeriale pentru a întocmi astfel de texte care vor fi supuse, ulterior, aprobării Consiliului. Alte aspecte ale muncii politice pot fi tratate de către Comitetul politic ordinar, alcătuit din consilieri sau consultanți politici ai delegațiilor naționale.⁸

Activitatea Consiliului Atlanticului de Nord și a comitetelor sale (Tratatul conferă Consiliului dreptul de a crea organe subsidiare) este susținută de un secretariat internațional. Acesta este format din cetățeni ai statelor membre, care sunt fie recrutați în mod direct de organizație, fie detașați de guvernele naționale pentru o perioadă de trei-patru ani. Membrii Secretariatului Internațional se subordonează Secretariatului general al Alianței și servesc interesele acesteia pe toată durata mandatului lor.⁹

Secretariatul Consiliului este asigurat de către diviziile și birourile relevante ale Secretariatului Internațional, în special de către Secretariatul executiv, care deține un rol coordonator în asigurarea executării mandatelor Consiliului și în înregistrarea și difuzarea deciziilor adoptate. Secretarul executiv este și Secretarul Consiliului. Sediul CNA se află la Bruxelles (ca și cartierul general al Organizației).

În componența Secretariatului Internațional regăsim, după cum urmează: Biroul Secretarului General, departamentele operative, Biroul Administrativ și Biroul Inspectorului Financiar. Fiecare departament este condus de către un secretar general-adjunct.

Problemele discutate și deciziile adoptate la întrunirile Consiliului acoperă toate aspectele activităților Organizației și se bazează, frecvent, pe rapoartele și recomandările pregătite de comitetele subordonate, la cererea Consiliului. De asemenea, oricare dintre reprezentanții naționali sau Secretarul General poate înscrie pe ordinea de zi orice problemă referitoare la Alianță. Reprezentanții permanenți acționează conform instrucțiunilor primite din capitalele țărilor lor, informând și explicând colegilor opiniile și deciziile politice ale guvernelor lor. În același timp, aceștia raportează autorităților naționale opiniile expuse și luările de poziție ale altor guverne, informându-le asupra noilor evoluții și prezentându-le progresele realizate, în vederea obținerii consensului, în probleme sau domenii în care pozițiile naționale sunt divergente.¹⁰

Atunci când trebuie adoptate decizii, se recurge la votul cu unanimitate și la acordul comun. Nu se votează și nu se iau decizii după principiul majorității. Fiecare națiune este reprezentată la masa de Consiliu sau în oricare din comitetele subordonate acestuia, își păstrează suveranitatea și responsabilitatea deplină asupra propriilor decizii.¹¹

⁶ *Idem.*

⁷ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, p.126-127.

⁸ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Economică, București, 2005, p.179-180

⁹ <http://www.clr.ro/menu1/istoricnato.htm>

¹⁰ *** „Manualul NATO”, *op. cit.*, p.38.

¹¹ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, *op. cit.*, p.179-180.

Când Consiliul se întrunește la nivel de miniștrii ai apărării sau tratează probleme de apărare și chestiuni referitoare la strategia apărării, alte comitete la nivel înalt, precum Grupul executiv de lucru, pot fi implicate ca organisme consultative principale. Dacă pe agenda de lucru a Consiliului se află probleme financiare, în funcție de natura lor, Comisia superioară pentru resurse, unul din Comitetele pentru buget (civil sau militar) sau Comitetul pentru infrastructură, va fi responsabil pentru pregătirea acestor lucrări. În funcție de subiectul supus discuției, comitetul superior, responsabil în domeniul respectiv, preia rolul conducător în pregătirea întrunirilor Consiliului și în aplicarea deciziilor adoptate de către acesta.¹²

Din ce în ce mai mult, evenimentele din afara zonei geografice acoperite de Tratat au implicații pentru Alianță, astfel încât acestea figurează pe agenda de lucru a Consiliului și a comitetelor subordonate acestuia.¹³

Au loc, de asemenea, consultări periodice, cu privire la problemele politice relevante, cu țările partenere în cadrul Consiliului parteneriatului euro-atlantic, precum și cu Rusia, în principal în cadrul Consiliului permanent comun NATO-Rusia (PJC); cu Ucraina, în cadrul Comisiei NATO-Ucraina; și cu participanții la Dialogul mediteranean al NATO, în cadrul Grupului de cooperare mediteraneană.¹⁴

Bazându-și adoptarea deciziilor comune pe consens, membrii Alianței protejează experiența și concepțiile individuale ale fiecărei țări, beneficiind, în același timp, de mecanisme și proceduri care să le permită să acționeze în comun, rapid și decisiv, atunci când circumstanțele o cer. Datorită consultărilor și a schimburilor zilnice de informații, reprezentanții guvernelor pot să se întrunească rapid, oricând este nevoie, adesea cunoscând, deja, preocupările fiecărei părți, pentru a adopta direcții comune. În caz de necesitate, aceștia se străduiesc să depășească divergențele de opinii, pentru ca acțiunile comune să se bucure de toată forța pe care le-o conferă deciziile adoptate de toate guvernele statelor membre. Odată adoptate, deciziile reprezintă voința comună a tuturor țărilor implicate de a le pune integral în practică. Astfel, se conferă un plus de forță și credibilitate deciziilor care pot fi dificile din punct de vedere politic, sau care se lovesc de exigențe contradictorii în materie de resurse.¹⁵ Deciziile adoptate la nivelul Consiliului reprezintă expresia voinței comune a statelor membre fiind luate prin consens.¹⁶

3. Rolul Consiliului Atlanticului de Nord în gestionarea situațiilor de criză¹⁷

Consultările dintre țările membre NATO au un rol fundamental în gestionarea crizelor, dobândind o semnificație aparte în perioadele de tensiuni și criză. În astfel de circumstanțe, adoptarea rapidă a deciziilor, bazată pe consensul asupra măsurilor care trebuie luate în domeniul politic, militar și al urgențelor civile, depinde de consultările imediate și permanente între guvernele statelor membre. Principalele instituții NATO pentru consultările intensive necesare în acest context sunt: Consiliul și Comitetul de planificare a apărării, asistate de către Grupul pentru coordonarea orientărilor, Comitetul politic, Comitetul militar și Înalțul comitet pentru planificare în situații de urgență civilă. De asemenea, în caz de necesitate, pot interveni și alte comitete ale NATO. Practicile și procedurile care trebuie să fie aplicate constituie dispozitivul Alianței de gestionare a crizelor. Mijloacele materiale, inclusiv sistemele de comunicații care sprijină procesul, sunt asigurate de Centrul de serviciu al NATO, care funcționează fără întrerupere, 24 de ore din 24. La interval regulate sunt organizate exerciții de testare și dezvoltare a procedurilor de gestionare a crizelor, la care se asociază capitalele naționale și comandanții strategici ai NATO. Aranjamentele, procedurile

¹² *** „Manualul NATO”, *op. cit.*, p.38.

¹³ *Ibidem*, p.39

¹⁴ *Ibidem*, p.40

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Augustin FUEREA, Note de curs, „Integrare europeană și euroatlantică”, anul universitar 2010-2011.

¹⁷ *** „Manualul NATO”, *op. cit.*, p. 158-159..

și facilitățile utilizate în gestionarea crizelor, precum și pregătirea și dirijarea exercițiilor în acest domeniu, sunt coordonate de către Comitetul operațiunilor și exercițiilor Consiliului (COEC), organism care coordonează și activitățile de gestionare a crizelor cu țările partenere.

4. Consiliul Atlanticului de Nord și capacitatea de apărare

„În actualul context politic și strategic din Europa, succesul Alianței în menținerea păcii și prevenirea războiului depinde, mai mult ca în trecut, de eficiența diplomației preventive și de gestionarea cu succes a crizelor care afectează securitatea. Aspectele politice, economice, sociale și de mediu ale securității și stabilității dobândesc, deci, o importanță din ce în ce mai mare. În cadrul vastului program de cooperare al NATO cu țările partenere și, în special, în cadrul relațiilor de cooperare ale Alianței cu Rusia și Ucraina, Consiliul Nord-Atlantic a luat măsuri pentru îmbunătățirea accesului la informațiile cu privire la Alianță în aceste țări.

În anul 1995, acesta a aprobat numirea unui ofițer responsabil pe probleme de informare la Moscova, care să își desfășoare activitatea la sediul Ambasadei Franței, la acea dată – Punctul de contact a NATO în Rusia. Comunicatele și declarațiile de presă difuzate de Alianță reprezintă documente care au constituit obiectul unor negocieri oficiale și care exprimă orientarea politică aprobată de țările membre asupra unor subiecte specifice sau cu privire la totalitatea problemelor politice revizuite în mod regulat pe parcursul unui an. Ele constituie arhive publice ale Alianței și permit contextualizarea procesului de elaborare a deciziilor și evoluția acestor decizii în cadrul evenimentelor sau circumstanțelor politice în care au apărut. Toate aceste texte sunt publicate în cele două limbi oficiale ale Alianței și adesea și în alte limbi.

În anul 1997, Consiliul a aprobat versiune revizuită (MC 319/1), ale cărei principii și politici se aplică în condiții de pace, de criză și conflict, cuprinzând atât operațiunile prevăzute de articolul 5 al Tratatului Nord-Atlantic, cât și cele «non-Articol 5»¹⁸.

5. Implicarea Consiliului Nord-Atlantic în constituirea organizațiilor de producție și de logistică

Consiliul Nord-Atlantic a înființat mai multe organizații NATO de producție și de logistică (NPLO-uri), cărora le revin misiuni specifice. Cele care se ocupă, în special, cu logistica de consum, sunt Organizația NATO pentru întreținere și aprovizionare (NAMSO) și Organizația pentru gestionarea rețelei de conducte din Europa Centrală (CEPMO).

În anul 1993, Consiliul Nord-Atlantic a aprobat politicile, structurile și procedurile revizuite pentru cooperare în materie de armamente în cadrul NATO.

6. Activitatea Consiliului Atlanticului de Nord în coordonarea gestiunii traficului aerian civil și militar

„În anul 1955, Consiliul Nord-Atlantic a înființat Comitetul pentru coordonarea spațiului aerian european (CEAC), care în anul 1998 a devenit Comitetul NATO de gestionare a traficului aerian (NATMC). Comitetul are responsabilitatea de a asigura perfectă coordonare a cerințelor tuturor utilizatorilor civili și militari ai spațiului aerian de deasupra teritoriului celor 19 țări membre ale NATO. Aceasta include, în special, dirijarea exercițiilor aeriene de mare anvergură, armonizarea sistemelor și procedurilor de control al traficului aerian și repartiția frecvențelor radio. Comitetul este asistat de observatori din partea Organizației aviației civile internaționale, ai Asociației de transport

¹⁸ *Ibidem*, p.159-161.

aerian internațional și ai Organizației europene pentru siguranța zborurilor (EUROCONTROL). În contextul noilor misiuni ale Alianței, cum ar fi menținerea păcii, Comitetul poate, astfel, să asigure o legătură unică între autoritățile militare NATO, responsabile de coordonarea operațiunilor de mare anvergură ale aviației militare, și organizațiile civile care se ocupă cu gestionarea spațiului aerian. În mai 1992, statele din Europa centrală și de est și din Asia centrală, membre în Consiliul de Cooperare Nord-Atlantică (înlocuit ulterior de Consiliul pentru Parteneriat Euro-Atlantic), au participat la un seminar pe această temă, alături de reprezentanți din statele membre NATO, precum și de autorități militare ale Alianței și de cinci organizații internaționale cu responsabilități în acest domeniu.”¹⁹

7. Concluzii

Așa cum putem vedea, chiar din articolul 9 al Tratatului, Consiliul Atlanticului de Nord are atât putere politică, cât și putere de decizie, în cadrul său fiind reprezentate toate statele membre.

Consiliul Nord-Atlantic constituie forul decizional central, în cadrul căruia se discută și se iau hotărâri cu privire la politicile și activitatea organizației. Se reunește, de regulă, săptămânal, la nivel de reprezentanți ai tuturor statelor membre (după caz, miniștri afacerilor externe sau ai apărării, șefii statelor și ambasadori). Adoptă declarații, comunicate, recomandări, rapoarte și decizii. Deciziile se iau cu unanimitate de voturi. Este abilitat să constituie comitete subsidiare, grupuri politice de lucru sau de experți, necesare îndeplinirii activității sale. Cele mai importante organisme subsidiare ale Consiliului sunt: Comitetul pentru Planificarea Apărării; Grupul pentru Planificare Nucleară și Comitetul de coordonare a spațiului aerian european.

Referințe bibliografice

- **Marcela DOMUȚA**, „Organizații internaționale - suport de seminar”, Universitatea „Babeș-Bolyai”, Cluj-Napoca, Facultatea de Studii Europene, Specializarea Relații Internaționale (http://facultate.regielive.ro/seminarii/stiinte_politice/organizatii_internationale_suport_de_seminar-106547.html);
- **Augustin FUEREA**, Note de curs, „Integrare europeană și euroatlantică”, anul universitar 2010-2011;
- **Andrei POPESCU**, **Ion JINGA**, **Alina DINU**, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Economică, București, 2005;
- **Dan VĂTĂMAN**, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Lumina Lex, București, 2008;
- *******, „Manualul NATO”, Ediția celei de a 50-a aniversări, Biroul de informare și presă, NATO – 1110, Bruxelles, Belgia, 1999 (http://www.afas.ro/safa_files/declaratii/handbook.pdf);
- <http://www.clr.ro/menu1/istoricnato.htm> (Site-ul Consiliului Legislativ)

¹⁹ *** „Manualul NATO”, p. 191

IDEEA DE GUVERNARE ÎN TIMPUL REGIMULUI COMUNIST DIN ROMÂNIA

Iulian ROGOJINARU*

Abstract

The Government was the representative executive authority of the state during the Communist regime in Romania and followed the line of the communist party policy and its interests. The Communist rule in Romania started with the pro-soviet government installed in March 1945 when Dr. Petru Groza of the Ploughmen's Party, a party closely associated with the communists, became prime minister. Although his government was broad, including members of most major prewar parties except the Iron Guard, the Communists held the key ministries. In the elections of November 19, 1946, Communists claimed by electoral fraud 80% of the votes given under Soviet military pressure and diversions. After forming the government, the Communists worked to eliminate the role of the centrist party and forced King Michael to abdicate on December 30, 1947. By 1948, most non-Communist politicians were either executed, in exile or in prison and a People's Republic was declared, formalized with the constitution of April 13, 1948. In the face of wide-scale killings, imprisonments and harassment of local peasants during forced collectivization, entire private property nationalization and political oppressiveness, the Constitution of 1948 and the subsequent constitutions of 1952 and 1965 were never respected by the governments appointed during the dictatorship of the Communist Party. Under the Communist regime, the Government planned and controlled all major sectors of the economy and formulated all decisions regarding the use of resources, production and distribution of goods and services.

Cuvinte cheie : Guvern, comunism, Constituție, administrație, Consiliu de Miniștri

1. Introducere

“Comunismul, care s-a pretins o nouă civilizație, superioară celei capitaliste pe care a negat-o cu pasiune, a forțat sute de milioane de oameni să trăiască într-un univers închis, represiv și umilitor. La nivelul teoretic, al scopurilor proclamate, comunismul s-a pretins întruchiparea „umanismului absolut”, o societate din care au dispărut distincțiile de clasă și în care oamenii ar putea trăi într-o deplină libertate. Libertatea însăși, în concepția marxistă, singura permisă sub regimul comunist, era definită drept necesitate înțeleasă. Partidul comunist era proclamat drept deținătorul adevărului universal, având astfel dreptul să definească modalitățile de „înțelegere a necesității”. Comunismul a fost o concepție utopică, înrădăcinată în visul suprimării, cu orice preț, a proprietății private și a construirii unui univers al egalității totale. Dictatul leninist asupra realității a urmărit să transforme individul într-o simplă roțiță din imensa mașinărie a despotismului partidului unic.”¹

Pe plan global, peste o sută de milioane de oameni au fost victime ale acestui sistem. Chiar această cifră este una minimalistă. În URSS, cel puțin 20 de milioane au pierit în sinistrul experiment bolșevic. *Cartea Neagră* a comunismului oferă probe zguduitoare privind dezastrul civilizațional al dictaturilor comuniste: s-a pierdut însăși noțiunea de umanitate prin ceea ce istoricul francez Alain Besançon a numit falsificarea Binelui. În nici o altă țară din Europa de Est și Centrală, cu excepția probabil a Albaniei, dar nu în ultimii ani ai comunismului din această țară, sistemul stalinist nu a avut o asemenea longevitate și intensitate precum în România. Luând în considerare lipsa destalinizării și a reformelor reale în România, dimensiunile cultului personalității, ca și inițierea unui scenariu dinastic al succesiunii puterii, putem vorbi de un excepționalism românesc. În pofida aparentelor

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (iulianrogojinaru@yahoo.com.) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Cliza Marta Claudia

¹ Raportul Final al Comisiei Prezidențiale pentru Analiza Dictaturii Comuniste din România, pag 1

miniliberalizări (1963-1964, 1965-1971), regimul și-a menținut cu neclintită obstinație poziția de dominație absolută asupra societății, economiei și culturii.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Contextul istoric al instaurării primului guvern comunist în România

Actul de la 23 august 1944 a scos România din alianța cu Germania nazistă împotriva căreia a întors armele, devenind astfel aliată a Uniunii Sovietice. Cel puțin asta a fost intenția regelui Mihai și a conducătorilor politici ai vremii. Pentru Uniunea Sovietică însă, România nu era decât o altă pradă pe care se pregătea să o înghită în marșul triumfal spre Berlin. "În războiul acesta nu este la fel ca în cel trecut, ci cel care ocupă un teritoriu își impune sistemul său social", va declara Stalin în fața unei delegații iugoslave, în martie 1945. Primul scop era așadar, instaurarea unui guvern comunist. Între august 1944 și martie 1945, când acest fapt va deveni realitate, comuniștii români, având în spate întreaga putere a armatei sovietice, vor milita pentru distrugerea democrației în România. Profitând de cenzura exercitată asupra tuturor mijloacelor de informare de către Comisia Aliată de Control (Sovietică) care interzice partidelor tradiționale (liberal și țărănesc) să se manifeste pe motiv că sunt nedemocratice și se opun prin acțiunile lor Convenției de Armistițiu, în plus sunt formate în marea lor majoritate din "fasciști și legionari", Partidul Comunist începe seria manifestărilor de stradă zgomotoase pentru atragerea de aderenți. Este perioada când, obosite de război, de sacrificiu de vieți omenești, de lipsuri, amăgite cu iluzia de viață materială și spirituală mai bună, dar netrecute nici prin experiența machiavelismului politic stalinist, în special masele orășenești sunt o pradă ușoară.

Rolul partidului comunist era acela de a pre-întâmpina ca regimul instaurat în România după 23 august să stabilească ordinea în alți termeni decât cei doriți de sovietici. Aceștia, la rândul lor, îi vor ajuta neprecupețit. La 8 noiembrie sosea la București Andrei Ianuarevici Vișinski, locțiitor al Comisariatului Poporului pentru Afaceri Externe al URSS, celebrul procuror din timpul marilor procese staliniste din anii 1936-1938, în urma cărora milioane de ruși au fost exterminați. La 11 noiembrie, din ordinul Comandamentului Sovietic, autoritățile locale românești au fost obligate să se retragă din Ardealul de Nord. Deși în Convenția de Armistițiu semnată la 12 septembrie la Moscova se stipula ca Transilvania va fi restituită în întregime României, iată că la nici două luni sovieticii se răzgândesc și vor să folosească acest petec de pământ românesc drept capital politic pentru cei care le făceau jocul în țară, și anume comuniștii. La mijlocul lunii noiembrie trei noi divizii sovietice au fost aduse în România iar spre sfârșitul lunii autoritățile sovietice cer guvernului să reducă poliția Capitalei la 700 de oameni și a jandarmeriei întregului teritoriu la 14.000. Cetățeanul român nu mai este sigur pe averea sa, de multe ori nici pe viața sa. Locuințele sunt ocupate abuziv pentru încărtiruirea ostașilor sovietici care, înfometați, abrutizați, fură orice. Imixtiunea tot mai accentuată a sovieticilor în treburile interne ale României este de fapt răsplata pe care o primea Stalin pentru neamestecul său în Grecia unde trupele engleze luptau împotriva comuniștilor pentru reinstaurarea monarhiei. Fără ajutorul liderului de la Kremlin comuniștii nu aveau nici o șansă să obțină puterea în Grecia. Era timpul pentru Churchill să se revanșeze. La 12 noiembrie, într-o scrisoare trimisă lui Anthony Eden, acesta îi spune: "Ținând seama de felul în care rușii ne-au sprijinit până acum în cele ce se întâmplă în Grecia, noi nu trebuie, într-adevăr, să ne implicăm prea mult în România".

Situația politică din țară era departe de normalitate. Între 23 august și sfârșitul lunii noiembrie, se schimbaseră deja două guverne de coaliție, ambele conduse de generalul Constantin Sănătescu, ambele subminate de către comuniști. La 2 decembrie, regele îl însărcinează pe generalul Nicolae Rădescu cu formarea noului guvern. Acesta se bucură de faima de a fi un adversar al nazismului, motiv pentru care Antonescu îl internase într-un lagăr, fapt care plăcuse comuniștilor. De la începutul guvernării, i-a decepționat însă pe aceștia. Generalul înțelegea să fie în primul rând român și să apere interesele patriei și ale poporului său. La mijlocul lunii ianuarie 1945, Gheorghe Gheorghiu-Dej și Ana Pauker au plecat la Moscova pentru convorbiri cu liderii de partid sovietici. Această întâlnire s-a

dovedit hotărâtoare pentru România, deoarece Gheorghiu-Dej și ai săi au fost asigurați de ajutorul de care aveau nevoie în ofensiva pentru luarea puterii. Odată întors Gheorghiu-Dej la București, Frontul Democratic, condus de comuniști, a primit ordin de a provoca pe teritoriul întregii țări agitație în jurul reformei agrare, așa cum o înțelegeau ei, cu scopul de a-l compromite pe Iuliu Maniu, de a provoca violență și dezordine și de a paraliza astfel guvernul Rădescu. Urmau să fie provocate incidente de stradă, în urma cărora să rămână morți și răniți, Rădescu să fie înfățișat ca un incapabil, prieten al moșierilor, dușman al Rusiei și călău al poporului.

În calitatea sa de sub-secretar la Ministerul de Interne, Teohari Georgescu a introdus în poliție și în forțele de securitate cât mai mulți dintre agenții pregătiți în așa numitele gărzi patriotice de către Bodnăraș și consilierii sovietici ai NKVD-ului. Grupări comuniste au început să ia în stăpânire administrația din mai multe localități, raidurile comuniste ale unor trupe de șoc, foarte agresive, erau denumite demonstrații ale poporului iar eforturile autorităților de a păstra ordinea erau etichetate drept violență fascistă. În timp ce presa comunistă era plină de invective la adresa primului ministru Rădescu, comuniștii încep să vehiculeze ideea că dacă s-ar face un guvern numai de stânga, în care rușii să aibă încredere, s-ar înapoia României Ardealul de Nord și ar fi eliberați toți prizonierii români aflați în Rusia.

Începând cu iarna anului 1945 acțiunile comuniștilor români devin tot mai dure. Astfel, la 9 februarie 1945 sunt descoperite arme și muniții pregătite pentru a fi folosite la instaurarea cu forța a unui guvern de stânga. Indignat, primul ministru pregătește o mare adunare la cinematograful Scala din capitală, pentru data de duminică, 11 februarie. Încă de sâmbătă seara, mai multe sute de comuniști au rămas în sală după terminarea reprezentației și au ținut ușile deschise pentru că mai mulți tovarăși de-ai lor să intre și să ocupe sala. Poliția nu are curajul să-i evacueze, astfel că Rădescu și-a rostit cuvântarea în cinematograful de peste drum, la Aro. Acesta chema la unitate în jurul guvernului și a Regelui Mihai și pentru păstrarea liniștii în țară. La terminarea cuvântării, între sprijinitorii legalității și comuniștii aflași în stradă izbucnesc violențe. În câteva întreprinderi din București, comuniștii folosesc forța pentru câștigarea puterii sindicale. Prefecturile din Craiova și Caracal sunt ocupate de către detașamente de șoc comuniste. Situația devenea tot mai explozivă, populația era terorizată, sovieticii sprijineau pe față acțiunile antidemocratice. Kremlin-ul își punea din plin în practică strategia de distrugere a sistemului administrativ românesc. Un război civil, susținut și provocat de Rusia era pe cale să izbucnească, potrivit principiului lui Lenin că "orice război trebuie transformat într-un război civil".

La 27 februarie, Vișinski se reîntoarce la București. În aceeași zi, generalul Vladislav Petrovici Vinogradov este înlocuit în fruntea Comisei Aliate de Control (Sovietice) din România cu generalul Ivan Zaharovici Susaikov, considerat mai dur. Armata Roșie ocupă Cartierul General al armatei române, dezarmând trupele din capitală. În seara aceleiași zi, Vișinski se prezintă într-o primă audiență la rege, cere demiterea guvernului Rădescu și prezintă o listă a persoanelor agreeate de Kremlin în a forma un nou guvern. Regele i-a explicat mecanismele unei monarhii constituționale și faptul că, respectând Constituția, este nevoit să se consulte cu șefii partidelor parlamentare. Vișinski s-a întors a doua zi la palat și a cerut, de data asta pe un ton imperios, demiterea lui Rădescu încă din seara aceleiași zile (28 februarie). La un moment dat, acesta își pierde cumpătul și lovește cu pumnul în birou atât de tare încât suportul călimării se rupe. La ieșirea din cabinet trânteste ușa cu forță încât s-a crăpat zidul de lângă tocul ușii. Pentru Vișinski, România nu era decât o țară învinsă și se comportă ca într-o gubernie rusească, ceea ce era pe cale să devină. Regele n-a avut de ales. Generalul Rădescu și-a prezentat demisia din funcția de prim-ministru în seara zilei de 28 februarie. Regele începe consultările cu membrii partidelor politice în vederea constituirii unui nou guvern. S-au vehiculat mai multe opțiuni pentru funcția de premier: prințul Barbu Știrbey, țărânistul Nicolae Lupu, generalul Gheorghe Avramescu, Constantin Vișoianu (fostul ministru de externe). Opțiunea sovietică era însă foarte clară. În timpul unei noi audiențe pe care o are la rege pe 1 martie, Vișinski arată clar pe cine dorește Rusia prim-ministru României: doctor Petru Groza, un insignifiant om politic interbelic, șeful unei formațiuni fantomă denumită Frontul Plugarilor, fără nici un fel de impact în

viața politică românească dar un bun tovarăș de drum al comuniștilor și o persoană perfectă să joace rolul de marionetă a sovieticilor în România. Regele îi amintește comisarului sovietic de Declarația de la Yalta prin care țările mici au dreptul de a-și alege singure forma de guvernământ. Și de data asta Vișinski se comportă ca un cuceritor, replicând pe un ton sarcastic: Yalta sunt eu! Silit să accepte, regele condiționează formarea noului guvern de participarea țărăniștilor și liberalilor. Nici Groza, nici comuniștii, nici sovieticii nu sunt de acord. Între rege și Groza se desfășoară o luptă surdă pe parcursul mai multor zile, Mihai încercând să salveze instituțiile democratice ale statului iar Groza pentru a instaura "dictatura proletară". În București rușii ocupă Palatul Telefoanelor iar tancuri sovietice și trupe din divizia Tudor Vladimirescu (formate din comuniștii români fugiți la Moscova la începutul războiului) încep să patruleze în jurul Palatului Regal. Mai mult, în Mexic, fostul rege Carol al II-lea este contactat de către ambasadorul sovietic Umanski, în vederea unei eventuale restaurații, în felul acesta exercitându-se un șantaj asupra regelui Mihai. Apare ideea refugierii acestuia și a Reginei Mame la ambasada britanică, unde se refugiase deja generalul Sănătescu. Regele este hotărât să abdice pentru a demonstra guvernelor occidentale că în România este instaurată dictatura, dar renunță la idee în urma rugăminții lui Brătianu. Acesta recunoaște noul guvern, care la 6 martie 1945, la ora 19.30 depune jurământul în fața Sa. Trecuseră doar 6 luni de la actul de la 23 august și Partidul Comunist ajunsese la conducerea țării.

Era primul pas în transformarea României într-o țară comunistă...

Guvernul în perioada 6 martie 1945 – 30 decembrie 1947

„Sprijiniți de armata rusă, comuniștii și sateliții lor au dobândit treptat, în perioada 1945-1947, controlul asupra aparatului de stat. Dacă preluarea controlului deplin asupra executivului a întârziat datorită prerogativelor constituționale exercitate de regele Mihai I, preluarea controlului asupra aparatului administrativ a fost mult mai simplă și mai eficientă. Acest aspect a fost facilitat de demersurile oficiale de epurare a corpului funcționăresc de elementele fasciste, fapt care a trecut în subsidiar principiul ca inamovibilitatea și competența funcționarilor publici. Prin numeroase și repetate acte normative s-a dispus licențierea funcționarilor publici ca fiind legionari, fasciști sau hitleriști sau care sprijiniseră sau simpatizaseră aceste regimuri politice. Efectul acestei mișcări a fost mai puțin însănătoșirea aparatului administrativ, cât mai ales, posibilitatea de a propulsa în posturile astfel vacantate funcționari susținători ai noii orientări politice oficiale a țării.”²

Eliminând elementele democratice de la conducere, guvernul Petru Groza abrogă Legile nr. 50 și nr. 51 din 21 ianuarie 1945 și supune spre promulgare *Legea nr.312 din 21 aprilie 1945 pentru urmărirea și sancționarea celor vinovați de dezastrul țării sau crime de război*, în care condițiile de urmărire și judecată sunt înăsprite, încălcând și mai grav principiile constituționale.

Astfel, se creează o instanță extraordinară, Tribunalul Poporului (art.10), prin violarea flagrantă a art. 101 alin. II din Constituție, care interzicea crearea de instanțe extraordinare. Instrumentarea cazurilor se face de acuzatori publici (art.4-6), care nu fac parte din Parchet și sunt numiți de Consiliul de Miniștri.

Consiliul de Miniștri, organ al puterii executive, încălcând separarea puterilor în stat, capătă prerogative judecătorești: el sesizează pe acuzatorii publici de cazurile ce urmează a fi cercetate (art.5, alin I), poate emite mandate de arestare (art.7, alin II).

Judecata se face după o procedură sumară, fără administrare de probe, (art.14,alin. I), iar „notele de ședință vor fi sumare” (art.14, alin.II), lucru extraordinar de grav, căci consemnarea exactă a dezbaterilor constituie garanția indispensabilă a controlului respectării procedurii.

Regele nu mai poate accepta mult timp conlucrarea cu un guvern nereprezentativ, impus de afară, și la 21 august 1945 cere guvernului nelegitim să depună mandatul, iar, la refuzul acestuia de a da curs cererii sale, nu mai semnează nici un decret. Refuzul regelui de a semna decretul emis de

² Manuel Guțan – Istoria administrației publice românești, Ediția a 2-a revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2006 pag.282

guvernul Petru Groza a durat aproape cinci luni și este cunoscut în istorie sub denumirea de „greva regală”.

La demersul regelui adresat celor trei mari puteri învingătoare, Statele Unite, Anglia și Uniunea Sovietică, prin care se solicita intervenția acestora pentru respectarea Constituției, formarea unui guvern reprezentativ și organizarea de alegeri libere, reprezentanții „celor trei mari”, cum erau numite acestea, se întrunesc la Moscova și încheie un acord cu privire la România, la sfârșitul lunii decembrie 1945, prin care s-a hotărât ca guvernul Groza să includă câte un reprezentant al partidelor istorice în guvern și să organizeze cât mai curând alegeri libere.

“Cooptarea în guvernul Groza a celor doi miniștrii aparținând partidelor istorice, și anume Iuliu Hașeganu din partea P.N.Ț și Mihail Romniceanu din partea P.N.L. a fost pur formală, în condițiile în care ignorarea mecanismelor constituționale și legale de luare a deciziilor i-a izolat iar suspendarea funcțiilor colegialității și solidarității guvernamentale i-a privat de participarea la viața guvernamentală. Rolul acestora era oricum formal decorativ, având în vedere că statutul lor de miniștrii fără potofoliu îi așeza în afara activității executive și ministeriale propriu-zise și permitea primului-ministru să nu le încredințeze un rol guvernamental explicit. De fapt, tot acest sistem nu a făcut decât să perpetueze preeminența executivului ca instrument de impunere a unei politici dictatoriale realizată, de această dată, sub stindardul democrației.

De acest acord nu erau mulțumiți nici regele, nici partidele politice (pe atunci nu se cunoșteau înțelegerile de la Yalta cu privire la împărțirea sferelor de influență), dar l-au acceptat numai pentru că acesta prevedea restabilirea libertăților încălcate de guvernul procomunist imediat după 6 martie 1945 și organizarea de alegeri libere în care tot poporul își punea mari speranțe.

Într-adevăr, guvernul Petru Groza, conform Acordului de la Moscova, este obligat să facă o declarație formală în acest sens și să dea un comunicat în care anunță „alegeri generale legislative în cel mai scurt timp posibil” și „asigurarea libertății acestor alegeri, care vor fi făcute pe baza sufragiului universal și secret, cu participarea tuturor partidelor democratice și antifasciste, care vor avea dreptul să-și prezinte candidați.”

În urma acestui comunicat, care reprezenta un angajament solemn al guvernului de a respecta Constituția, Regele începe din nou, cu data de 8 ianuarie 1946, să semneze decretul propus de guvern.

“Dar în fapt o altă nesocotire a Constituției se pregătea. Într-un interviu publicat în presa numai după zece zile de la comunicat, la 18 ianuarie 1946, Lucrețiu Pătrășcanu, ministrul justiției, declară că a pregătit două proiecte de lege, care au căpătat formă definitivă, unul pentru organizarea Reprezentanței Naționale și altul pentru legea electorală, specificând că în conformitate cu primul din acestea Reprezentanța Națională urma să fie organizată într-un singur corp, Adunarea Deputaților, desființându-se deci Senatul, ceea ce era o altă încălcare a Constituției, care prevedea în art. 34, alin II și III, că Reprezentanța Națională este alcătuită din două adunări, Senatul și Adunarea Deputaților.”³ Această formulă a fost criticată cu vehemență de partidele istorice. De altfel, cei doi reprezentanți ai partidelor istorice în Guvern nici nu au semnat proiectele celor două acte normative, părăsind ședința Consiliului de Miniștri înainte de votarea acestora.

Partidul Comunist prin reprezentantul său în Guvern, Lucrețiu Pătrășcanu, aprecia, dimpotrivă, că cele două proiecte au „făcut o operă de adâncă democrație” și sunt pe deplin constituționale.

Practic, Decretul nr. 2218/1946 pentru organizarea Reprezentanței Naționale a revizuit în mod neconstituțional Legea fundamentală din 1923. Astfel, art.17 alin(2) menționa ca Așezământul constituțional din 1923 „a fost modificat prin dispozițiunile acestui decret”.

Tot la 31 iulie 1946 a fost adoptat și Decretul 2219 privitor la alegerile pentru Adunarea Deputaților, legea nr.560/1946 pe baza căreia, în toamna aceluiași an sunt organizate alegeri generale

³ Eleodor Focșeneanu – Istoria constituțională a României (1859-1991), Ediția a II – a revăzută, Editura Humanitas, București, 1998, pag. 97-98

care vor fi câștigate prin fraude electorale de către Blocul Partidelor Democratice manipulat de P.C.R. Cele două partide istorice au obținut împreună 36 de mandate alte două fiind obținute de Partidul Țărănesc Democrat. Rezultatele falsificate ale alegerilor au consolidat foarte mult pozițiile guvernamentale ale Partidului Comunist.

În vara anului următor, Partidul Național Țărănesc este dizolvat prin Jurnal al Consiliului de Miniștri. La scurtă vreme și Partidul Național Liberal părăsește scena vieții politice puternic marcat de convulsii interne și apoi se autodizolvă. La începutul lunii noiembrie 1947, Adunarea Deputaților, care formal reflecta tabloul forțelor politice ale țării, adoptă o moțiune de neîncredere în titularul Ministerului Afacerilor Externe, Gh. Tătărescu, fruntaș al unei aripi dizidente a P.N.L. Ca urmare, miniștrii și subsecretarii de stat liberali demisionează din Guvern.

În felul acesta, P.C.R., beneficiind de sprijin din afara țării, prin fraude, abuzuri, înscenări judiciare, prin manipularea „entuziasmului popular” al unor categorii sociale defavorizate din punct de vedere economic, preia practic puterea în stat.

Printr-o suită de măsuri cu caracter politic și administrativ, P.C.R. îl silește apoi pe Regele Mihai să abdice pentru el și urmașii lui la tronul României. Apare astfel posibilitatea schimbării formei de guvernământ. În aceeași zi a abdicării (30 decembrie 1947), se convoacă Adunarea Deputaților și se adoptă fără respectarea procedurii constituționale de revizuire a Constituției, Legea pentru constituirea statului român în republică populară.

Legea nr. 363 din 30 decembrie 1947 a pus capăt democrației parlamentare din România instituită cu aproape un secol în urmă. Legea a înlăturat principiul separației puterilor în stat; a dat posibilitatea ca în viitor un singur partid politic să-și subordoneze nu numai viața parlamentară, ci și vârfurile structurilor executive ale statului. Legea a consfințit, după actul de abdicare al Regelui, noua formă de guvernământ; a abrogat Constituția din 1923; a stabilit o altă procedură de exercitare a puterii legislative; a instituit un organism însărcinat să exercite puterea executivă (Prezidiul R.P.R. ca organism executiv colegial – șef al statului – ce își subordona Guvernul).

Prezidiul a avut, printre altele, următoarele atribuții: de a convoca Adunarea deputaților în sesiuni extraordinare, la cererea Consiliului de Miniștri, de a semna legile și a dispune la publicarea lor, de a numi și revoca membrii guvernului, la propunerea Consiliului de Miniștri.

Toate celelalte atribuții cu caracter executiv al Prezidiului urmau să se exercite de către acesta, dar prin intermediul Consiliului de Miniștri, organul executiv al puterii de stat.

Guvernul în perioada dictaturii comuniste (30 decembrie 1947 – 22 decembrie 1989)

“Spre deosebire de dictaturile de dreapta, care combat în mod deschis și direct regimul constituțional și deci nu au constituții, dictaturile de stânga se pretind regimuri democratice, chiar cele mai democratice posibile, și deci au și constituții.”⁴

Constituția Republicii Populare Române din 13 aprilie 1948

“Constituția din 13 aprilie 1948 reprezintă produsul tipic al aplicării în viața politică românească a doctrinei și ideologiei comuniste, după modelul sovietic. Pentru prima dată în istoria vieții politice și parlamentare din România, prin actul constituțional din 1948 este înlăturat principiul separației puterilor în stat, organ suprem al puterii de stat devenind Marea Adunare Națională, față de care răspundeau toate celelalte organe ale statului. Constituția din 1948 a marcat trecerea spre un regim guvernamental întemeiat pe monopartidism și autoritarism statal, precum și spre o economie centralizată și dirijată politic.”⁵

⁴ Eleodor Focșeneanu – Istoria constituțională a României (1859-1991), Ediția a II – a revăzută, Editura Humanitas, București, 1998, pag. 115

⁵ Cristian Ionescu – Tratat de drept constituțional contemporan, Ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, pag.417

Constituția prevedea că Guvernul este organul suprem executiv și administrativ, fiind compus din: primul ministru, unul sau mai mulți vicepreședinți și miniștri. Termenul de “Guvern” era echivalent cu acela de “Consiliu de Miniștrii” iar termenul de “Președinte al Consiliului de Miniștri”, cu acela de “Prim-ministru”.

Diposițiile referitoare la Guvern sunt cuprinse în titlul IV al Constituției. Astfel, Guvernul era numit de Marea Adunare Națională, în fața căreia răspundea de activitatea sa, iar în intervalul dintre sesiuni era răspunzător în fața Președintelui Marii Adunări Naționale.

Membrii Guvernului erau desemnați dintre deputații Marii Adunări Naționale sau dintre persoane nefăcând parte din Marea Adunare Națională, aceștia din urmă putând participa la orice deliberare a Marii Adunări Naționale, dar fără drept de vot. Potrivit Constituției, Guvernul este cel care conduce politica generală a Statului în domeniile relațiilor internaționale, coordonează și dă directive generale ministerelor de resort, dirijează și planifică economia națională, realizează bugetul statului, asigură ordinea publică și securitatea Statului, organizează și înzestrează forțele armate.

Deciziile Consiliului de Miniștri erau obligatorii pe întreg teritoriul R.P.R și pentru toți cetățenii. Miniștrii erau răspunzători de faptele lor penale săvârșite în timpul funcțiunii urmând ca o lege specială să stabilească modul de urmărire și judecare al acestora.

Constituția Republicii Populare Române din 24 septembrie 1952

Constituția din 24 septembrie 1952 definea mult mai precis baza politică a statului "democrat-popular", fundamentată pe dictatura proletariatului, stipulând expres căror clase sociale le aparține puterea de stat și indicând modalitatea de exercitare a acestei puteri prin "realizarea alianței dintre clasa muncitoare și țărâimea muncitoare, în care rolul conducător îl deține clasa muncitoare". Forma politică prin care se exercita această putere era reprezentată de organele statului, sistem ce avea o construcție piramidală, ierarhizată și centralizată, în vârful acesteia situându-se Marea Adunare Națională, ca organ suprem al puterii de stat.

Spre deosebire de Constituția din 1948, unde organul suprem executiv și administrativ era denumit guvern, în Constituția din 1952 termenul de “guvern” nu mai este utilizat, vorbindu-se pentru prima dată despre Consiliul de Miniștri ca „organ suprem executiv și de dispoziție” (art.42). Acesta este constituit de către forul legislativ în fața căruia este direct răspunzător pentru activitățile sale.

Dacă în Constituția din 1948 era prevăzută formal răspunderea miniștrilor pentru faptele penale săvârșite în timpul funcțiunii, în Constituția de la 1952 a fost omisă includerea răspunderii ministeriale, conferind astfel membrilor guvernului o imunitate guvernamentală neîntâlnită în nicio constituție. Pentru a transpune în practică deciziile guvernului la nivel local funcționau comitetele executive ale sfaturilor populare, organe executive și de dispoziție subordonate total puterii administrativ-centrale.

Consiliul de Miniștri avea următoarele atribuții:

- a) coordonarea și îndrumarea activității ministerelor și a celorlalte instituții subordonate lui;
- b) luarea de măsuri pentru realizarea planului economiei naționale, a bugetului statului și în vederea consolidării sistemului bănesc și de credit;
- c) luarea de măsuri în vederea asigurării ordinii publice, apărării intereselor statului și ocrotirii drepturilor cetățenilor;
- d) exercitarea conducerii generale în domeniul relațiilor cu statele străine;
- e) fixarea contingentelor anuale de cetățeni care urmau să fie chemați la îndeplinirea serviciului militar activ; conducerea organizării generale a forțelor armate ale țării;
- f) înființarea, după necesități, de comitete și comisii speciale, precum și direcții generale pe lângă Consiliul de Miniștri pentru probleme economice, culturale, juridice și militare.

O modificare minoră a Constituției s-a făcut prin Legea nr.3 din 29 ianuarie 1953 pentru organizarea unor ministere și includerea președintelui Comitetului de Stat pentru Arhitectură și Construcții în Consiliul de Miniștri al Republicii Populare Române.

Ministerul Transporturilor se divide în Ministerul Căilor Ferate și Ministerul Transportului Naval și Aerian (art.1) iar Comitetul Învățământului Superior se transformă în Ministerul Învățământului Superior.

Prin Legea nr. 1 din 25 martie 1961 sunt modificate art.44 și 75 din Constituția Republicii Populare Române. Astfel, atât Consiliul de Miniștri, cât și procurorul general „dau socoteală” de activitatea lor în fața Marii Adunări Naționale, iar în intervalele dintre sesiuni în fața Consiliului de Stat.

Prin această modificare, Consiliul de Stat concentrează prerogativele importante ale puterii executive și ale puterii legislative, în dauna guvernului și a Marii Adunări Naționale.

Constituția Republicii Socialiste România din 21 august 1965

”La 22 aprilie 1964, plenara lărgită a Comitetului Central al Partidului Muncitoresc Român adoptă *Declarația cu privire la poziția P.R.M. în problemele mișcării comuniste și muncitorești internaționale*, prin care comuniștii români, profitând de disensiunile grave dintre partidul comunist din Uniunea Sovietică și cel din R.P. Chineză, încearcă să se emancipeze de sub tutela sovietică. Această atitudine impune însă schimbarea *Constituției Republicii Populare Române din 24 septembrie 1952*, care consacră în textul ei dependența României de U.R.S.S.

De aceea, se fac alegeri la 7 martie 1965 pentru Marea Adunare Națională, care adoptă la 21 august 1965 o nouă constituție. Spre deosebire de constituțiile socialiste anterioare, Constituția din 1965 consacră și fundamentează cel mai pregnant monopolul politic al unei unice formațiuni politice, reprezentată de partidul comunist. Nerecunoscând principiul separației puterilor în stat, actul fundamental din 1965 nu a reușit să încorporeze nici una dintre tradițiile constituționale românești în materie de legislație și de aplicare a acesteia în funcție de organele și instituțiile îndrituite să o facă. Activitatea de elaborare a legilor va fi preluată de către Consiliul de Stat, "organ suprem al puterii de stat, cu activitate permanentă". Modificarea cea mai spectaculoasă a Constituției din 1965 se produce în martie 1974, când se introduce funcția de *președinte* al republicii, care cumulează o multitudine de atribuții transferate de la forul legislativ suprem și de la cel administrativ central.”⁶

Potrivit acestei Constituții, Consiliul de Miniștri exercita conducerea activității executive pe întreg teritoriul țării și avea următoarele atribuții principale:

- a) stabilirea măsurilor pentru aducerea la îndeplinire a politicii interne și externe;
- b) conducerea activității ministerelor;
- c) elaborarea proiectelor planului și bugetului de stat;
- d) înființarea organizațiilor economice și instituțiilor de stat de interes republican;
- e) luarea măsurilor pentru asigurarea ordinii publice, apărarea statului și drepturilor cetățenilor;
- f) exercitarea atribuțiilor de conducere și control asupra activității organelor locale ale administrației de stat.

Consiliul de Miniștri era ales de Marea Adunare Națională, în fața căreia era răspunzător de activitatea depusă, iar în perioadele dintre sesiuni, în fața Consiliului de Stat.

3. Concluzii

În timpul regimului comunist, Guvernul a planificat și controlat toate sectoarele importante ale economiei și a luat toate deciziile referitoare la utilizarea resurselor, producția și distribuția de bunuri și servicii.

⁶ Sandu Dăscălescu – Istoria administrației publice din România, București, 1997 pag. 48

Ca organ suprem al puterii de stat, Guvernul a înlăptuit politica partidului unic fiind subordonat în totalitate intereselor acestuia, deciziile sale concretizându-se în abandonarea intereselor naționale și servilism nemărginit în relațiile cu URSS cu precădere în perioada 1948-1965, anihilarea statului de drept și a pluralismului, distrugerea partidelor politice, prin arestarea liderilor și a militanților, politica de exterminism social (lichidarea fizică, prin asasinat, deportare, întemnițare, muncă forțată, a unor categorii sociale – burghezie, moșierime, țărani, intelectuali, studenți, etc) ghidată de perceptul luptei de clasa, persecuția minorităților etnice, religioase și culturale, represiunea împotriva cultelor și exterminarea sau persecutarea tuturor celor care se opuneau comunismului, deopotrivă din rândul majorității etnic române, ca și din rândul minorităților, desființarea Bisericii Greco – Catolice; arestarea, uciderea, detenția politică sau deportarea țăranilor care opuneau rezistență față de colectivizarea, lichidarea violentă a revoltelor țărănești (1949-1962), reprimarea mișcărilor și acțiunilor studențești din 1956, a mișcărilor muncitorești din Valea Jiului (1977), Brașov (1987) și a celorlalte greve din anii 1980, distrugerea patrimoniului istoric și cultural prin dărâmurile din anii 1980 (un sfert din centrul istoric al Bucureștiului), constrângerea unei părți a populației României de a-și părăsi locuințele în numele politicii de „sistematizare” a zonelor rurale, distrugerea economiei de piață și impunerea unui model rigid, autoritar, ultra-centralizat al economiei planificate, impunerea unor norme aberante privitoare la „alimentația rațională”, înfometarea populației, oprirea căldurii, starea de mizerie, de disperare provenită din degradarea fizică și morală la care regimul a condamnat un întreg popor.

Regimul comunist, prin guvernele care s-au succedat la conducerea statului, deciziile luate în cadrul acestora și urmările ce le-au produs, a reprezentat cea mai neagră perioadă din istoria României, o perioadă care nu trebuie uitată pentru ca așa ceva să nu se mai repete.

Referințe bibliografice:

- Eleodor FOCȘENEANU – *Istoria constituțională a României, Ediția a II-a revăzută*, Editura Humanitas, București, 1998
- Cristian IONESCU – *Tratat de drept constituțional contemporan, Ediția a 2-a*, Editura C.H. Beck, București, 2008
- Manuel GUȚAN – *Istoria administrației publice românești, Ediția a 2-a, revăzută și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2006
- Sandu DĂSCĂLESCU – *Istoria administrației publice din România*, București, 1997
- Raportul final al comisiei prezidențiale pentru analiza dictaturii comuniste din România, București, 2006
- Constituția Republicii Populare Române din 13 aprilie 1948
- Constituția Republicii Populare Române din 24 septembrie 1952
- Constituția Republicii Socialiste România din 21 august 1965

REGIONAL POLICY OF THE EUROPEAN UNION WITH SPECIAL REGARD TO THE HUNGARIAN REGULATION

Szandra SZABÓ*

Abstract

Every European citizen knows the expression of “colourful Europe”. Europe’s geography, society and economy are varied, consequently the Member States’ distinct state of development and the unique specialities of certain territories provide variant living circumstances and opportunities for their citizens. The regional policy deals with the different economic-social development stages of these lands and aims to decrease the differences, to close up the undeveloped regions, thus to strengthen the inner cohesion by providing financial funds. This is one of the most significant policy of the European Union and its importance has grown continuously in the last decade. The purpose of this article is to take a look at the most important features of European regional policy, furthermore to give an example through the analysis of Hungarian regions for the use of EU’s financial support.

Keywords: *Regional policy of the European Union, NUTS classification, Structural Funds, Hungarian regions, Development plans*

The **disparity of social and economic peculiarities of territories** comes with the geographical multi-colourness. Moreover this disparity can be enhanced by the different spatial processes (such as movement of capital or population). As a result, some territories will be in a more favourable position and their development will be more intensive, while others will be behind and have a disadvantageous position. Therefore, there is a need for an **encroachment aiming the development of territories**, regions. The main tasks of regional policy are the mitigation of developmental differences of the territories, as well as helping in the closing-up of the disadvantaged, slowly developing regions, and hereby creating a balance between the territories. Similarly to other policies it requires legal regulation, institutional system, scientific background and professional decision-makers, furthermore it is strongly connected to the other departmental policies.¹

It is practical to know the two most important definitions – regional policy and regions – concerning this topic to understand what are the grounds of this policy. **Regional policy means** all those aims, provisions and procedures which aim to reduce or abolish the economic differences between the developed and backward regions. In the European Union the integration of regions also serves the promotion of the social and economic cohesion.² In contrast with this, the **definition of region** is known and used in several meanings. In the everyday language region is a synonym for a geographical area, land, territory³, while in regional policy it refers to the level between a country and its settlements (i.e. regional level)⁴.

Regional policy operates at several levels (e.g.: country, region, county) with different roles. At the country level the differences and changes between the territories are observed in order to decide which regions need state aid, furthermore nationwide future purposes are determined, plans

* Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary; (szandra.szabo@hotmail.com). This study has been

elaborated under the coordination of Prof. Dr. András Torma.

¹ SZABÓ Pál: Regionális különbségek és regionális politika az Európai Unióban. In: BERNEK Ágnes – KONDOROSI Ferenc – NEMERKÉNYI Antal – SZABÓ Pál: Az Európai Unió, Cartographia Kft, 2004. pp. 107-108

² KENDE Tamás – SZÚCS Tamás: Bevezetés az Európai Unió politikáiba, Complex Kiadó, Budapest, 2009. pp. 451-452

³ In the article I will use most of the time the expression of region, territory for easier understanding.

⁴ 97/2005. (XII. 25.) decree of Parliament on (Hungary’s) National Spatial Development Concept

are harmonized, so the interference will not be against the country's interest. Future local purposes are determined and achieved at a lower level. Therefore in an ideal case the development of territories is a **decentralised policy**, i.e. the decisions concerning the local affairs are made by the democratically elected local bodies and at country level only co-ordination takes place. In the process of territory-development work the first stage is to make a progress report and collect the problems of a certain territory. At the second stage specialists create the so called Spatial Development Concept, then a program which takes into consideration the aims and interests of the population, local institutions, companies of this territory. The future **development plans** – in the order of importance – are expressed in these documents. While the concept refers to the general aims, the program includes the concrete plans and expected costs. The territory's directing board and the decision-makers of the country have to confirm the plans. If enough money from different financial funds are collected for achieving the plans and projects, **applications** will be invited. After the evaluation of these applications the successful candidates attain the money necessary for executing the project and in the future his activity will be supervised by a specialist of the local spatial development body. Beyond a certain date with the help of various analyses, surveys, studies it will be examined whether the executed development achieved the former aim or not.⁵

Due to the EU's regional policy the developmental differences between the Member States reduce year by year, however big **spatial disparity** remains between the Member States and among the regions in each state. In several cases, a state's economy has finally reached the EU-average, but a few of its regions stayed behind of the national and EU-average. This process is affected by the peculiarities of a certain region: economic and structural specialty, geography, regional and national policies, interferences.⁶ Beside these, the efficiency or rather its lack, the difficult and slowly operating institutional system, the too wide and complex system of aims, the lack of flexibility and transparency are often criticized concerning regional policy.⁷

In the light of the aforesaid the system is not perfect yet. In my opinion we will see only after decades that the regions and countries come closer to each other. The question is whether it can happen completely, i.e. the aforementioned cultural, geographical, economic and regional differences – which give the multi-colourness for Europe – can be fully abolished. As I see it, it is true that the aim of the European Union is to reduce these differences, but during this process it tries to keep the multi-colourness, the EU uses these peculiarities as a basis for the future development. The system of regional policy is a very wide and extensive policy, so its fully introduction regarding the limit of this article is impossible. Thus, I will put an emphasis only on the most important elements, which composes the ground of this system. This time the institutional system which provides the appropriate operation of the policy, furthermore the application system will be out of the article, but I sincerely hope that the Reader will understand the correspondences.

1. Special regulation of regional policy of the European Union

The NUTS classification

Nomenclature of Units for Territorial Statistics (NUTS) was introduced in the early 1970's by the statistic body of the EEC, called Eurostat, but it get an official form only in 2003 (by the Regulation (EC) No 1059/2003). The advantage of the NUTS system is the determination of criteria of regions in a manner, that the system will be applicable also after future enlargements.⁸ In

⁵ SZABÓ Pál: Regionális különbségek és regionális politika az Európai Unióban... pp. 108-109

⁶ LÓRÁND Balázs: Az Európai Unió kohéziós politikájának értékelése. In: Európai Tükör XV/4. p.56

⁷ MARJÁN Attila: Gondolatok az EU regionális politikájának aktuális és jövőbeli kihívásairól. In: Európai Tükör XIV/2. p. 70

⁸ CSOMÓS György: A NUTS-rendszer magyarországi alkalmazása. In: Szolnoki Tudományos Közlemények XI., Szolnok, 2007.

the former periods of the development of regional policy it was a problem for the Community that the regions were created by the Member States often on the grounds of historical-cultural traditions, consequently they were very dissimilar in the countries.⁹ However, with the NUTS system certain territories of Member States became comparable, the distribution of financial sources is easier in virtue of objective data, **measurement and analysis of regional data became possible**.¹⁰

As the Article 2 of Regulation (EC) No 1059/2003 stipulates the NUTS classification subdivides the economic territory of the Member States into territorial units. It ascribes to each territorial unit a specific code and name. The NUTS classification is **hierarchical**. It subdivides each Member State into **NUTS level 1** territorial units, each of which is subdivided into **NUTS level 2** territorial units, these in turn each being subdivided into **NUTS level 3** territorial units.¹¹ The administrative units fall under a NUTS level in virtue of the number of its permanent inhabitants. The regulation determines the following population thresholds:

Table 1
Population thresholds of the NUTS levels¹²

Level	Minimum	Maximum
NUTS 1	3 million	7 million
NUTS 2	800 000	3 million
NUTS 3	150 000	800 000

Two other levels of the NUTS classification (level 4 and 5) is known, they were made for smaller territorial units, but concerning regional policy, the two most important levels are 2 and 3.¹³

By the issuance of Regulation (EC) No 1059/2003 the opportunity of creating the borders of the regions freely, on the grounds of interest ceased to exist for the Member States.¹⁴ Regulation (EC) No 1083/2006 modified the Regulation (EC) No 1059/2003 and settled the NUTS 1, 2, 3 levels in each Member State once and for all.¹⁵

Principles of regional policy

The distribution of financial support is determined also by principles and objectives. Concerning principles, we must know that they were changed in 2006. The former principles still exist, but their scope was extended. The rules for the financial period of 2007-2013 are in the Regulation (EC) No 1083/2006. It stipulates the following principles which have to be enforced during the operation of the programs:

a) **Programming**

It means a multiannual programming system organised in several stages comprising the identification of the priorities, the financing, and a system of management and control.¹⁶ Its aim is to have the best efficiency of the projects supported by the EU.¹⁷

b) **Partnership**

⁹ KENDE Tamás – SZŰCS Tamás: Bevezetés az Európai Unió politikáiba... p.457

¹⁰ TORMA András: Európai közigazgatás, régiók, önkormányzatok, Virtuóz Kiadó, 2001. p.168

¹¹ Regulation (EC) No 1059/2003 Art.2

¹² Regulation (EC) No 1059/2003 Art.3

¹³ KENDE Tamás – SZŰCS Tamás: Bevezetés az Európai Unió politikáiba... p.458

¹⁴ TORMA András: Quo vadis európai regionális politika? (II.) In: Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica, Miskolc, Tomus XVII/2. (2009) p. 396

¹⁵ Only Appendix 1 was modified.

¹⁶ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.10

¹⁷ EU-Integráció, önkormányzatok II., Magyar Önkormányzati Szövetségek Társulása, Budapest, 2001., p. 103

It refers to the close cooperation between the Commission and each Member State. Each Member State shall organise, where appropriate and in accordance with current national rules and practices, a partnership with regional, local, urban and other public authorities; economic and social partners and any other appropriate body representing civil society, environmental partners, non-governmental organisations.¹⁸ The reason for the need of this principle is that the efficiency of support is enhanced if the Community supports such development plans which suits the needs of the Member States and other beneficiaries.¹⁹

c) Additionality

Contributions from the Structural Funds shall not replace public or equivalent structural expenditure by a Member State.²⁰ The aim of the EU is not to replace the own development sources of a Member State with the EU sources, rather to supplement them.²¹

d) Shared management

The shared management exist between the Member States and the Commission. The Commission checks the existence and proper functioning of management and control systems in the Member States; interrupts the payment deadline or suspend all or part of payments; checks reimbursements of payments on account.²²

e) Proportional intervention

This new principle includes that the used financial sources shall be proportional to the total amount of expenditure allocated to an operational programme.²³

f) Territorial level of implementation

The regulation states that the Member States are responsible for the operational programmes at the appropriate territorial level, in accordance with the institutional system specific to each Member State.²⁴

g) Complementarity, consistency, coordination and compliance

Firstly, the Funds shall provide assistance which complements national actions, including actions at the regional and local levels, integrating into them the priorities of the Community. Secondly, the Commission and the Member States ensures that assistance from the Funds is consistent with the activities, policies and priorities of the Community. Thirdly, co-financing shall target the European Union priorities of promoting competitiveness and creating jobs. Lastly, operations shall comply with the provisions of the Treaty and of acts adopted under it.²⁵

h) Equality between men and women and non-discrimination

According to this principle the Member States and the Commission shall ensure that equality between men and women and the integration of the gender perspective.²⁶

i) Sustainable development

The objectives shall be pursued in the framework of sustainable development and the Community promotion of the goal of protecting and improving the environment.²⁷

¹⁸ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.11

¹⁹ TORMA András: Quo vadis európai regionális politika? (II.) ... p. 402

²⁰ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.15

²¹ Here I need to emphasize that additionality and co-financing are not synonyms. Since co-financing means that the EU gives supplemental support and requires the proof of the fact that the program could be carried out without the EU's support as well. Source: EU-integráció, önkormányzatok II... p. 103

²² Regulation (EC) No 1083/2006 Art.14

²³ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.13

²⁴ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.12

²⁵ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.9

²⁶ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.16

²⁷ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.17

Objectives of regional policy

Regarding the objectives, the three objectives of the financial term 2000-2006 remained for 2007-2013, but they are much more specified. According to the principle of concentration – which directly does not appear among the principles – the financial support provided for the closing-up of the backward regions can be used only in strict accordance with the objectives defined in the Regulation (EC) No 1083/2006. The regulation involves the following rules:

Objective 1: convergence

This is the primary objective. It aims to speed up the convergence of the least-developed Member States and regions by improving conditions for growth and employment through the increasing and improvement of the quality of investment in physical and human capital, the development of innovation and of the knowledge society, adaptability to economic and social changes, the protection and improvement of the environment, and administrative efficiency.²⁸ Those regions are eligible for funding under this objective which fall under NUTS level 2 and whose GDP per capita is less than 75 % of the average GDP of the EU-25 for the same reference period.²⁹ The regulation stipulates not only the eligibility of the regions, but also the eligibility of the Member States. It says that those Member States are eligible for funding GNI per capita, measured for the period 2001 to 2003, is less than 90 % of the average GNI of the EU-25 and which have a programme for meeting the economic convergence conditions.³⁰

Objective 2: Regional competitiveness and employment

This objective is aimed at strengthening regions' competitiveness and attractiveness as well as employment by anticipating economic and social changes, including those linked to the opening of trade, through the increasing and improvement of the quality of investment in human capital, innovation and the promotion of the knowledge society, entrepreneurship, the protection and improvement of the environment, and the improvement of accessibility, adaptability of workers and businesses as well as the development of inclusive job markets.³¹

Those regions are in this objective, which do not fall under the convergence objective.³²

Objective 3: European territorial cooperation

This one is aimed at strengthening cross-border cooperation through joint local and regional initiatives, strengthening transnational cooperation by means of actions conducive to integrated territorial development linked to the Community priorities, and strengthening interregional cooperation and exchange of experience at the appropriate territorial level.³³ NUTS 3 regions are eligible for the fund here.

Regional policy's share of the budget has also increased over time: by 1988 the share was 17% and since then it has budgeted to be 38% by 2013. For the 2007–2013 Financial Framework, the total funding available is €308 billion, which the highest amount of money up to now.³⁴ Regulation (EC) No 1083/2006 determines by objectives that how much Euro the EU provides for the regions in the framework of regional policy. From the €308 billion those territories receive the biggest amount which fall under the convergence objective, because they get altogether €251,1 billion, which takes the 82% of the total sum. These territories are followed by the regions connected to the Regional

²⁸ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.3. p.2 (a)

²⁹ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.5. p.1

³⁰ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.5. p.2

³¹ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.3. p.2 (b)

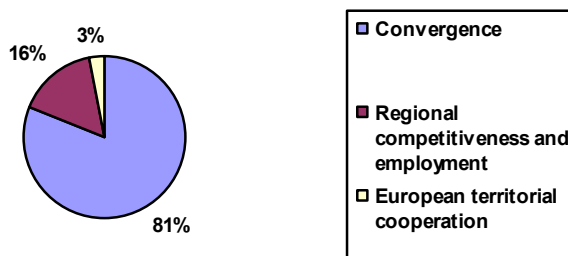
³² Regulation (EC) No 1083/2006 Art.6

³³ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.3. p. 2 (c)

³⁴ The Future of Regional Policy, published by the Authority of the House of Lords, 2008, London, p. 19

competitiveness and employment objective with 16%, which means €49,1 billion. Lastly, €7,7 is provided for the third objective – only the 3% of the total sum –. Diagram 1 illustrates the distribution of the fund.

Diagram 1
Distribution of regional policy's fund by objectives³⁵



Funds of regional policy

For the support of regional policy a **financial instrumental system** made up of several parts were made which went through on a significant change in 2007. Two big groups of the sources are: the Cohesion Fund and the Structural Funds. The latter one until 2007 included the European Regional Development Fund (ERDF), the European Social Fund (ESF), the European Agriculture Guidance and Guarantee Fund (EAGGF) and the Financial Instrument for Fisheries Guidance (FIFG). However, since 2007 EAGGF and FIFG are out of this group and serve the Common Agricultural Policy (CAP).³⁶ The most important facts about the Funds are the followings:

a) **Cohesion Fund**

It has five main peculiarities:

- its money shall only be spent in accordance with the convergence objective,
- the beneficiaries of the support are the Member States instead of the regions,
- this Fund helps the Member States to reach the convergence criteria in order to introduce the Euro in the state,
- the sources shall be used only in the field of environmental protection and traffic infrastructure, moreover the Fund supports exclusively unique, so called big projects,
- the European Commission makes the decision on the project drafts submitted by the government of an eligible Member State.³⁷

b) **European Regional Development Fund (ERDF)**

The main aim of ERDF is to speed up the backward regions regarding their industry, furthermore to promote the restructuring of those regions which are in regression. The Fund participates in the Member States' own development programs.³⁸ ERDF contributes namely towards the financing of: productive investment to create and safeguard sustainable jobs; investment in

³⁵ Regulation (EC) No 1083/2006 Art.19-21

³⁶ TORMA András: Quo vadis európai regionális politika? (II)... p. 407

³⁷ Közigazgatási jog 4, Európai közigazgatás, Z-PRESS, Miskolc, 2008. pp. 123-124

³⁸ RADNÓCZY Zsolt: Támogatások az Európai Unióban, Akadémiai Kiadó, Budapest, 2004, pp. 35-36

infrastructure; the development of endogenous potential by measures which support local development and employment initiatives and the activities of small and medium-sized enterprises.³⁹

c) European Social Fund (ESF)

As the regulation stipulates ESF shall contribute to the priorities of the Community by improving employment and job opportunities, encouraging a high level of employment, more and better jobs.⁴⁰ Its priorities are the followings: adaptability of workers, enterprises, labour market of job seekers and inactive people, preventing unemployment, social inclusion of disadvantaged people, enhancing human capital.⁴¹

These points compose the basis of the regional policy of the EU. As a brief summary we can say that common regional policy has grown importance since it was made as an essential instrument of economic and social cohesion. The efforts of the Union to develop its poorest regions are proving to be successful, however great disparities exist among the various regions of the EU.

2. Regional policy of Hungary

Hungary joined the EU in 2004, so the system of European regional policy was introduced in Hungary the same year. In this article I won't explain the exact system, instead through the presentation of the Hungarian regions I would like to give an example how the development of regions in practice is provided by the EU's funds.

However, you must know that Hungary is divided into **seven NUTS 2 regions**⁴² in accordance with the regulations, three counties (which have already existed) composes one region (the regions are illustrated by graphic 1). Furthermore, the National Strategic Reference Framework – which includes the developments – was drafted; the required institutional and application system was also created. Thus, the professional background came to existence for receiving the financial help of the EU.

In the present situation **Hungary lags behind the EU average**, furthermore the state of development of Hungarian regions are also very distinct. Hungary has three developed and four undeveloped regions, among these the most developed region (Central Hungary region) is where the capital city (Budapest) is located, this is the only region which falls under the second objective of regional policy. The spatial differences appear at several levels: between bigger and smaller towns, between border-land and heartland, etc. Therefore the standard of public education, public health and transport are distinct. Moreover the rate of unemployment is high, the GDP per capita is low. Due to this backlog Hungary is in a “lucky” situation, since received a high amount of money from the EU for developing its regions. Between 2007 and 2013 the country is **eligible for** a development fund of **€22.4 billion** (whereby €6789.9 billion get into the regional policy). For the distribution of this fund **The New Hungary Development Plan** was drafted which says the fund of the EU is a historical opportunity for Hungary. The possibility for development is given, the country only has to use it well. The primary aim of the Plan is the expansion of employment and the establishment of the conditions of sustained economic growth. In the framework of regional development emphasis is put on profiting from the local facilities. This is provided by the seven

³⁹ MOUSSIS, Nicholas: Access to European Union, law, economics, policies. European Study Service, 2002. p. 206

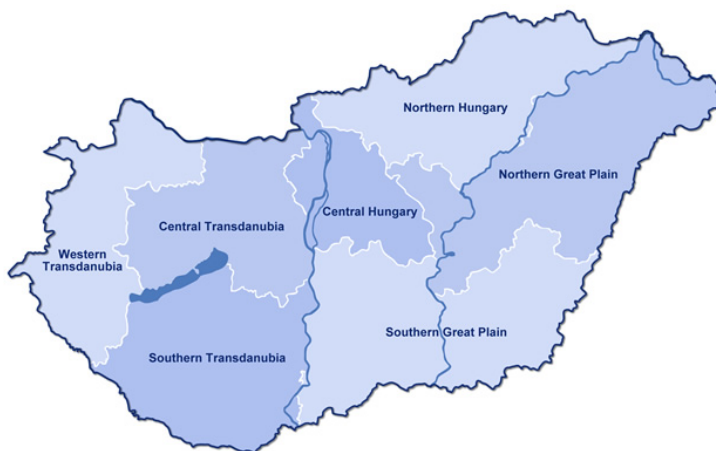
⁴⁰ Regulation (EC) No 1081/2006 Art.2

⁴¹ Regulation (EC) No 1081/2006 Art.3

⁴² Regulation (EC) No 1059/2003 The regions are: Central Hungary, Northern Hungary, Northern Great Plain, Southern Great Plain, Central Transdanubia, Southern Transdanubia, Western Transdanubia

regional operational programme made by every region. I made the comparative analysis of these programmes⁴³ and introduce it here briefly.

Graphic 1
The NUTS 2 regions of Hungary⁴⁴



After the **evaluation of the regional operational programmes** I obtained the following statements:

- Each programme includes the progress report of the regions, the purposes, the development strategies, the priorities, the planned interferences (so called measures), the financial plan and the execution of the programme in detail.
- The fund was distributed fairly, in accordance with the state of development of the regions, i.e. the more undeveloped a region is, the more money it gets.
- The regions use the fund in different ways, since from the SWOT analysis we know that every territory has distinct strengths and weaknesses, so they need support at different fields.
- Priority axes are stated in the programmes regarding which field needs development. These priority axes affect complex areas which are in a strong connection to each other or even built on each other. Any bigger measure affects other priority, so none of the plans exist without each other.
- Distribution of fund and the determination of necessities are in the scope of authority of regions. I agree with this regulation, because in my opinion the local facilities of the regions would not have been revealed so fully centrally. The principle of subsidiarity makes the opportunity for the decision-makers to possess precise information about the real needs and opinions of citizens and territories.

Each region drafts an overall objective in one or two sentences, which is broken down into specific objectives, then into priority axes and later the measures are adjusted to these elements. The truth is that the regions draft the priorities in different ways, but I can tell that the **priorities concern six areas: economy, tourism, transport infrastructure, environmental protection, settlement development and human infrastructure**. From the Funds these areas are supported. From the regional operational programmes we can get to know how much money is devoted to the

⁴³ Hereinafter you will see my analysis of the seven regional operational programme of Hungary, therefore I ignore footnotes at the next pages. You can find these official documents in English at the following website: www.nfu.hu

⁴⁴ itdh.com

developments in each region. Each region devotes a different amount of money to the various priorities, certainly in accordance with the needs. Concerning the distribution it is also a fact that the importance of the priorities is different in the regions. In every territory there are one or two priorities which prevail among the others and more money is spent on them. Hereinafter I analyse the abovementioned six priority axes on the grounds of what are the needs of the regions and what kind of development measures are planned.

Development of economy

Probably several experts would consider the development of economy as the **most important priority** since most of the time the indicator of a country's standard of living is the GDP, the rate of unemployment and the income. The definition of economy covers a wide area, its development is complex. In the regional operational programmes this priority axis is broken down into the following elements – so **development areas** – : innovation, networks and co-operation, infrastructure, stimulation of investment, better exploitation of industrial parks, counselling, developing enterprises, research and development.

Central Hungary region (the region in which Budapest is located) devotes the biggest amount of money to the development of economy. Despite the fact that this is the most developed Hungarian region it needs development. According to the SWOT analysis the biggest problem in the region is the lack of co-operation between large companies and local enterprises, inadequate business skills, innovation ambitions, weak co-operation between businesses and researchers. Besides the main aims of this region are to improve the international competitiveness and to develop the capital city and its conurbation.

In the case of the other regions the most general element is developing **co-operation**, strengthening networks and **innovation**. The reason for it is the lack or weak co-operation between the actors of economy. Many times it is also a problem that the structure of researches doesn't match the needs of the **businesses**, sometimes they work irrespectively of each other. Not only the development of networks between the businesses, but also the development of the enterprises is an urgent necessity. At many places the small and medium enterprises cope with the problem of shortage of capital, weak competitiveness and market position. At other places entrepreneurs are not so active. Among the aims we saw the stimulation of investments, which can aim domestic and foreign capital as well, since in every region the number of foreign investors fell back.

On the top of these Hungary has a prominent aim which concerns every region: to loosen **Budapest's predomination**. For the sake of this **regional centres** will be developed, development poles and axis will be created. To my mind, with strong towns the closing-up will be much easier.

Development of tourism

In my opinion tourism is the sector in which every region sees **big opportunities** and hope **high incomings**. The further aims are always to increase tourism income, to raise the number of guest and to lift up the average time of stay. Development of tourism is also divided into several **elements**: health, active and cultural tourism, improving the capacity utilisation of commercial accommodation, quality development in the services, strengthening management and marketing.

Despite the fact that domestic tourism is more attractive year by year, the low advertising of world heritage, tourist attractions and cultural programmes makes a problem in every region (that is why strengthening **marketing** is necessary), moreover the quality of the **services** are not sufficient. Because of the transvalued attractions and the change in the scope of guests the creation of a “**new, unique image**” would be necessary at several places. At the same time if these will be developed and more tourists go to the regions, then the bad quality and low number of **commercial accommodation** would definitely mean a serious problem, thus the development and improvement of capacity of accommodation are definitely needed. When I read the operational programmes I found it strange that almost every programme says that the existing accommodation is unused.

Therefore I would put the emphasis on improving the quality of the existing accommodation instead of enlarging them in those regions which are visited by tourists only for a few days and not for a real long holiday.

People pay nowadays more attention to **health tourism** in Hungary. The country is rich in medicinal and thermal waters, the regions try to use this peculiarity. New wellness centres and health resorts are being built continuously. Besides it heritage, cultural and bicycle tourism, the offers of the bigger lakes became very popular as well. The region which has a great background for developing tourism, tries to build on the abovementioned elements.

Development of environmental protection

For the first sight environmental protection seems to be the least area of all despite the fact that **every tender has strict environmental criteria** which shall be observed every time. It is true that this area gets less emphasis, but even it is **not a concrete priority** most of the time, it is very important in every operational programme since the environmental aspects are always considered in the various plans, mostly by not damaging the environment during the execution of measures. However in several backward regions the lack or not sufficient **quality of the sewage system**, the improper **behaviour of people** and the **undeveloped infrastructure** mean a serious problem. The regions intend to solve these concerns with certain measures, such as building sewage system and rainwater drainage, developing the process of sewage works in smaller towns or villages, calling the requirements of rational environmental management into being.

Settlement development

This priority can be divided into two main categories: **infrastructural development** of towns, renovating the old and dangerous buildings, improving the townscape; and developing the smaller towns, villages which are far away from the bigger towns, supporting **social urban rehabilitation**. In most of the regional centres and in several bigger towns the change of the economic character and the bad condition of the public buildings mean a big problem and contributes to the moving of people. However by the development of smaller towns the problem could be solved: people would not move to the bigger towns in order to live in a nicer surrounding, rather live near the towns in a calm area and go to the town only for working.

Development of **Budapest** has an important place among the purposes, because the aim is to lift up Budapest to the standard of the West-European capital cities. However, Hungary's plan is to create regional centres, **development poles**, so not only Budapest will be important in the economy. In general terms the **development of centres of towns** aims to make aesthetic renewal (e.g.: renovation of buildings), improve the efficiency of energy, create new parks, expand the functions of the town, set the unused territories into the structure of the town. In contrast with this, at the crisis-parts of the town new economic, cultural and social functions need to be formed.

As a result of the measures **attractive townscape** and infrastructure will be made, the **living circumstances will upgrade**, the operation of businesses and local organizations will develop, and all these contribute to the better economy and tourism. The prerequisites of a local community life will also come to existence which will help the re-integration of disadvantaged groups.

Development of transport infrastructure

The development of transport infrastructure is strongly connected with the settlement development, because the **accessibility of towns** is very important. In addition, the good **quality of roads** and **short travelling time** is also significant. In several regions farming areas and sparsely located little villages became typical, so the lack of highways and semi-motorways, the bad condition of the existing roads mean a big problem. Development of **road network** is also significant, it can enhance the economy. Since emphasis is put on the development of regional centres, transport between these centres needs to be sufficient. Generally, the regions intend to apply the following

measures in this area: improvement of accessibility for disadvantaged areas; reducing disparities between municipalities and micro-regions; modernisation of community transport; increase in the number of passengers using public transport; reduce noise nuisance and pollution; building the missing roads, bus lanes, bus stops; and creating transport junctions. Construction of **cycle path** network is also required, since in the everyday life and also in tourism the use of bicycle increased and became more popular.

Human infrastructure development

In this priority the measures intend to reduce the differences arising from the backward rural territories; support the underdeveloped places; improve the state of health, mental and psychological condition of inhabitants; and to develop the quality of human infrastructure. Hopefully as a result of these interferences public health services will be easily accessible for the people, services will be more efficient and the number of workplaces will grow.

The elements of human infrastructure development can be divided into four bigger groups, which are in connection with the system of **public health and social services, public education and public services**. The importance of this priority is high because the health indicators of people are not good in Hungary. It is a general fact that the mortality rate and the number of diseased people are high, moreover it is proven that the country has lots of alcoholic and smoker citizen, and the number of doctors is low. Beside all these facts, the little towns and villages cannot keep in steps with the institutions of big towns, the standard of service is very distinct in the regions and the system is overladen. The regions try to solve these problems with interferences which contribute to establishing basic care, outpatient care and mobile healthcare services; and a comprehensive and integrated care for the elderly. In order to **improve the population's health** screening programs should be rolled out, crisis helpline services should be extended and the health visitor network should be developed. It is a key priority to establish prevention opportunities that are available to everyone and to raise public awareness of their importance.

The **modernization of public education** is required because of the low level of people's qualification, the not so attractive standard of the villages' primary schools and also because of the segregation of the Roma.

From my point of view human infrastructure is such a **complex field** that for its development the financial support of the EU is not enough. The system of health care and public education needs a big change as well.

Summary

I found the system of regional policy appropriate and logically planned, however it is facing criticism because of its complexity, inflexibility and the (likely) non-objective peculiarity of the evaluation reports. I think complexity should not be regarded as a disadvantage, rather as a proof of a policy which is fully regulated from different aspects. It is an essential characteristic for a better distribution of funds and serves the EU's aims. Honestly, I do not believe that the differences between the regions can fully disappear, but I hope that they will decrease and the less developed Member States will be able to show a big development.

The expression of 'smiling face of the EU' is already a commonplace in Europe. It refers to the regional policy due to the fact that the European citizens can feel the EU's support in their environment and the positive change of their living circumstances is visible. I think that it has a key importance for the people, because the positive change of the economic indicators of a country does not always affect the life of the individuals. However, the development of regions and territories contribute to liveable towns and a higher standard of living conditions. If there is a development, people will be happier and smile more often. I hope not only that the evaluation reports will show

positive numbers in the future, but also that the European citizens will feel the changes and they will appreciate the support of the European Union.

References:

- SZABÓ Pál: Regionális különbségek és regionális politika az Európai Unióban. In: BERNEK Ágnes – KONDOROSI Ferenc – NEMERKÉNYI Antal – SZABÓ Pál: Az Európai Unió /Cartographia Kft, 2004/
- KENDE Tamás – SZÚCS Tamás: Bevezetés az Európai Unió politikáiba /Complex Kiadó, Budapest, 2009/
- LÓRÁND Balázs: Az Európai Unió kohéziós politikájának értékelése /In: Európai Tükör XV/4./
- MARJÁN Attila: Gondolatok az EU regionális politikájának aktuális és jövőbeli kihívásairól. /In: Európai Tükör XIV/2./
- CSOMÓS György: A NUTS-rendszer magyarországi alkalmazása. /In: Szolnoki Tudományos Közlemények XI., Szolnok, 2007/
- TORMA András: Európai közigazgatás, régiók, önkormányzatok /Virtuóz Kiadó, 2001/
- TORMA András: Quo vadis európai regionális politika? (II.) /In: Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica, Miskolc, Tomus XVII/2. 2009/
- EU-Integráció, önkormányzatok II. /Magyar Önkormányzati Szövetségek Társulása, Budapest, 2001/
- Future of Regional Policy /published by the Authority of the House of Lords, 2008, London/
- Közigazgatási jog 4, Európai közigazgatás /Z-PRESS, Miskolc, 2008/
- RADNÓCZY Zsolt: Támogatások az Európai Unióban /Akadémiai Kiadó, Budapest, 2004/
- Nicholas MOUSSIS: Access to European Union, law, economics, policies /European Study Service, 2002/
- 97/2005. (XII. 25.) decree of Parliament on (Hungary's) National Spatial Development Concept
- Regulation (EC) No 1059/2003
- Regulation (EC) No 1083/2006
- Regulation (EC) No 1081/2006
- Central Hungary Operational Programme, Northern Hungary Operational Programme, Northern Great Plain Operational Programme, Southern Great Plain Operational Programme, Central Transdanubia Operational Programme, Southern Transdanubia Operational Programme, Western Transdanubia Operational Programme /Source: www.nfu.hu)

THE SCHENGEN ACQUIS

Patricia-Casandra PAPUC*

Abstract

In this paper, we will begin by analysing the Schengen concept from various perspectives:

- 1. historical*
- 2. economical*
- 3. political*
- 4. social*
- 5. teritorial*

Besides these perspectives, we will analyse also the importance of the Schengen Acquis, more specifically what does this Acquis mean, what is it composed of, it's legal force, etc.

Another problem that we will debate refers to the beginning of the Schengen idea, particularly at the founding countries of the Schengen space, but also about the countries that bonded later.

We will conclude with the analyse of Romania regarding the Schengen space. Why does Romania want to adhere? Why wasn't Romania accepted until this moment? If it will be incorporated in Schengen, what modifications will there appear? The advantages and disadvantages of the bonding of Romania? These are some of the questions which I would like to respond in this paper.

Cuvinte cheie: *Schengen, Acord, Acquis, Circulație, Vize*

Introducere

Deviza Uniunii Europene: “Unitate în diversitate” este întărită prin numeroase acorduri, tratate și instituții aparținând Comunității europene. Unul dintre aceste acorduri, de o importanță considerabilă este Acordul Schengen, care statuează un principiu esențial și anume cel al “libertății de mișcare”.

Principiul libertății de mișcare este vital pentru cetățenii Europei, deoarece reprezintă un salt uriaș în evoluția evoluția societății. Acordul Schengen este format dintr-o serie de drepturi și obligații pentru țările semnate, care poartă denumirea de Acquis-ul Schengen.

Din aceste considerente în prezenta lucrare vom aborda problematică Acquis-ului Schengen, mai ales datorită faptului că România este în curs de aderare la acesta. Inserția României în peisajul Schengen va reprezenta un triumf din punct de vedere internațional pentru statul român și va avea totodată și un impact covârșitor asupra populației.

1. Scurt istoric. La sfârșitul celui de-al doilea Război Mondial populația și teritoriul european erau ruinate economic și social, fapt ce a permis cu ușurință aplicarea ideilor de unitate europeană pentru depășirea situațiilor de criză generală. Primă măsură în crearea Uniunii Europene a fost constituirea Organizației Europene de Cooperare Economică prin Tratatul de la Paris din anul 1948 pentru dirijarea ajutoarelor comune oferită de către SUA prin planul Marshal statelor occidentale europene distruse în urma celui de-al doilea Război Mondial. Prin această organizare s-a realizat o cooperare economică regională ce a vizat obiectivul economic de refacere a capacității economice și tehnice pentru creșterea rapidă a productivității nivelului de viață al populației europene. Tratatul Uniunii Europene ce au consolidat democrația și idea de unitate la nivel European au fost: C.E.C.O (1951); C.E.E și EURATOM- C.E.E.A. (1957); Roma (1952); Schengen (

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof.univ.dr. Augustin Fuerea și prep. Univ. Oana Dumitriu

1985); Actul Unic European (1986); Maastrich (1992); Amsterdam (1997, care încorporează Acquis-ul Schengen în legislația Uniunii Europene), Nisa (2001); Prum (2005); Lisabona (2007).¹

Toate aceste tratate joacă un rol esențial în dezvoltarea societății, dar în prezenta lucrare vom aborda problema Acquis-ului Schengen. Conceptul de Acquis este unul extrem de complex și reprezintă chintesența Uniunii Europene, fără de care cooperarea interstatală nu ar putea exista. Termenul *acquis* provine din limba franceză. Astfel, Acquis-ul comunitar reprezintă ansamblul de drepturi și obligații asumate de statele membre ale Uniunii Europene, normele juridice ce reglementează activitatea Comunităților Europene și a instituțiilor UE, acțiunile și politicile comunitare.” Termenul „*acquis*” provine din limba franceză și înseamnă „ceea ce s-a dobândit”. Acquis-ul comunitar are o evoluție constantă și cuprinde:

- principiile și obiectivele politice cuprinse în Tratat;
- legislația adoptată pentru aplicarea Tratatelor precum și jurisprudența Curții de Justiție și al afacerilor interne;
- actele adoptate cu privire la politica externă și de securitate comună; actele adoptate în cadrul justiției și al afacerilor interne;
- acordurile internaționale încheiate de către Comunitățile europene, precum și cele încheiate de către statele membre între ele în domeniul de activitate al Uniunii.²

2. Geneza ideii Schengen. La începutul anilor 80' a demarat la nivel european o discuție în legătură cu necesitatea termenului de ”libertate de mișcare”. Ca atare, în anul 1984, fostul cancelar german Helmut Kohl s-a întâlnit cu președintele de atunci al Franței Francois Mitterand, la trecerea frontierei ”Golden Bren”, din apropiere de Saarbrücken. În acest loc, cei doi au luat decizia de a elimina controalele la frontiera dintre Germania și Franța. Nici unul dintre ei nu credea pe atunci ce însemnătate

vizionara va avea în viitor acest gest, pentru un continent european fără granițe interne și fără controale la frontiera dintre state. Aceasta viziune a celor doi a condus în prima fază la un acord nu doar între Germania și Franța, la această idee au aderat și Țările de Jos, Belgia și Luxemburg. Prin urmare, în anul 1985 între aceste state a fost încheiat un tratat, pe nava ”Astrid”, pe raul Mosel, în dreptul micii localități de frontieră Schengen din Luxemburg.

După cum arată doctrina de specialitate, nevoia pentru apariția acestui **Acord** a pornit din mai multe considerente, dintre care cele mai importante au fost:

1. progresele înregistrate în cadrul Comunităților Europene în vederea asigurării liberei circulații atât a persoanelor, cât și a mărfurilor și serviciilor;
2. necesitatea consolidării solidarității între popoare, prin eliminarea barierelor din calea liberei circulații la granițele comune între Statele Uniunii Economice a Beneluxului, Republicii Federale Germania și nu în ultimul rând al Republicii Franceze;
3. obiectivitatea efortului de amplificare a raporturilor dintre popoarele statelor membre ale Comunităților Europene prin intermediul liberei treceri a granițelor interioare pentru resortisanții lor și ale liberei circulații a mărfurilor și a serviciilor;
4. dorința ancestrală de a suprima controlul granițelor comune.

3. Măsurile adoptate de către statele semnatare:

- eliminarea controalelor la frontieră și stabilirea unui set de reguli pentru traversarea frontierelor externe
- separarea fluxurilor de pasageri atât în porturi cât și în aeroporturi

¹ http://www.ijpfiasi.ro/schengen/ISTORICUL_UE_SI_SCHENGEN-REZUMAT.pdf

² Fuerea, Augustin, Drept comunitar european, Partea generală, editura All Beck, București, 2003

- armonizarea regulilor referitoare la acordarea de vize
- stabilirea unor reguli exacte pentru solicitanții de azil
- introducerea unor reguli referitoare la supravegherea și urmărirea tranfrontaliera pentru forțele de poliție din statele Schengen
- întărirea cooperării judiciare prin intermediul unui sistem rapid de extrădare și implementare a deciziilor judecătorești
- crearea sistemului informatic Schengen³

4. Convenția de Implementare a Acordului Schengen. Aceasta a avut loc în anul 1990, la data de 19 Iunie, dar a intrat în vigoare doar în anul 1995. Prin intrarea în vigoare a Convenției s-au eliminate controalele la frontierele interne ale statelor semnatare și a fost creată astfel o singură frontiera externă unde controalele se desfășoară conform unui set de reguli clare.:

Titlul 2: Eliminarea controalelor la frontiera internă și circulația persoanelor

Controlul frontierelor: traversarea frontierelor interne și externe: Regulamentul prevede absența controalelor la frontierele interne și stabilește reguli ce stau la baza traversării frontierelor externe.

Regimul de vize: Convenția Schengen prevede adoptarea unei politici comune privind regimul de vize. Articolul 10-17 reglementează regimul de eliberare a vizelor pentru acele vize care nu depășesc 3 luni. Articolul 25 reglementează modalitățile de eliberare a unui permis de ședere, pentru motive serioase, cu precădere motive umanitare, sau ca urmare a angajamentelor internaționale pentru străinii în legătură cu care există o alertă în vederea non-admisiei.

Titlul 3: Poliția și securitatea

Cooperarea polițienească, cea vamală și judecătorească au fost dezvoltate împreună cu principiul liberei circulații a persoanelor pentru a asigura faptul că desființarea controalelor la frontiera nu va conduce la o intensificare a crimei organizate. Articolul 40, 41, 43 se referă la instrumentele care privesc supravegherea și urmărirea tranfrontiera a unui suspect, care se sustrage urmării traversând frontierele naționale a statelor semnatare.

Asistența reciprocă în materie penală. Articolul 48-69 fac referire la asistența reciprocă în materie civilă și penală care se poate acorda în acțiuni intentate de autoritățile administrative cu privire la acte care sunt pedepsite conform legislației naționale a uneia dintre părțile contractante.

Substanțe stupefiante: Articolul 70-76 prevăd că statele membre se angajează să adopte toate măsurile necesare pentru a preveni și pedepsi traficul ilegal de substanțe stupefiante și psihotrope.

Arme de foc și muniții: Articolul 77-91 se referă la armonizarea legislațiilor naționale referitoare la achiziționarea, deținerea, comerțul și înstrăinarea armelor de foc și munițiilor precum și clasificarea armelor de foc.

Titlul 4: Sistemul Informatic Schengen

Capitole care privesc următoarele domenii

- a. crearea sistemului informatic Schenge
- b. funcționarea și utilizarea ȘIS
- c. protecția datelor cu caracter personal și securitatea datelor în ȘIS

Părțile semnatare ale Convenției vor crea și vor administra un sistem informatic comun, denumit ȘIS, compus din:

- o secțiune națională (N. ȘIS) în fiecare stat
- un serviciu de asistență tehnică- o unitate centrală (C. ȘIS) ce se afla la Strasbourg, Franța.

³ <http://www.schengen.mai.gov.ro/index01.htm>

Sistemul permite autorităților desemnate de fiecare stat membru ca prin intermediul unei proceduri de căutare automată să aibă acces la semnalurile cu privire la persoane și obiecte. Convenția de implementare menționează că datele din ȘIȘ pot fi copiate numai în scopuri tehnice, cu condiția ca aceasta copiere să fie necesară pentru că autoritățile competente să poată efectua o căutare directă.

Titlul 5. Transportul și circulația mărfurilor

Titlul 6. Protecția datelor cu caracter personal⁴

5. Tipuri de prevederi ale Acquis-ului Schengen: primul tip se referă la condițiile care trebuie îndeplinite înainte de aderarea la Uniunea Europeană și cel de-al doilea tip se referă la condițiile după aderarea la Comunitatea Europeană. Prima categorie de prevederi se referă la ridicarea controalelor la frontierele interne (Categorია I, etapa pre-aderare la UE). Pentru a ne edifica cu privire la acest principiu putem lua cazul cel mai cunoscut, cel al României care a implementat prevederile din prima categorie înainte de aderarea la Uniunea Europeană, fără să fie supusă procesului de evaluare Schengen. Implementarea și monitorizarea prevederilor din această categorie au făcut parte din procesul de pregătire pentru aderarea la UE. Ca și principiu, toate țările membre ale Uniunii Europene sunt și membre ale Acordului Schengen.

A doua categorie de prevederi este direct legată de ridicarea controalelor la frontierele interne (Categorია a II-a, etapa post-aderare la UE). Implementarea și aplicarea prevederilor din Categoria a II-a presupune că toate pre-condițiile legislative, operative și tehnice să fie îndeplinite, în special cerințele referitoare la accesul la ȘIȘ II și la un control eficient la frontierele externe. În acest context, România trebuie să țină cont inclusiv de recomandările și de cele mai bune practici reliefate în cadrul evaluărilor Schengen care se derulează în alte state membre UE.

Procesul de evaluare constă în verificarea îndeplinirii tuturor condițiilor necesare implementării depline a acquis-ului Schengen. Acest lucru presupune că statele trebuie să-și demonstreze capacitatea de a îndeplini cerințele acquis-ului Schengen într-o manieră uniformă, corectă, consistentă și eficientă. Evaluarea Schengen este în responsabilitatea Grupului de Lucru Evaluare Schengen din cadrul Consiliului UE. În ceea ce privește cele două tipuri de prevederi, există anumite diferențieri între state datorate calității pe care o au și anume state cu drepturi depline și cele fără drepturi depline.

Statele care fac parte cu drepturi depline din spațiul Schengen sunt următoarele: Austria, Belgia, Cehia, Danemarca, Estonia, Finlanda, Franța, Germania, Grecia, Islanda, Italia, Lituania, Letonia, Luxemburg, Malta, Norvegia, Olanda, Polonia, Portugalia, Slovacia, Slovenia, Spania, Suedia, Ungaria. Dar nu toate statele care fac parte din spațiul Schengen au aceleași drepturi și obligații. Există anumite excepții precum Islanda, Norvegia și Elveția, care deși sunt membre în spațiul Schengen nu sunt și membre în Uniunea Europeană. Totodată, o altă excepție o reprezintă Regatul Unit și Irlanda, care deși sunt membre ale Uniunii Europene, au decis să nu aplice în totalitate acquis-ul Schengen, dar colaborează cu celelalte state membre în anumite domenii.

6. Beneficiile aderării la spațiul Schengen:

1. Ridicarea controalelor între frontierele statelor membre Schengen

Trecerea frontierelor se poate realiza indiferent de oră și în orice loc, iar cetățenii statelor membre care călătoresc în spațiul Schengen trebuie să aibă asupra lor un document de identitate valabil. Trecerea frontierelor interne poate fi asemănată cu o călătorie în interiorul țării. Controlul la frontiera internă Schengen pot fi introduse pentru o perioadă limitată din motive de ordine publică sau securitate națională, decizie ce este luată la nivelul fiecărui stat membru Schengen.

⁴<http://www.schengen.ro/Documente/utile/catutil/DE%20LA%20SCHENGEN%20LA%20PRUM%20final.pdf>

2. Libertatea de circulație a persoanelor

Reprezintă beneficiul adus de aderarea la spațiul Schengen însă odată cu eliminarea controalelor la frontiere crește și pericolul pentru securitatea internă a țărilor implicate. În compensație a fost necesară adoptarea unor măsuri pentru întărirea securității la granițele exterioare ale Uniunii și totodată sporirea cooperării forțelor de poliție și autoritățile judiciare în vederea combaterii criminalității transfrontaliere. ȘIS asistenta operativa reciprocă și schimbul direct de informații între forțele de poliție precum și supravegherea și urmărirea transfrontalieră a infracțiunilor reprezintă mijloace de luptă împotriva terorismului, crimei organizate, traficului de ființe umane și a imigrației ilegale. În același timp a fost adoptat un set de reguli uniforme care să asigure cetățenilor statelor membre protejarea datelor cu caracter personal împotriva oricăror încălcări a drepturilor fundamentale. Deplasarea exagerată a migraților a devenit o caracteristică permanentă a Europei de astăzi. Confruntându-se cu aceste provocări transfrontaliere cetățenii europeni cer mai multă acțiune și mai multă siguranță atât la nivel național, cât și la nivel european.

3. Libera circulație a serviciilor

Prin Tratat se elimină restricțiile privind libertatea de a presta servicii în cadrul comunității cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat al comunității decât cel al beneficiarului serviciilor.

4. Libera circulație a capitalurilor

În măsură necesară bunei funcționări a pieței comune statele participante elimina treptat în relația dintre ele restricțiile impuse circulației capitalurilor aparținând rezidenților statelor membre, precum și tratamentul discriminator în baza cetățeniei ori naționalității sau a reședinței ori a sediului social al părților sau al locului plasamentului de capital. La încheierea perioadelor de tranziție solicitate de statele aderente nu se mai aplica nici un fel de restricție plăților curente aferente circulației capitalurilor între statele membre

Din punct de vedere al cetățeanului european cel mai lăudat dintre câștigurile zonei Schengen este comoditatea cetățenilor, timpul economisit la trecerea frontierei, timp care pentru transportatori înseamnă și bani. Temerile unora dintre statele membre că lipsa controlului la granițe va duce la creșterea infracționatății s-au dovedit nejustificate. Spre exemplu, Germania, care s-a temut că va fi invadată de infractori în 2007, când a aderat Polonia la Schengen, a constatat cu surprindere că, un an mai târziu, în landul Brandenburg de la granița cu Polonia, infracționalitatea a scăzut cu 12%. Aceasta s-a datorat cooperării polițienești a autorităților judiciare în lupta împotriva criminalității internaționale, pe care o oferă spațiul Schengen.⁵

7. Modificări aduse spațiului Schengen prin Tratatul de la Prum

La data de 27 mai 2005, 7 state ale Uniunii Europene au semnat la Prum: ” Tratatul între Regatul Belgiei, Republica Federală Germană, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Marele ducat al Luxemburgului, Regatul Țărilor de Jos și Republica Austriacă privind aprofundarea cooperării Transfontaliere în special în vederea combaterii terorismului, criminalității transfrontaliere și migrației ilegale.

Denumit și Schengen 3 tratatul are ca obiectiv intensificarea cooperării între statele semnatare în lupta împotriva terorismului, criminalității transfrontaliere și migrației ilegale prin intermediul schimbului de date genetice ADN, amprente digitale, înmatricularea de vehicule și alte date cu caracter personal. Tratatul prevede de asemenea constituirea de patrulare comune și alte forme de intervenție (însoțitori de securitate la bordul aeronavelor, asistenta comună la evenimentele de mare anvergură).

⁵ <http://www.schengen.mai.gov.ro/Documente/utile/catutil/De%20%LA%20schengen%20LA%20PRUM%20final.pdf>

În data de 5 Februarie 2006 a fost semnat un Acord de Implementare Tehnică și Administrativă care conține prevederi necesare implementării tehnice și administrative a Tratatului. La data de 1 Decembrie 2009 a intrat în vigoare tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, semnate de Lisabona în 13 Decembrie 2007. Una dintre modificările aduse de acest Tratat este că denumirea de Tratat de instituire a Comunităților Europene a fost înlocuit cu cea de Uniune. În partea doua a acestui Tratat este instituit Titlul 5: Spațiu de libertate și de justiție; dispozițiile generale, poliția privind controlul la frontiere, dreptul de azil și imigrare, cooperarea judecătorească în materie civilă, cooperarea judecătorească în materie penală, cooperarea polițienească.

8. Aderarea României la spațiul Schengen

Implementarea și aplicarea prevederilor din Categoria II presupune că toate pre-condițiile legislative, operative și tehnice să fie îndeplinite, în special cerințele referitoare la accesul la ȘIȘ și la un control eficient al frontierelor externe. În acest context, România trebuie să țină cont inclusiv de recomandările și cele mai bune practici reliefate în cadrul evaluărilor Schengen care se derulează în alte state membre UE.

Procesul de evaluare consta în verificarea îndeplinirii tuturor condițiilor necesare implementării depline a acquis-ului Schengen. Acest lucru presupune că România trebuie să-și demonstreze capacitatea de a îndeplini cerințele acquis-ului Schengen într-o manieră uniformă, corectă, consistentă și eficientă. Evaluarea Schengen este în responsabilitatea Grupului de Lucru Evaluare Schengen, în cadrul Consiliului UE. Prima parte a procesului de evaluare consta în completarea unui chestionar extins, care va fi remis României. Acest chestionar va conține întrebări detaliate despre toate aspectele relevante pentru implementarea și aplicarea prevederilor Categoriei II. Răspunsurile la acest chestionar vor fi analizate atent de către echipa de evaluare, pentru a permite Consiliului să analizeze capacitatea României de aplica, în practică, prevederile Categoriei II.

În momentul în care au fost obținute suficiente informații, vor fi demarate vizite de evaluare, pentru verificarea, în teren, a pregătirilor. După finalizarea acestor vizite, va fi redactat un raport care va analiza stadiul de pregătire a României pentru aplicarea prevederilor Categoriei II. Acest raport poate include recomandări pentru corectarea sau îmbunătățirea aspectelor mai puțin satisfăcătoare. De asemenea, pot fi efectuate vizite suplimentare, după trecerea unei perioade de timp, pentru a verifica remediarea eventualelor aspecte negative.

Raportul final al Grupului de Evaluare Schengen va fi prezentat Consiliului UE care va adopta decizia necesară prin care va autoriza aplicarea prevederilor Categoriei II la data/datele pe care le considera adecvate.

Sintetic, etapele pentru aderarea la spațiul Schengen sunt următoarele:

1. Aderarea la Uniunea Europeană (01 ianuarie 2007)
2. Transmiterea de către România a unei Declarații de pregătire (Declaration of readiness), privind pregătirea pentru demararea procesului de evaluare Schengen (România trebuie să propună o dată privind începerea procesului de evaluare).
3. Grupul de Lucru Evaluare Schengen (din cadrul Consiliului European) va decide un calendar referitor la demararea procesului de evaluare Schengen.
4. Consiliul JAI va decide demararea procesului de evaluare Schengen
5. Transmiterea către România a unui chestionar extins care va conține întrebări detaliate despre aspectele relevante pentru implementarea și aplicarea acquis-ului Schengen categoria II (aplicabil la data aderării la Schengen).
6. Completarea de către România a chestionarului și transmiterea acestuia către Consiliu
7. Demararea vizitelor de evaluare, transmiterea de întrebări suplimentare, chestionare, etc.
8. Luarea de către Statele Membre a deciziei de ridicare a controalelor la frontierele interne (aderarea la Schengen).

Bulgaria și România au acceptat acquis-ul Schengen odată cu pregătirile pentru aderarea la UE. Ambele state au depus Declarația de Pregătire pentru evaluarea Schengen. Anul 2011 reprezintă orizontul de timp pentru aderarea celor două țări membre UE la spațiul Schengen. Mai multe comisii de evaluare Schengen au verificat stadiul pregătirii României pentru Schengen, de la consulate, frontiere până la inspectoratele de poliție. În februarie anul viitor, miniștrii de Interne ai Uniunii Europene ar trebui să decidă, în bine sau în rău, soarta României în Schengen.

În ceea ce privește aderarea României la spațiul Schengen exista o adevărată polemica comunitară, deoarece exista tari care se împotrivesc intrării României în spațiul Schengen. S-a încercat obținerea unui răspuns în ceea ce privește aderarea României la Schengen din partea Comisiei Europene care a comunicat presei faptul că: „Comisarul european a insistat că România merită măcar un calendar clar în privința aderării la spațiul Schengen, dar subliniază că acest deziderat nu poate fi obținut fără ca autoritățile de la București să poarte un dialog cu cele din statele care se opun aderării României și Bulgariei: "Înțeleg frustrările acumulate de partea română și dorința de a găsi o soluție. Aveți dreptul unei perspective clare în ceea ce privește accesul la spațiul Schengen și este de datoria Consiliului European să o găsească. De asta am încurajat Consiliul și statele membre să fie precise în formularea îngrijorărilor pe care le au în legătură cu aderarea României. Statul de țară membră a Schengen presupune existența echipamentului tehnic necesar dar cere și încredere din partea celorlalte state. Dacă această încredere nu există atunci trebuie să găsim soluții pentru a merge mai departe". Totodată Cecilia Malmström nu a precizat însă care ar putea fi aceste soluții, lăsând încă o dată să se înțeleagă faptul că Bruxelles-ul preferă rolul de arbitru în dispută unor țări ca Germania, Franța, Olanda și Finlanda cu România și Bulgaria pe subiectul Schengen.

Aceste state au sugerat, mai mult sau mai puțin răspicat, că România trebuie să-și rezolve problemele legate de corupție până să poată avea pretenții de integrare în Schengen. Comisarul pentru Justiție și Afaceri Interne a nuanțat această problemă: "Tehnic, nu este nicio legătură între acest Mecanismul de Cooperare și Verificare în problema Justiției impus României de Uniunea Europeană și accesul în spațiul Schengen. Însă din punct de vedere politic există o relație pentru că este vorba despre lupta împotriva corupției".

Cecilia Malmström a recunoscut că "România a făcut progrese în lupta împotriva corupției", dar a afirmat fără echivoc că "mai este încă mult de făcut și reformele trebuie continuate, iar politicienii suspectați de corupție trebuie aduși în fața Justiției".

Oficialii români ar urma să discute cu omologii francezi despre aderarea la Schengen pe 7 martie, la Paris.⁶

Refuzul acestor state face teoretic imposibilă aderarea atât a României cât și a Bulgariei în spațiul liberei circulație în Martie, cum era prevăzut în calendarul inițial. Răspunsul la această întrebare vine pe data de 17 februarie când este așteptat avizul consultativ al deputaților europeni, iar subiectul, fie și cu o soartă incertă va fi pe agenda miniștrilor europeni de Interne, care se reunesc în 24 februarie. Până atunci, Parlamentul European va analiza rapoartele tehnice de evaluare a României și Bulgariei. Acestea au fost desecretizate de Uniunea Europeană, după votul dat de statele membre.

Șansele că România să intre în Schengen în martie anul acesta sunt considerate însă în continuare foarte mici.

Concluzii: Din punctul meu de vedere, cererea Franței și a Germaniei de a amâna acest proces are implicații mai degrabă legate de imaginea țării, nu de economie. Până la urmă este vorba despre un impact psihologic atât asupra cetățenilor romani, dar mai ales asupra celor europeni; totodată se pune problema slăbirii încrederii în România pe plan internațional și rezultatul acesteia se va reflecta prin reducerea investițiilor străine. Cu privire la regimul vamal, deosebirea se va realiza

⁶ euractiv: Știri, politici europene și activitatea Uniunii Europene online

intre bunurile din circuitul comunitar(bunuri UE) și bunuri non- UE. Țările Europei vor învinovăți pentru neintrarea României în spațiul Schengen conducerea statului, care nu a avut capacitatea sau pârghiile aferente pentru a finaliza reformele vitale în justiție și în alte domenii, mai ales în ceea ce privește extirparea corupției.

În concluzie se poate spune că acest spațiu Schengen a cunoscut o evoluție uimitoare, fiind un proces continuu, ca toate țările membre sunt obligate la respectarea Acquis-ului Schengen care reprezintă nucleul în această materie. Iar în ceea ce privește problema țărilor în curs de aderare, mai precis în ceea ce privește statul român suntem optimiști că se vor deschide porțile către aceasta libertatea de mișcare mult râvnită de cetățenii romani. Până la urma deviza Uniunii Europene este ” Unitate în diversitate”.

Referinte bibliografice:

- Dex online
- euractiv: Știri, politici europene și activitatea Uniunii Europene online
- Fuerea, Augustin, Drept comunitar european, Partea generală, editura All Beck, București, 2003
- Fuerea, Augustin, Drept comunitar al afacerilor, ediția a 2-a, ed Universul Juridic, București 2006
- 5.Gazeta de sud, Cotidianul olteanului de pretutindeni
- http://www.ijpfiasi.ro/schengen/ISTORICUL_UE_SI_SCHENGEN-REZUMAT.pdf
- România liberă ro.
- Realitatea net
- 9 <http://www.schengen.mai.gov.ro/Documente/utile/catutil/De%20%LA%20schengen%20LA%20PRUM%20final.pdf>
- 10. <http://www.schengen.mai.gov.ro/index01.htm>
- 11. <http://www.ziarulunirea.ro/2010/12/ce-stim-si-ce-nu-stim-despre-spatiul-schengen>

APLICAREA NORMELOR JURIDICE ALE U.E ÎN DREPTUL ROMÂN - CODUL EUROPEAN AL BUNEI CONDUITE ADMINISTRATIVE

Ștefan GRIGORE*

Abstract

The following study shows the principles of the European Community Law and the manner in which they are applied to the member states' judicial systems. Moreover, the paper focuses on the issue of implementing EU legislation inspired by the "European Code of Good Administrative Behaviour" in the Romanian legal system and as a result, the Romanian Parliament enacted the "Code of Conduct of the public servants" - act no. 7/2004. All in all, the main objective of this work is to prevail the supremacy of the European Union Law over the member states' legal systems and to illustrate this process by making an analysis of the way the Romanian "Code of Conduct of the Public Servants"- act no. 7/2004 was conformed to the "European Code of Good Administrative Behaviour".

Cuvinte cheie: Uniunea Europeană; armonizare legislativă; Legea nr. 7/2004; Codul european al buneii conduite administrative; integrare europeană.

Considerații introductive

Construcția Europeană reprezintă un lung proces de valorificare, integrare și unificare a principiilor, valorilor și aspirațiilor pe care statele continentului european le au în comun. Astfel, deși acest proces își are originile conform opiniilor unor istorici chiar din perioada expansiunii Imperiului Roman sau al războaielor napoleoniene, cert este că, cel puțin la nivel instituțional procesul a început în a doua jumătate a secolului al XX-lea, odată cu instituirea primei Comunități Europene, la 18 aprilie 1951 când a fost semnat - "Tratatul de la Paris" instituind Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului (TCECO). Tratatul a fost semnat de șase state, și anume: Franța, Republica Federală Germană, Italia, Belgia, Olanda și Luxemburg.

În anul 1957, "Comunitatea celor șase" decide să-și extindă activitatea comună spre totalitatea activităților economice. Sunt semnate în acest sens două noi tratate la Roma la 25 martie, după cum urmează: Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană (TCEE) și Tratatul instituind Comunitatea Europeană a Energiei Atomice (TCEEA/EURATOM).

La 1 iulie 1968 intră în vigoare uniunea vamală, caracterizată prin eliminarea totală a taxelor vamale între cele șase state și punerea în aplicare a unui tarif vamal extern comun pentru produsele provenind din țări terțe.

Danemarca, Marea Britanie și Irlanda se alătură Comunităților Europene în anul 1973, iar în anul 1981 Grecia devine și ea membru al Comunităților intră și se naște astfel "Europa celor zece". Extinderea Comunităților continuă prin aderarea în anul 1986 a Spaniei și Portugaliei ("Europa celor doisprezece"). La 7 februarie 1992 este semnat la Maastricht (Olanda) Tratatul asupra Uniunii Europene și instituirea pieței interne, Tratat ce va intra în vigoare un an mai târziu, la data de 1 ianuarie. În 1995 aderă noi state: Austria, Finlanda și Suedia.

Construcția economică și legislativă a Uniunii Europene continuă, iar în anul 1999, începând cu 1 ianuarie euro devine moneda oficială în 11 state ale Uniunii Europene.¹

* Student al Facultății de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: fanegr0989@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Roxana-Mariana Popescu.

¹ Cele 11 state care au adoptat moneda Euro începând cu 1 ianuarie 1999 sunt: Belgia, Germania, Irlanda, Spania, Franța, Italia, Luxemburg, Țările de jos, Austria, Portugalia și Finlanda.

În anul 2004 are loc cea de a cincea extindere a Uniunii Europene, numărul statelor membre ajungând la 25 prin aderarea Republicii Ceha, Estoniei, Ciprului, Letoniei, Lituaniei, Ungariei, Maltei, Poloniei, Sloveniei și Slovaciei.

Trei ani mai târziu, în 2007 România și Bulgaria se alătură Uniunii Europene numărul statelor membre ajungând astfel la 27.²

Retrospectiv privind, procesul de aderare a României la Uniunea Europeană a început odată cu semnarea, la 22 octombrie 1990, a Acordului de comerț și cooperare comercială și economică.

Un alt pas important în sensul apropierii de Uniunea Europeană a fost realizat la 1 februarie 1993 când a fost semnat Acordul european instituind o asociere între România, pe de o parte, și Comunitățile europene și statele membre ale acestora, pe de altă parte³. Acordul recunoaște "voința României și a Comunității de a întări aceste legături (relațiile tradiționale) și de a stabili relații strânse și durabile, bazate pe reciprocitate, care să permită României să ia parte la procesul de integrare europeană, întărind și amplificând în acest sens relațiile stabilite în trecut în deosebi, prin Acordul de comerț și cooperare comercială și economică, (...) luând în considerare oportunitățile pentru o relație de o nouă calitate, oferite de apariția unei noi democrații în România [(...)]"⁴.

În capitolul al treilea al Acordului, intitulat "Armonizarea legislației" în articolul 69 "Părțile recunosc că o condiție importantă a integrării economice a României în Comunitate este armonizarea legislației prezente și viitoare a României cu cea a Comunității. România se va strădui să asigure ca legislația sa să devină, gradual, compatibilă cu cea a comunității". În următorul articol sunt precizate principalele domenii în care se va efectua armonizarea legislației printre care cele mai importante vizează: legea vamală, legea societăților, legea bancară, protecția forței de muncă și a locurilor de muncă, standardele și normele tehnice, legile și reglementările în domeniul nuclear, transport și mediu. Articolul 71 precizează modul în care Comunitatea va furniza asistență tehnică pentru aplicarea acestor măsuri, care includ printre altele: "schimb de experți; furnizarea ultimelor informații, îndeosebi, asupra legislației relevante; organizarea de seminarii; activități de formare precum și ajutor pentru traducerea legislației din Comunitate, în sectoarele relevante".

După cum rezultă și din Acord de asociere semnat între România și Comunitatea Europeană, un rol important atât în procesul aderării cât și în ceea ce privește responsabilitățile statelor după acest moment este atribuit armonizării, aplicării, respectiv adaptării legislației comunitare în dreptul intern al statelor membre sau al statelor ce aspiră să adere la Comunitatea Europeană sau Uniunea Europeană.

În cadrul prezentei lucrări, vom prezenta aspecte referitoare la particularitățile aplicării dreptului Uniunii Europene în dreptul intern al României, dar și modul în care diferite acte juridice ale UE au servit ca model sau sursă de inspirație legislativă pentru inovarea, modernizarea și armonizarea legislației românești în cadrul procesului de aderare a României la Uniunea Europeană, în acord cu tratatele europene la care România a devenit parte.

Pentru a exemplifica acest principiu, în continuare este prezentată o analiză asupra modului în care Parlamentul României a adoptat în anul 2004 Legea nr.7 "privind Codul de conduită al funcționarilor publici"⁵, republicată⁶ inspirată din "Codul european al bunei conduite administrative" precum și o analiză comparativă asupra celor două acte juridice prin care se vor ilustra asemănările (elementele pe care legiuitorul român le-a preluat ca atare din Codul european al bunei conduite administrative) și diferențele dintre aceste acte.

² José ECHKENAZI, "GHIDUL UNIUNII EUROPENE", Editura NICULESCU, BUCUREȘTI, 2008, "Construcția Europei", pag. 6-7.

³ Acordul a fost ratificat prin Legea nr. 20/1993 și a intrat în vigoare la 1 februarie 1995.

⁴ Potrivit Preambulului Acordului.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 157 din 23 februarie 2004.

⁶ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 525 din 2 august 2007.

Studiu de caz: Codul de conduită al funcționarilor publici

Procesul de armonizare a legislației românești cu reglementările Uniunii Europene reprezintă un obiectiv esențial, care se regăsește în strategia de aderare a tuturor statelor candidate la calitatea de membru al Uniunii Europene și, în același timp, o obligație juridică ce rezultă, inițial, din Acordul European de asociere România-Uniunea Europeană, iar în prezent din Tratatul de aderare a țării noastre la Uniunea Europeană.⁷

"Armonizarea legislației naționale cu acquis-ul UE este totodată una dintre condițiile care determină progresul în procesul de negocieri pentru aderare, angajamentele asumate de România în documentele de poziție referindu-se în mare măsură la adoptarea de acte normative de bază pentru domeniul respectiv.

Procesul de compatibilizare a legislației românești cu normele UE, s-a derulat în anii anteriori pe baza Programului Național de Aderare a României la Uniunea Europeană, care cuprindea și un program de armonizare legislativă pentru perioada 2002 – 2005. Acest program conținea responsabilități clare, pe capitole de acquis comunitar și era actualizat anual"⁸.

În temeiul Hotărârii Guvernului nr. 402/2004⁹, Ministerul Integrării Europene aviza, în mod obligatoriu, proiectele de acte normative care urmăreau armonizarea legislației naționale cu cea a UE. Inițiatorii proiectelor de acte normative aveau obligația de a include, în documentele de prezentare și motivare a proiectelor, mențiuni exprese privind denumirea reglementărilor UE respective, dispozițiile acestora care sunt transpuse în cuprinsul proiectelor, precum și indicarea măsurilor viitoare de implementare. Avizul Ministerului Integrării Europene era anterior aprobării de către Guvern a respectivelor proiecte de acte normative, iar procesul de avizare se desfășura potrivit Metodologiei de lucru pentru avizarea proiectelor de acte normative cu relevanță comunitară din 29 martie 2006¹⁰.

Începând din anul 2001, țara noastră a accelerat, în mod substanțial, procesul de armonizare a legislației naționale cu cea a Uniunii Europene.. Astfel, au fost adoptate 310 acte normative având relevanță comunitară, din care un număr de 235 acte normative transpuneau în mod direct prevederi din acquis-ul comunitar.

Anul 2004 a marcat progrese importante în procesul de armonizare a legislației românești cu legislația comunitară. În vederea asigurării unui proces legislativ fluid și eficient, care să permită respectarea termenelor de finalizare a măsurilor asumate în cadrul pregătirii României pentru aderare, Ministerul Integrării Europene, în urma consultării cu celelalte ministere și instituții cu responsabilități în domeniu, a elaborat Programul legislativ prioritar (la nivel de lege) pentru integrarea în Uniunea Europeană, pe semestrul I 2004. La sfârșitul primei sesiuni ordinare a

⁷ Tratatul dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg la 25 aprilie 2005, ratificat prin Legea nr. 157/2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 465 din 1 august 2005.

⁸ Arhiva Ministerului Integrării Europene (MIE) – Relațiile România-UE – Armonizare legislativă – Procesul de armonizare legislativă cu reglementările Uniunii Europene (http://www.mdpl.ro/_documente/arhiva_mie/ro/relatiile_ro_ue/armonizare_legislativa.htm).

⁹ Privind organizarea și funcționarea Ministerului Integrării Europene, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 479 din 4 iulie 2004, cu modificările și completările ulterioare, în prezent, abrogată.

¹⁰ Adaptare după informațiile cuprinse în Arhiva Ministerului Integrării Europene (MIE) – Relațiile România-UE – Armonizare legislativă – Procesul de armonizare legislativă cu reglementările Uniunii Europene (http://www.mdpl.ro/_documente/arhiva_mie/ro/relatiile_ro_ue/armonizare_legislativa.htm).

Parlamentului din acel an, au fost adoptate 82 de legi din rândul actelor normative incluse în acest program.”¹¹

În cadrul Programului legislativ prioritar (la nivel de lege) pentru integrarea în Uniunea Europeană pe semestrul I al anului 2004 în domeniul privind reforma administrației publice, printre măsurile legislative se regăsește și adoptarea legii pentru aprobarea Codului de conduită al funcționarilor publici din România iar instituția responsabilă de implementarea acestui proiect a fost Agenția Națională a Funcționarilor Publici (ANFP).

Legea nr. 7/2004 privind Codul de conduită a funcționarilor publici republicată¹², este o lege de inspirație europeană, adoptarea acesteia făcând parte din condițiile de aderare a României la Uniunea Europeană. Legea-cadru, respectiv actul după care Parlamentul României s-a ghidat în momentul implementării acestei legi a fost Codul European al bunei conduite administrative.

În continuare, vom realiza o analiză comparativă sub aspectul evidențierii originii celor două acte, a necesității adoptării acestora, a importanței lor în actualul context administrativ precum și asemănările și deosebirile dintre Legea nr. 7/2004 privind Codul de conduită a funcționarilor publici din România și Codul European al bunei conduite administrative.

Ca o primă distincție ce trebuie menționată în privința celor doua coduri este aceea că deși acestea au același scop și anume reglementarea principiilor și a regulilor pe care trebuie să le respecte funcționarii cărora li se aplică, Codurile au domenii diferite de aplicare, raportate la structura în cadrul căreia acești funcționari acționează – statul Român, respectiv instituțiile Uniunii Europene, ca structură supra-statală.

În ceea ce privește adoptarea Codului european al bunei conduite administrative, așa cum reiese din declarația Mediatorului European P. Nikiforos Diamandouros, Codul își are originea în articolul 41 al Cartei Drepturilor Fundamentale a UE, - dreptul la o bună administrație realizată de către instituțiile și organele UE care este un drept fundamental. *“Codul explică cetățenilor care este însemnătatea practică a acestui drept și ce pot aștepta în mod concret din partea administrației europene. Întrucât această Carte constituie partea II a Tratatului de instituire a Constituției pentru Europa”¹³, putem fi siguri că în următorii ani acest drept va căpăta o tot mai mare însemnătate.”¹⁴*

“La 6 septembrie 2001, Parlamentul European a aprobat rezoluția care ratifică Codul Bunei Conduite Administrative, pe care trebuie să îl respecte instituțiile și organele Uniunii Europene, serviciile lor administrative și funcționarii în contact cu persoanele individuale.

Prima propunere de creare a Codului a venit din partea deputatului în Parlamentul European Roy PERRY în anul 1998. Ca o consecință a anchetei desfășurate din proprie inițiativă, Mediatorul European a întocmit proiectul textului, pe care l-a prezentat apoi Parlamentului European sub forma unui raport special. Rezoluția Parlamentului European referitoare la acest Cod se bazează pe proiectul Mediatorului European împreună cu modificările introduse de către domnul PERRY, în raportorul Comisiei pentru Petiții a Parlamentului European.”¹⁵

Ținând cont de faptul că prin recomandarea nr. R (2000) 10 privind Codurile de conduită pentru funcționarii publici a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei din 11 mai 2000 s-a prevăzut că ridicarea valorilor etice este un mijloc important pentru prevenirea corupției, guvernele statelor membre au fost nevoite să promoveze, sub rezerva legislației naționale și a principiilor

¹¹ (http://www.mdlpl.ro/documente/arhiva_mie/ro/relatiile_ro_ue/armonizare_legislativa.htm)

¹² În temeiul articolului II din Legea nr. 50/2007 pentru completarea și modificarea Legii nr. 7/2004 privind Codul de conduită a funcționarilor publici, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 194 din 21 martie 2007.

¹³ Precizăm faptul că Tratatul instituind o Constituție pentru Europa nu a fost adoptat, în prezent, Carta drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene a dobândit forța juridică obligatorie, prin introducerea acesteia în Tratatul de la Lisabona, adoptat în anul 2007, intrat în vigoare în anul 2009.

¹⁴ “Cuvânt înainte al Mediatorului european la Codul european al bunei conduite administrative”, Strasbourg, 5 ianuarie 2005 (http://www.ombudsman.europa.eu/ro/resources/code_faces).

¹⁵ “Introducere” la Codul european al bunei conduite administrative.

administrației publice, adoptarea codurilor naționale de conduită pentru funcționarii publici bazate pe această Recomandare iar monitorizarea implementării acestei recomandări a fost făcută de Grupul de State Contra Corupției (GRECO).

Uniunea Europeană, acordă o mare atenție luptei împotriva corupției și instituirii unor mecanisme de administrare eficientă și etică a serviciului public iar Proiectul Inițiativei Anti-Corupție a Pactului de Stabilitate pentru Europa de Sud-Est prevede explicit angajamentul promovării bunei guvernări și a administrațiilor publice de încredere, în special promovarea implementării recomandărilor privind etica serviciului public și codurile de conduită. În acest context, una din condițiile impuse țărilor candidate la UE a fost adoptarea unui Cod de conduită pentru funcționarii publici care să înglobeze dreptul cetățenilor europeni la o buna administrație.

Sub influența Codului european, în februarie 2004 au fost puse bazele creării unui cadru normativ pentru morală și etică în administrația publică din România, prin adoptarea de către Parlament la data de 18 februarie 2004 a Legii nr. 7/2004, adoptarea acestui act normativ reprezentând un pas important în reforma administrației publice din România.

Având în vedere cele menționate mai sus și ținând cont de procesul de armonizare a legislațiilor naționale cu cea a Uniunii Europene – fenomen întâlnit în mod frecvent și în cadrul legislativului din România, asemănarea (cel puțin la nivel de principii și viziune) dintre Codul românesc de conduită al funcționarilor publici și Codul european al bunei conduite administrative este evidentă.

Dincolo de scopul promovării unor standarde etice pentru funcționarii publici, cele două Coduri reprezintă mijloace de luptă împotriva corupției și a îmbunătățirii managementului serviciului public, înscriindu-se în cadrul noii viziuni globale privind lupta împotriva corupției promovată de către Codul internațional de conduită pentru funcționarii publici adoptat prin Rezoluția 51-59 – *Acțiunea împotriva corupției a Adunării Generale a ONU* din 12 decembrie 1996. Acest document este recomandat statelor membre ca un instrument de îndrumare a eforturilor lor împotriva corupției. Acesta prevede principii (integritate, imparțialitate, echitate, nediscriminare, etc.) și reguli generale privind conflictul de interese și descalificarea, declararea averii, acceptarea cadourilor sau a altor favoruri, informația confidențială și activitatea politică.

Un alt element ce merită atenția noastră este constituit de intenția legiuitorilor în momentul adoptării celor două Coduri, originile acestor lucrări din punct de vedere juridic, motivația adoptării lor precum și modul în care aceste idei au fost încorporate în structura codurilor.

Astfel, inițiativa Codului european al bunei conduite administrative a pornit de la articolul 41 din Carta Drepturilor Fundamentale a UE intitulat „*Dreptul de a avea o bună administrare*” care stipulează în alineatul 1: „*Oricărei persoane îi revine dreptul ca instituțiile și organele Uniunii să îi examineze cauza în mod imparțial și corect, într-un termen rezonabil.*”. Astfel din acest articol pe lângă necesitatea ca funcționarii din administrație să fie imparțiali și corecți (idei răspândite și regăsite în Codurile de conduită moderne privind administrația publică) este prevăzut și faptul ca angajații din administrație să își îndeplinească sarcinile „într-un termen rezonabil”. Acest articol a fost transpus mai departe în cadrul Codului european al bunei conduite administrative în mai multe articole și anume:

Articolul 14 - Confirmarea de primire și indicarea funcționarului competent

(1. Pentru fiecare scrisoare sau reclamație adresată Instituției se va primi, în termen de două săptămâni, o confirmare de primire, cu excepția cazului în care, în acest termen, va putea fi trimis un răspuns pe fondul problemei. 2. Răspunsul sau confirmarea de primire va indica numele și numărul de telefon al funcționarului însărcinat cu soluționarea problemei, precum și serviciul în cadrul căruia acesta sau aceasta își desfășoară activitatea. 3. Nu va fi necesară transmiterea unei confirmări de primire sau a unui răspuns în cazul în care scrisorile sau reclamațiile sunt abuzive prin numărul excesiv al acestora sau prin natura repetitivă sau inutilă a acestora.)

Articolul 17 - Termen rezonabil aferent adoptării deciziilor (1. Funcționarul va asigura adoptarea unei decizii cu privire la fiecare cerere sau reclamație adresată Instituției într-un termen

rezonabil, fără întârziere, și în orice caz nu mai târziu de două luni de la data primirii acesteia. Aceeași regulă se aplică și în cazul răspunsurilor la scrisorile primite din partea publicului și al răspunsurilor la notele administrative transmise de funcționar superiorilor săi, prin care solicită instrucțiuni legate de decizia care urmează să fie adoptată. 2. În cazul în care, datorită complexității problemelor ridicate, nu se poate adopta o decizie asupra unei cereri sau reclamații în termenul mai sus menționat, funcționarul va informa cât mai curând posibil autorul acesteia în acest sens. În această situație, o decizie definitivă va trebui comunicată autorului în cel mai scurt timp.)

Articolul 19 - Indicarea posibilităților de atac (1. O decizie a Instituției care ar putea afecta în mod negativ drepturile sau interesele unei persoane particulare va conține o indicație referitoare la posibilitățile de atac existente pentru contestarea deciziei. În special, va indica natura mijloacelor de recurs, organele înaintea cărora pot fi exercitate acestea, precum și termenele de exercitare a acestora.)

Din articolele mai sus menționate reiese grija și atenția acordată de către legiuitorul european pentru eficientizarea administrației din cadrul instituțiilor europene prin fixarea obligației exprese a funcționarilor chiar și în cuprinsul acestui Cod (pe lângă reglementările cuprinse în regulamentele interne, contractul de muncă sau alte acte asemănătoare) de a soluționa într-un timp cât mai scurt și în conformitate cu așteptările cetățenilor cererile acestora. Aceeași grijă pentru cetățean și pentru respectarea drepturilor sale reiese și din articolul 19- *Indicarea posibilităților de atac*, unde administrația își asumă obligația de a indica cetățenilor care s-ar putea considera lezați în unele drepturi, modalitatea în care aceștia ar putea contesta eventualul act problematic precum și termenul în care acest act trebuie contestat. Ideile regăsite în articolul 19, sunt inspirate din alineatul 2 al articolului 41 din “Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene”, articol care explică ceea ce înseamnă dreptul la o bună administrare (Acest drept cuprinde: dreptul fiecărei persoane de a fi ascultată înainte de a se lua măsuri individuale care ar putea să îi influențeze negativ situația; dreptul fiecărei persoane de a avea acces la dosarul cauzei sale, cu rezerva respectării intereselor de confidențialitate care sunt autorizate și a secretului profesional și comercial; obligația administrației de a își justifica deciziile.) Toate ideile acestui alineat se regăsesc și în articole din cuprinsul Codului european al bunei conduite administrative.

Un alt alineat care ne atrage atenția în Codul european este cel privind “*Așteptări legitime, consecvență și avizare*” (articolul 10), și în mod special alineatul 2 (Funcționarul va respecta așteptările legitime și rezonabile ale publicului, conform modului în care a acționat Instituția în trecut.). În acest sens funcționarul public în exercițiul funcției sale nu numai că trebuie să respecte legile și regulamentele în vigoare ci trebuie să țină cont de așteptările publicului (termen definit în cuprinsul aceluiași Cod ca descriind persoanele fizice și juridice ce au contact cu instituțiile europene, indiferent că sunt cetățeni ai statelor membre sau ai altor state) și ca element novator el trebuie să țină cont de “*modul în care a acționat Instituția în trecut*” luând naștere astfel o formă de jurisprudență la nivelul instituției, de a cărei conținut funcționarul trebuie să țină cont în formularea deciziilor sale. În legătură cu această situație, Prof. dr. Iulian Nedelcu aprecia că: “... deciziile unde se manifestă puterea discreționară se referă la aspectele care, într-un cadru legal, conferă autorității publice o anumită libertate de decizie, acest lucru nu presupune în nici un caz devierea de la litera legii. Necesitatea puterii discreționare apare datorită faptului că legislația nu poate prevedea orice tip de situație care ar putea interveni în timp. De aceea, în mod expres, autorităților publice li se conferă acest statut. Curtea Europeană de Justiție a elaborat o jurisprudență a puterii discreționare în administrația publică, fixând cu strictețe cadrul de exercitare a ei. Astfel, autoritățile publice sunt obligate să acționeze numai cu bună credință, să urmărească interesul public într-o manieră rezonabilă, să urmeze proceduri corecte, să respecte cerințele nediscriminării și să urmărească principiul proporționalității. Cu alte cuvinte, puterea discreționară nu poate opera fără respectarea principiilor generale ale legii administrației publice, din moment ce aceasta creează practic o contrabalansă vis-a-vis de puterea de decizie acordată autorităților publice. Prin hotărârea C-269/808, Curtea a arătat că în cazurile în care instituțiile comunității dispun de o anumită putere de apreciere,

este necesar să fie respectate garanțiile conferite de ordinea juridică comunitară în procedurile administrative. Printre aceste garanții figurează în special obligația pentru instituția competentă să examineze cu grijă și imparțialitate, toate elementele pertinente ale cazului în speță, să asculte persoana care va suporta consecințele emiterii actului, să se intereseze prealabil despre cum va fi receptat actul și să motiveze decizia de o manieră suficientă.¹⁶

În continuare identificăm un alt articol care întărește viziunea europeană modernă și orientată spre nevoile cetățeanului, și anume Articolul 12 privind amabilitatea funcționarilor publici ("Funcționarul va fi dedicat îndeplinirii sale de serviciu, corect, amabil și accesibil în raporturile cu publicul. În cadrul răspunsurilor la corespondență, la apelurile telefonice și la mesajele electronice, funcționarul va încerca să acorde tot sprijinul posibil și va răspunde la întrebările adresate cât mai complet și exact posibil/ 2. În cazul în care funcționarul nu are atribuții legate de problema în cauză, va îndruma cetățeanul către funcționarul competent./ 3. În cazul producerii unei erori care afectează în mod negativ drepturile sau interesele unei persoane, funcționarul își va cere scuze pentru aceasta și va depune toate eforturile în vederea corectării într-o manieră cât mai oportună a efectelor negative datorate erorii sale și va informa persoana respectivă cu privire la orice drepturi de atac, în conformitate cu Articolul 19 din Cod."). În cadrul acestui articol, angajaților cărora Codul li se adresează, le este prezentată explicit maniera în care trebuie să acționeze, nelăsând loc de interpretări privind înțelesul cuvântului "amabil".

"În ceea ce privește obiectivele explicite ale Parlamentului în momentul adoptării Legii nr. 7/2004 privind codul de conduită a funcționarilor publici, acestea urmăreau: promovarea unor standarde de conduită și integritate în rândul funcționarilor publici; informarea cetățenilor asupra normelor de comportament la care trebuie să se aștepte din partea acestor funcționari; schimbarea mentalităților; alinierea la standardele europene și adoptarea Codului de Conduita ("Codul") ca cerință expresă a Uniunii Europene."¹⁷

După cum am menționat, Legea nr. 7/2004 se inspiră din Codul european al bunei conduite administrative. Observăm însă, că legiuitorul român a renunțat la anumite articole din Codul european încercând să realizeze o sinteză între acest cod și celelalte acte privind deontologia funcției publice existente în România la momentul adoptării.

Considerăm că, din păcate, multe dintre elementele apreciate ca fiind novatoare din Codul european nu se regăsesc și în Codul Român. Pe de o parte, articolele privind termenul și maniera de rezolvare a problemelor cetățenilor în timp util nu se regăsesc decât parțial. Nici articolul privind amabilitatea și libertatea de acțiune a funcționarilor de acțiune potrivit deciziilor trecute emise de instituție în anumite limite nu a fost preluat de către legiuitorul român. Astfel, deși în Articolul 2 (Obiective) din Legea nr. 7/2004 se menționează că acest document urmărește "creșterea calității serviciului public", eliminarea birocrăției și a faptelor de corupție, legiuitorul nu are în vedere, însă adoptarea unor articole în care să fie menționate expres modalitățile în care să fie îndeplinite aceste obiective dincolo de buna disciplină a funcționarilor publici și respectarea celorlalte norme existente. ("Obiectivele prezentului cod de conduită urmăresc să asigure creșterea calității serviciului public, o bună administrare în realizarea interesului public, precum și să contribuie la eliminarea birocrăției și a faptelor de corupție din administrația publică, prin: a) reglementarea normelor de conduită profesională necesare realizării unor raporturi sociale și profesionale corespunzătoare creării și menținerii la nivel înalt a prestigiului instituției funcției publice și al funcționarilor publici; b) informarea publicului cu privire la conduita profesională la care este îndreptățit să se aștepte din partea funcționarilor publici în exercitarea funcțiilor publice; c) crearea unui climat de încredere și

¹⁶ Iulian NEDELICU, „Legalitate și putere în administrațiile publice europene”, în Revista de Științe Juridice, nr. 3/2005, Ed. Themis, Craiova, pag. 3 (<http://drept.ucv.ro/R SJ/Articole/2005/R SJ34/0201Nedelcui.pdf>).

¹⁷ Mihaela TOFAN, "DREPTUL EUROPEAN AL FUNCȚIEI PUBLICE", Universitatea "A.I. Cuza" Iași, Centrul de Studii Europene, Cap. IV - pag. 58 (http://www.cse.uaic.ro/_fisiere/Documentare/Suporturi_curs/III_Dreptul_funcției_publice_europene.pdf).

respect reciproc între cetățeni și funcționarii publici, pe de o parte, și între cetățeni și autoritățile administrației publice, pe de altă parte.”).

Concluzii

Începând cu anul 1993 când a fost adoptată Legea nr. 20 - privind ratificarea Acordului european de asociere a României la Uniunea Europeană, autoritățile române și-au arătat preocuparea pentru implementarea măsurilor necesare aderării la Uniunea Europeană. Un obiectiv esențial ce se regăsește în strategia de aderare a tuturor statelor candidate la dobândirea statutului de stat membru al UE, precum și o obligație juridică ce decurge din Acordul european de asociere este cea privitoare la armonizarea legislației naționale cu cea a Uniunii. În cadrul acestui proces se înscrie și Legea nr. 7/2004, lege de inspirație europeană. Adoptarea acestui act normativ a reprezentat un nou pas în cadrul procesului de reformare a administrației publice din România și în același timp un nou obiectiv îndeplinit privind obligațiile asumate în fața Uniunii în cadrul procesului de aderare. Astfel, ca o dovadă a eforturilor depuse de autoritățile Române, la data de 17 decembrie 2004 s-au încheiat negocierile de aderare în cadrul summitului UE de iarnă de la Bruxelles, Tratatul de aderare fiind semnat la 25 aprilie 2005 iar la 1 ianuarie 2007 România a aderat alături de Bulgaria în Uniunea Europeană.

În concluzie, analizând conținutul Codului european al bunei conduite administrative, dar și pe cel al Legii nr. 7/2004 privind Codul de conduită a funcționarilor publici, izvoarele celor două instrumente juridice, necesitatea adoptării lor, precum și motivațiile legiuitorilor în momentul adoptării lor, putem afirma că documentul european a reprezentat într-adevăr un element novator în legislația de specialitate atât în cadrul Uniunii Europene cât și în cadrul celorlalte state membre prin influența pe care a exercitat-o asupra acestora, un criteriu pentru aderarea unor noi state în cadrul Uniunii fiind chiar modernizarea acestui segment legislativ. În această ordine de idei România și-a îndeplinit obiectivul, adoptând Legea nr. 7/2004 (lege de inspirație europeană) și aliniindu-se astfel la nivelul cerințelor europene și a exigențelor de aderare. Dincolo de acest aspect însă, și dincolo de conținutul Legii nr. 7/2004 sau a eventualei posibilități de îmbunătățire, adevărata problemă ce apare în cadrul societății românești este aceea a implementării acestui cod. Dacă analizăm această problemă numai din prisma reacției mass-media¹⁸ față de problemele de neîndeplinire a obligațiilor sau de îndeplinire defectuoasă a acestora de către funcționarii publici din administrație, vom constata că în cadrul Uniunii Europene Codul european al bunei conduite administrative reprezintă într-adevăr o piatră de temelie în ceea ce înseamnă competența și eficiența funcționarilor din administrație. În România însă, din momentul intrării în vigoare a Codului de conduită, în anul 2004, și până în prezent au fost semnalate nenumărate acte de indisciplină a funcționarilor și așa cum reiese din ultimele sondaje¹⁹, încrederea cetățenilor în administrația publică este foarte scăzută în ciuda faptului că îmbunătățirea percepției publice asupra administrației din România a fost unul dintre obiectivele centrale ale adoptării acestui Cod.

Referințe bibliografice:

- José ECHKENAZI, "GHIDUL UNIUNII EUROPENE", Editura NICULESCU, BUCUREȘTI, 2008;
- Ion P. FILIPESCU, Augustin FUAREA, „DREPT INSTITUȚIONAL COMUNITAR EUROPEAN”, Ediția a V-a, Editura ACTAMI, București, 2000;

¹⁸ Ziarul “GÂNDUL”, din 4.03.2010, articolul “Cetățeanul Isărescu, deghizat în Cuza, umilit de o funcționară de la ghișeu”.

¹⁹ “Corupția în România a crescut în ultimii 5 ani, în opinia a trei sferturi (75%) dintre români”, potrivit unui sondaj CSOP, realizat la comanda Asociației pentru Implementarea Democrației.

- Mihaela TOFAN, "DREPTUL EUROPEAN AL FUNCȚIEI PUBLICE", Universitatea "A.I.Cuza" Iași, Centrul de Studii Europene (http://www.cse.uaic.ro/_fisiere/Documentare/Suporturi_curs/III_Dreptul_functiei_publice_europene.pdf), data ultimei accesări: 08.02.2011;
- Iulian NEDELICU, Alina NICU, „Legalitate și putere în administrațiile publice europene,” Revista de Științe juridice, nr. 3/2005, Ed. Themis, Craiova <http://drept.ucv.ro/R SJ/Articole/2005/R SJ34/0201Nedelcui.pdf>, data ultimei accesări: 08.02.2011;
- CODUL EUROPEAN AL BUNEI CONDUITE ADMINISTRATIVE - http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/ro/code2005_ro.pdf, data ultimei accesări: 08.02.2011
- Legea nr. 7/2004 privind Codul de conduită a funcționarilor publici, republicată publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 194 din 21 martie 2007
- Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene .
- Recomandarea No. R (2000) 10 a Comitetului Miniștrilor Statelor Membre privind codurile de conduita a funcționarilor
- Arhiva Ministerului Integrării Europene (MIE) – Relațiile România-UE – Armonizare legislativă – Procesul de armonizare legislativă cu reglementările Uniunii Europene, Site-ul Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, actualizat până la data de 4 Octombrie 2010, http://www.mdpl.ro/_documente/arhiva_mie/ro/relatiile_ro_ue/armonizare_legislativa.htm, data ultimei accesări: 8.02.2011;
- Cuvânt înainte al mediatorului european la Codul european al bunei conduite administrative- P. Nikiforos Diamandouros, 5 ianuarie 2005, Strasbourg - http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/ro/code2005_ro.pdf, data ultimei accesări: 08.02.2011;
- Introducere la codul european al bunei conduite administrative http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/ro/code2005_ro.pdf, data ultimei accesări: 08.02.2011;
- Ziarul “GÂNDUL”, din 4.03.2010, articolul “ Cetățeanul Isărescu, deghizat în Cuza, umilit de o funcționară de la ghișeu ”, <http://www.gandul.info/news/cetateanul-isarescu-deghizat-in-cuza-umilit-de-functionara-de-la-ghiseu-5715558>, data ultimei accesări: 08.02.2011;
- Sondaj CSOP cu privire la "Situația corupției în România", realizat în perioada 25 mai – 5 iunie 2010, la comanda Asociației pentru Implementarea Democrației, <http://www.newschannel.ro/stiri/sondaj-75-la-sutadin-romani-alarmati-de-coruptie/>, data ultimei accesări: 8.02.2010

CODUL FRONTIERELOR SCHENGEN

Andrada Anamaria DAGHI*
Ecaterina Elena CĂLDĂRARU**

Abstract

This paper treats the controversial issue of Romania's accession to Schengen. It presents the main points in the framework law of the Schengen Area, which is the Regulation no. 562/2006 as well as the changes or additions presented in a number of four regulations subsequently adopted (Regulation no. 296/2008, no. 81/2009, no. 810/2009, no. 265/2010). The Schengen Area comprises the territories of twenty-five European countries that have implemented the Schengen Agreement signed in the town of Schengen, Luxembourg, in 1985. The Schengen Area operates very much like a single state for international travel purposes with border controls for travellers travelling in and out of the area, but with no internal border controls. Romania's desire is to be the twenty-sixth European country member, but in order for this to occur, some conditions must be met. The role of this paper is to present part of those rules as well as to present the rights and obligations that the countries part of the Schengen Area have, according to the framework law as well as the four regulations specified above.

Cuvinte cheie: Schengen, frontiere, regulament, vize, control

1. Introducere

Ideea spațiului Schengen a apărut la începutul anilor 80, mai exact în anul 1984 când cancelarul de atunci al Germaniei Helmut Kohl s-a întâlnit cu președintele de atunci al Franței, Francois Mitterand. Ei au luat decizia de a elimina controalele la frontieră dintre Germania și Franța. S-a încheiat în primă fază un acord, în anul 1985, între Germania, Franța, Olanda, Belgia și Luxemburg, pe nava Astrid pe râul Mosel, în dreptul micii localități de frontieră Schengen.

Următorul pas a fost semnarea Convenției de Implementare a Acordului Schengen, în data de 19 iunie 1990. În momentul intrării în vigoare, în anul 1995, aceasta a eliminat controalele la frontierele interne ale statelor semnatare și a creat o singură frontieră externă unde controalele se desfășoară conform unui set de reguli clare. Toate aceste măsuri, împreună cu Acordul Schengen, Convenția de Implementare a Acordului Schengen, deciziile și declarațiile adoptate de către Comitetul Executiv Schengen stabilit în 1990, precum și protocoalele și acordurile de aderare care au urmat constituie acquis-ul Schengen.

Inițial, acquis-ul Schengen nu a făcut parte din cadrul legislativ comunitar. Acest lucru s-a schimbat, însă, odată cu semnarea Tratatului de la Amsterdam, în data de 2 octombrie 1997, intrat în vigoare la data de 1 mai 1999. Un Protocol atașat Tratatului de la Amsterdam încorporează acquis-ul Schengen în cadrul legislativ și instituțional al Uniunii Europene. Începând cu acest moment, acquis-ul Schengen face parte din legislația comunitară și a fost transferat în noul Titlu IV- Vize, azil, imigrație și alte politici legate de libera circulație a persoanelor, al TUE.

În prezent, 25 de state europene sunt membre cu drepturi depline în Acordul Schengen: Belgia, Italia, Franța, Germania, Luxemburg, Olanda, Cehia, Lituania, Slovacia, Elveția, Portugalia, Spania, Grecia, Austria, Estonia, Malta, Slovenia, Danemarca, Suedia, Finlanda, Islanda, Norvegia, Letonia, Polonia și Ungaria. Pe lângă acestea, există un număr de 4 state viitoare membre dintre care și România și Bulgaria. Trei state semnatare ale Acordului Schengen nu sunt membre ale Uniunii Europene: Islanda, Norvegia și Elveția, iar două state membre ale Uniunii, respectiv Irlanda și Marea

* Student, anul IV, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof.univ.dr. Augustin Fuerea.

** Student, anul IV, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti

Britanie, au decis să nu aplice în totalitate acquis-ul Schengen, dar colaborează cu statele membre Schengen.

Există două categorii de acquis, potrivit articolului 8 din Protocolul privind integrarea acquis-ului Schengen în cadrul Uniunii Europene, anexat la Tratatul privind Uniunea Europeană și la Tratatul de instituire a Comunității Europene. Aceste categorii sunt: prevederi care nu sunt legate de ridicarea controalelor la frontierele interne (Categorია I, etapa pre-aderare la UE) și prevederi direct legate de ridicarea controalelor la frontierele interne (Categorია a II-a, etapa post-aderare la UE).

Aderarea la spațiul Schengen are ca efect ridicarea controalelor între frontierele interne ale statelor membre Schengen, care aplică în întregime acquis-ul Schengen, fiind creată o singură frontieră externă unde controalele se desfășoară conform unui set de reguli clare în materie de vize, migrație, azil, precum și măsuri referitoare la cooperarea polițienească, judiciară sau vamală. Astfel, trecerea frontierei se poate realiza indiferent de oră și prin orice loc, iar cetățenii statelor membre care călătoresc în spațiul Schengen trebuie să aibă asupra lor, un document de identitate valabil.

Trecerea frontierelor interne poate fi asemănată cu o călătorie în interiorul țării. Controalele la frontierele interne Schengen pot fi introduse pentru o perioadă limitată în timp din motive de ordine publică sau securitate națională, decizie ce este luată la nivelul fiecărui stat membru Schengen.

Odată cu eliminarea controalelor la frontieră ar putea crește pericolele pentru securitatea internă a țărilor implicate prin faptul că, din acest moment, se lasă "cale liberă" infractorilor. Astfel, se impune o cooperare transfrontalieră, în special prin înființarea serviciilor comune ale poliției, vămii și poliției de frontieră (în cadrul Centrelor, Birourilor, Punctelor comune de contact) pentru toate statele contractante care să aibă ca scop protecția propriilor cetățeni. De asemenea, Sistemul Informatic Schengen, asistența operativă reciprocă și schimbul direct de informații între forțele de poliție precum și supravegherea și urmărirea transfrontalieră a infractorilor reprezintă mijloace de luptă împotriva terorismului, crimei organizate, traficului de ființe umane și a imigrației ilegale. În același timp, a fost adoptat un set de reguli uniform care să asigure cetățenilor statelor membre protecția datelor cu caracter personal împotriva oricărei încălcări a drepturilor fundamentale.

2. Actele care compun codul frontierelor Schengen

Legea cadru în această materie o reprezintă Regulamentul nr. 562/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 martie 2006 privind crearea unui Cod Comunitar asupra regulilor ce stau la baza liberei circulații a persoanelor peste frontieră (numit în continuare "Regulamentul"), regulament care a suferit modificări aduse de :

- Regulamentul (CE) nr. 296/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 martie 2008 privind instituirea unui Cod Comunitar privind regimul de trecerea a frontierelor de către persoane
- Regulamentul (CE) nr. 81/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 ianuarie 2009 privind utilizarea Sistemului de Informații a Vizelor în conformitate cu Codul Frontierelor Schengen
- Regulamentul (CE) nr. 810/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 iulie 2009 privind instituirea unui cod comunitar de vize
- Regulamentul (UE) nr. 265/2010 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 martie 2010 în ceea ce privește circulația persoanelor care dețin o viză de lungă ședere.

Regulamentul este structurat în patru titluri astfel: primul titlu intitulat "prevederi generale", al doilea titlu intitulat "frontierele externe", al treilea titlu intitulat "frontierele interne" și ultimul titlu care conține prevederi finale. Aceste titluri sunt structurate, la rândul lor, în capitole și articole. Regulamentul conține, de asemenea un număr de opt anexe.

Conform Regulamentului, definirea unor reguli comune privind circulația persoanelor peste frontiere nu aduce în discuție și nici nu afectează drepturile la liberă circulație de care se bucură cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora, cetățenii statelor terțe care, pe baza unor acorduri între Comunitate și statele sale membre, pe de o parte și acele state terțe se bucură de drepturi de liberă circulație echivalente cu acelea ale cetățenilor Uniunii, pe de altă parte.

Controlul frontierelor este în interesul nu numai al statelor membre la ale căror frontiere externe se efectuează, dar și în interesul tuturor statelor membre care au eliminat controlul la frontierele interne. Controlul la frontieră ar trebui să contribuie la combaterea migrației ilegale și a traficului de ființe umane și să prevină orice amenințare la adresa securității interne a statelor membre, a politicii publice, sănătății publice și a relațiilor internaționale¹.

Controalele la frontieră ar trebui să se desfășoare astfel încât să fie respectată în totalitate

demnitatea umană. Controlul la frontieră ar trebui să fie efectuat într-o manieră profesionistă și de respect și să fie proporțional cu obiectivele propuse. Controlul la frontieră presupune nu numai controlul persoanelor la punctele de trecere a frontierei și supraveghere între aceste puncte de trecere a frontierei, ci și o analiză a riscurilor la adresa securității interne și o analiză a amenințărilor care pot afecta securitatea frontierelor externe. De aceea, este necesar să se specifice condițiile, criteriile și regulile detaliate care guvernează controalele la punctele de trecere a frontierei și supravegherea.

Acest Regulament se aplică oricărei persoane care trece frontiera internă sau externă a statelor membre, fără a afecta: drepturile persoanei care se bucură de dreptul comunitar de liberă circulație; sau drepturile refugiaților și persoanelor care solicită protecție internațională, în special în ceea ce privește principiul non-refoulement, prevăzând absența controalelor la frontieră pentru persoanele care trec frontierele interne dintre statele membre ale Uniunii Europene și are ca obiect stabilirea unor reguli ce stau la baza controlului la frontieră pentru persoanele care trec frontierele externe ale statelor membre ale Uniunii.

Conform articolului 4 din Regulament frontierele externe pot fi trecute doar prin punctele de trecere a frontierei și în intervalul de timp în care acestea sunt deschise. Intervalul de timp în care acestea sunt deschise trebuie indicat clar la punctele de trecere a frontierei care nu sunt deschise 24 de ore. Statele Membre vor notifica Comisiei lista punctelor de trecere a frontierei.

De asemenea sunt prevăzute anumite excepții: în cazul navigației de agrement sau în cazul pescuitului de coastă; în cazul marinarilor care coboară pe țarm pentru a staționa în zona portului în care sunt ancorate ambarcațiunile acestora, sau în localitățile adiacente; pentru persoane sau grupuri de persoane, în cazul în care există o cerere de natură deosebită și sunt în posesia permiselor cerute de legea națională și nu există nici un conflict cu interese legate de ordinea publică și cu securitatea internă a statelor membre; pentru persoane sau grupuri de persoane în cazul unor situații de urgență neprevăzute². Statele membre vor introduce pedepse, în concordanță cu legislația națională, pentru trecerea neautorizată a frontierelor externe prin alte locuri decât punctele de trecere a frontierelor sau în afara intervalului de timp stabilit.

Regulamentul prevede expres că acele controale care vor fi efectuate la frontierele externe nu trebuie să constituie niciun obstacol major pentru comerț și schimbul social și cultural. În acest scop, statele au obligația să aloce un număr suficient de personal și resurse pentru a se asigura că timpul petrecut la frontiere este limitat. Conform articolului 10 din Regulament: ” pentru a reduce timpul de așteptare a persoanelor care se bucură de dreptul comunitar de liberă circulație, ar trebui asigurate culoare separate indicate prin semne uniforme în toate statele membre, acolo unde circumstanțele o permit, la punctele de trecere a frontierei. Linii separate ar trebui asigurate în aeroporturile internaționale. Acolo unde se consideră a fi necesar și dacă circumstanțele locale o permit, statele

¹ Regulamentul nr. 562/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 martie 2006

² Articolul 4, paragraful 2 din Regulamentul nr. 562/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 martie 2006

membre ar trebui să ia în considerare amenajarea de linii separate la punctele de trecere a frontierei pe apă și pe uscat.³

Articolul 5 din Regulament stabilește condițiile de intrare pentru cetățenii statelor terțe. Conform acestuia Pentru șederi ce nu depășesc trei luni într-o perioadă de șase luni, condițiile de intrare pentru cetățenii statelor terțe vor fi următoarele: să fie în posesia unui document de călătorie valabil sau a unor documente ca să autorizeze trecerea frontierei; să fie în posesia unei vize valabile, dacă se solicită, conform Regulamentului Consiliului (EC) nr. 539/2001 din 15 martie 2001 care enumeră statele terțe ai căror cetățeni trebuie să fie în posesia unei vize când traversează frontierele externe și statele ai căror cetățeni sunt exceptați de la această cerință, cu excepția cazului în care posedă permise de ședere; să justifice scopul și condițiile șederii, faptul că posedă mijloace suficiente de subzistență, atât pentru perioada șederii cât și pentru întoarcerea în țara de origine sau tranzitul spre un stat terț în care intrarea le va fi permisă cu siguranță, sau sunt în postura de a obține legal asemenea mijloace; pe numele lor nu au fost introduse alerte în Sistemul Informatic Schengen în scopul refuzării intrării; nu sunt considerate a fi o amenințare la adresa ordinii publice, securității interne, sănătății publice sau relațiilor internaționale a oricăruia dintre statele membre, mai ales în cazul în care, din același motiv, nu a fost introdusă nici o alertă în bazele de date ale statelor membre în scopul refuzării intrării.

Circulația transfrontalieră la frontierele externe va fi supusă controalelor polițiștilor de frontieră. Controalele pot fi efectuate, de asemenea și asupra mijloacelor de transport și obiectelor aflate în posesia persoanelor care traversează frontiera. Legea în vigoare din statul membru implicat se va aplica oricăror tipuri de controale efectuate. Toate persoanele trebuie să fie supuse unui control minim pentru stabilirea identității acestora pe baza prezentării documentelor de călătorie. Aceste controale minime trebuie să consiste în verificarea rapidă și imediată și când este cazul prin folosirea mijloacelor tehnice corespunzătoare, prin verificarea în bazele de date relevante a informațiilor cu privire la documentele furate, deținute fără drept, pierdute sau anulate, a valabilității documentelor care autorizează posesorul legitim să traverseze frontiera și a prezenței semnelor falsificării sau contrafacerii.

Principalele scopuri ale supravegherii frontierei sunt: prevenirea trecerilor frauduloase ale frontierei, contracararea criminalității transfrontaliere și luarea măsurilor împotriva persoanelor care au trecut frontiera fraudulos.⁴

Unui cetățean al unui stat terț care nu îndeplinește condițiile de intrare i se va refuza intrarea pe teritoriul statelor membre. Acest lucru nu va afecta aplicarea prevederilor speciale cu privire la dreptul de azil, protecția internațională sau eliberarea vizelor de lungă durată. Intrarea poate fi refuzată pe baza unei decizii fundamentate care să conțină motivele precise ale refuzului. Decizia va fi luată de o autoritate națională și va fi aplicabilă imediat.

Scopul prezentului Regulament nu poate fi atins numai de către state în mod individual, de aceea se impune o colaborare la nivelul comunității Uniunii Europene. De aceea Comunitatea poate adopta măsuri, în conformitate cu principiul subsidiarității. În conformitate cu principiul proporționalității, acest Regulament nu se referă la alte chestiuni decât la cele necesare atingerii acestui obiectiv.

În privința frontierelor interne, Regulamentul prevede în articolul 20 faptul că frontierele interne pot fi traversate în orice loc, fără ca un control prealabil al persoanelor, indiferent de naționalitate, să fie realizat. Statele membre vor elimina toate obstacolele în vederea fluidizării traficului la punctele rutiere de trecere la frontierele interne, în special orice limite de viteză care nu sunt bazate exclusiv pe considerente care țin de siguranța traficului. În același timp, statele membre vor fi pregătite să ofere facilități controalelor în eventualitatea în care controalele la frontierele interne sunt reintroduse.

³ Articolul 10 din Regulament

⁴ Articolul 12 din Regulamentul nr. 562/2006 al Parlamentului European și al Consiliului

În cazul în care există o amenințare serioasă la adresa securității interne și a ordinii publice, un stat membru poate reintroduce în mod excepțional controlul la frontierele interne, pentru o perioadă limitată la nu mai mult de 30 de zile sau pentru durata presupusă a amenințării serioase. Obiectivul și durata reintroducerii temporare a controlului la frontierele interne nu vor depăși motivele strict necesare pentru a răspunde amenințării serioase. Decizia de a reintroduce controlul la frontierele interne va fi luată într-o manieră transparent, iar publicul va fi informat în totalitate în legătură cu această decizie, doar dacă, pentru motive legate de securitate se decide contrariul.

3. Modificări sau completări aduse regulamentului

Ca urmare a aderării altor state la Acordul Schengen și a schimbării contextelor politice și economice, ce au rezultat din caracterul dinamic al Uniunii Europene, a fost nevoie de anumite modificări care să completeze Regulamentul care reprezintă legea cadru a spațiului Schengen. Regulamentul a fost supus completării și modificării prin regulamentele enumerate mai sus.

Regulamentul (CE) nr. 296/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 martie 2008 privind instituirea unui Cod Comunitar privind regimul de trecerea a frontierelor de către persoane, în ceea ce privește competențele de executare ale Comisiei, a fost adoptat datorită necesității de a elimina anumite dispoziții din Regulament: cea referitoare la termenul de suspendare în ceea ce privește competențele de executare conferite Comisiei. Acesta nu aduce, totuși, schimbări substanțiale Regulamentului, reținând, deasemenea, modificări aduse articolului 12 în sensul introducerii posibilității adoptării unor măsuri suplimentare care reglementează supravegherea, precum și unele modificări aduse anexelor.

Modificări sunt aduse și prin *Regulamentul (CE) nr. 81/2009* al Parlamentului European și al Consiliului din 14 ianuarie 2009 privind utilizarea Sistemului de Informații a Vizelor în conformitate cu Codul Frontierelor Schengen, Regulament care are ca scop îmbunătățirea punerii în aplicare a politicii în materie de vize. Sunt introduse unele dispoziții conform cărora dacă un resortisant al unei țări terțe este deținătorul unei vize, controalele amănunțite efectuate la intrare include și verificarea identității deținătorului precum și autenticității vizei prin Sistemul de Informații a Vizelor (VIS). În toate cazurile în care există o îndoială cu privire la identitatea deținătorului vizei și/sau cu privire la autenticitatea vizei, VIS se consultă utilizând în mod sistematic numărul de pe autocolantul de viză în combinație cu verificarea amprentelor digitale. Utilizarea VIS ar trebui să fie obligatorie pentru că în cazurile de cereri de vize repetate, este utilă reutilizarea și copierea datelor biometrice din prima solicitare de viză din VIS.

Prin Schengen s-a dorit crearea unui spațiu în care persoanele pot circula liber. Pentru a se putea realiza acest obiectiv ar trebui luate măsuri privind controalele la frontierele externe, azilul și imigrația. În acest sens a fost adoptat *Regulamentul (CE) nr. 810/2009* al Parlamentului European și al Consiliului din 13 iulie 2009 privind instituirea unui cod comunitar de vize care completează Regulamentul prin stabilirea procedurilor și condițiile de eliberare a vizelor de tranzit sau de ședere pe teritoriul statelor membre pentru o perioadă care să nu depășească trei luni, în decursul unei perioade de șase luni.

Conform *Regulamentului nr. 265/2010* al Parlamentului European și al Consiliului din 25 martie 2010 în ceea ce privește circulația persoanelor care dețin o viză de lungă ședere, statele membre ar trebui să înlocuiască vizele de lungă ședere cu permise de ședere, în timp util după intrarea pe teritoriul lor a resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere legală pe baza unei vize de lungă ședere, pentru a le permite acestora să călătorească în alte state membre în timpul șederii lor sau să tranziteze teritoriile celorlalte state membre la întoarcerea în țara lor de origine. Cu toate acestea, din ce în ce mai mult statele membre, după intrarea pe teritoriul lor a resortisanților țărilor terțe, fie nu mai înlocuiesc vizele de lungă ședere cu permise de ședere, fie le înlocuiesc dar cu întârzieri considerabile. Această situație juridică și practică are consecințe negative importante asupra

liberei circulații în spațiul Schengen a resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere legală într-un stat membru, pe baza unei vize de lungă ședere.

Pentru a rezolva problemele pe care le întâmpină resortisanții țărilor terțe aflați în situație de ședere legală într-un stat membru pe baza unei vize de lungă ședere, prezentul regulament extinde principiul echivalenței între permisele de ședere și vizetele de scurtă ședere eliberate de statele membre care pun integral în aplicare *acquis*-ul Schengen și în cazul vizetelor de lungă ședere. Ca urmare, o viză de lungă ședere ar trebui să aibă aceleași efecte ca un permis de ședere în ceea ce privește libera circulație a titularului în spațiul Schengen. Un resortisant al unei țări terțe, titular al unei vize de lungă ședere eliberată de un stat membru, ar trebui, prin urmare, să poată călători în alte state membre timp de trei luni în orice perioadă de șase luni, în aceleași condiții ca și titularul unui permis de ședere. Prezentul regulament nu aduce atingere normelor privind condițiile de eliberare a vizetelor de lungă ședere.

Acest Regulament modifică Convenția Schengen astfel: vizetele de ședere care depășesc trei luni (vize de lungă ședere) sunt vize naționale eliberate de unul dintre statele membre în conformitate cu legislația sa internă sau cu dreptul Uniunii. Aceste vize se eliberează după modelul uniform pentru vize. Perioada de validitate a vizetelor de lungă ședere nu depășește un an. În cazul în care un stat membru permite unui străin să rămână pe teritoriul său mai mult de un an, viza de lungă ședere este înlocuită, înainte de expirarea perioadei de valabilitate cu un permis de ședere.

În România au fost adoptate o serie de acte normative pentru a putea fi îndeplinite condițiile aderării țării noastre la Schengen. Dintre acestea amintim :

- *H.G. nr. 791/2009* privind condițiile pentru certificarea aeroporturilor civile internaționale sau deschise traficului aerian internațional. Prin acest act normativ se creează cadrul legislativ pentru a asigura atât conformitatea facilităților aeroportuare cu normele și uzanțele Schengen în vigoare, cât și o pârghie pentru determinarea administrațiilor aeroporturilor din România să aleagă una din direcțiile de dezvoltare posibile (exclusiv curse intra-Schengen sau atât curse intra, cât și extra-Schengen);

- Directiva Consiliului 2004/82/EC din data de 29 aprilie 2004 privind obligația transportatorilor de a comunica datele despre pasageri a fost implementată din punct de vedere legislativ prin *OG nr.34/2006* privind obligația transportatorilor aerieni de a comunica date despre pasageri, aprobată prin *Legea nr.452/2006*

- Schimbul operativ de informații cu statele vecine și europene se desfășoară în conformitate cu *OUG 103/2006* privind unele măsuri pentru facilitarea cooperării polițienești internaționale în mod direct de către PFR, prin intermediul Centrului de Cooperare Polițienească Internațională, cât și prin intermediul centrelor/punctelor/birourilor de contact existente la frontieră. Un flux operativ de informații este derulat prin ofițerii de legătură ai statelor membre UE/Schengen reprezentate în România.

4. Concluzii

În concluzie, Spațiul Schengen este o zonă de circulație liberă în Europa. Statele membre ale acestui spațiu au eliminat sau vor elimina controalele la frontierele interne, astfel încât este (sau va fi) posibilă trecerea frontierei între oricare două asemenea state fără acte și fără opriri pentru control. Proiectul început în anul 1984 prin semnarea unui acord de către Germania, Franța, Olanda, Belgia și Luxemburg, și a Convenției care implementează acest acord a căpătat amploare de-a lungul timpului, el dezvoltându-se din punct de vedere cantitativ(au semnat Acordul Schengen și alte state ajungându-se la 25 de state semnatare și încă patru care doresc să semneze) și calitativ(fiind un organism viu, s-a adoptat o serie de Regulamente care au avut ca scop perfecționarea cadrului legislativ).

Prezentul referat a tratat sumar prevederile existente în legea cadru al Spațiului Schengen, respective Regulamentul nr. 562/2006, precum și modificările sau completările aduse de un număr de patru regulamente adoptate ulterior.

Deși Spațiul Schengen presupune stabilirea unor reguli comune privind circulația persoanelor peste frontieră, acesta nu aduce în discuție și nici nu afectează drepturile la liberă circulație de care se bucură cetățenii Uniunii Europene și membrii familiilor acestora, cetățenii statelor terțe care, pe baza unor acorduri între Comunitate și statele sale membre, pe de o parte și acele state terțe se bucură de drepturi de liberă circulație echivalente cu acelea ale cetățenilor Uniunii, pe de altă parte.

Intrarea în Spațiul Schengen nu înseamnă eliminarea completă a frontierelor, controale pentru verificarea legalității fiind realizate. Astfel se vor verifica documentele care sunt cerute prin Regulament precum și autenticitatea vizelor. Aceste controale se vor face respectând drepturile și libertățile cetățenilor. De asemenea pot fi aplicate și sancțiuni celor care nu se conformează cu prevederile existente.

Pentru ca România să poată deveni țară membră a spațiului Schengen, aceasta trebuie să îndeplinească condițiile impuse, să își rezolve orice problemă legată de frontiere precum și să respecte întru totul prevederile regulamentelor existente. Pentru a putea adera țara noastră trebuie să treacă printr-o serie de etape, așa cum au trecut și alte state membre și anume:

➤ Transmiterea de către România a unei Declarații de pregătire- *Declaration of readiness* privind pregătirea pentru demararea procesului de evaluare Schengen (La data de 28 iunie 2007, România a transmis Declarația de Pregătire prin care a propus a doua jumătate a anului 2008 ca dată privind începerea procesului de evaluare pe 3 domenii: Cooperare polițienească, Vize și Protecția datelor).

➤ Transmiterea, de către Secretariatul General, a unui chestionar extins care va conține întrebări detaliate despre toate aspectele relevante pentru implementarea și aplicarea prevederilor Schengen Categoriilor II.

➤ Completarea de către România a chestionarului și transmiterea acestuia către Consiliul UE.

➤ Demararea vizitelor de evaluare, transmiterea de întrebări suplimentare, chestionare, etc.

➤ Redactarea unui raport care va analiza stadiul de pregătire a fiecărui stat membru pentru aplicarea prevederilor Categoriilor II. Acest raport include recomandări pentru corectarea sau îmbunătățirea aspectelor mai puțin satisfăcătoare.

➤ Decizia Consiliului UE cu privire la eliminarea controalelor la frontierele interne.⁵

Referințe bibliografice

- <http://eur-lex.europa.eu>
- <http://www.schengen.mira.gov.ro/>
- Regulamentul (CE) nr. 296/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 martie 2008
- Regulamentul (CE) nr. 81/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 ianuarie 2009
- Regulamentul (CE) nr. 810/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 iulie 2009
- Regulamentul (UE) nr. 265/2010 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 martie 2010

⁵ <http://www.schengen.mira.gov.ro/>

PRIVIRE SPECIALA ASUPRA RELATIEI DINTRE UNIUNEA EUROPEI OCCIDENTALE SI UNIUNEA EUROPEANA

Alexandru Gabriel VASILE*

Abstract:

A few months after the congress held in Hague, there had been observed the realization of some of the European aspirations by setting the Western European Union (WEU). This is a military alliance which groups five countries which signed the Treaty of Brussels on 17 March 1948 (it being Belgium, France, Luxembourg, Holland and England).

Moreover, the beginning of process of the European integration, characterized by original and specific features that constitute the current structure, can be consider 1950, when French Foreign Minister Robert Shuman, proposed the involvement of several European countries in a closer cooperation project, compared with the traditional forms existed at that time. This new type of cooperation involves the transfer of sovereignty to an organisation constraint on its power.

During 90's there has been a shift from the WEU to the EU - which is having a better development regarding the political mechanisms and is a more integrated than the WEU, which is purely intergovernmental.

Cuvinte cheie: *Uniunea Europei Occidentale, Uniunea Europei, Tratatul de la Maastricht, Tratatul de la Amsterdam;*

1. Considerații introductive

Originile Uniunii Europei Occidentale (UEO) se regăsesc în Tratatul de asistență reciprocă, încheiat între Franța și Marea Britanie la 4 martie 1947, în localitatea Dunkerque, principalul obiectiv fiind cooperarea în domeniul apărării comune. În situația unei agresiuni sau a unei amenințări cu agresiunea din partea Germaniei, acest tratat prevedea o asistență militară, dar nu stipula decât obligația unor consultări în caz de pericol. Belgia, Olanda și Luxemburg au răspuns acestei inițiative, dar au considerat prevederile Tratatului că fiind insuficiente și au sugerat încheierea unui tratat multilateral care să înscrie, în primul rând, un acord militar de asistență reciprocă ce va trebui acordată automat și imediat în situația unei agresiuni. În al doilea rând, au sugerat să se prevadă un acord politic pentru organizarea unui sistem de consultări periodice asupra tuturor problemelor de interes comun și, nu în ultimul rând, un acord economic ce ar fi urmat să aibă ca obiectiv realizarea unei uniuni economice¹.

Odată cu înființarea Organizației Tratatului Atlanticului de Nord (NATO) și transmiterea atribuțiilor militare ale UEO în competența a NATO, Uniunea Europei Occidentale a funcționat aproximativ 30 de ani în umbra Alianței, neavând o politică de securitate și apărare distinctă de această și nici organisme militare proprii. Consiliul European² de la Maastricht, desfășurat în decembrie 1991, a ajuns la o înțelegere privind Tratatul, prin care s-a stabilit ca Uniunea Europeană să adopte o serie de decizii în ceea ce privește politica externă și de securitate comună a Uniunii Europene (UE) insistând, printre altele, pe rolul UEO și pe relațiile sale cu Uniunea Europeană și cu

* Student Alexandru Gabriel Vasile, Facultatea de Drept, Specializarea Drept comunitar, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (gabyvsal@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Roxana-Mariana Popescu

¹ Dan VĂTĂMAN, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Lumina Lex, București, 2008, p 70.

² La acea vreme, Consiliul European era o instituție *sui-generis* a Uniunii Europene, formată din șefii de stat sau de guvern ai statelor membre ale Uniunii. În prezent, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, la 1 decembrie 2009, Consiliul European este o veritabilă instituție a Uniunii, păstrându-și, ca principală atribuție, orientarea politică a UE.

NATO³. Uniunea Europeană reprezintă rezultatul unui proiect economic și politic aparte al cărui cuprins însumează astăzi, în cea mai mare parte, aspecte ale vieții politice, economice, și, nu în ultimul rând, aspectele sociale din statele membre. Conceptul unei Europe unite își are sorgința în istoria continentului european, acest concept luând naștere din dorința de a găsi o soluție viabilă pentru evitarea conflictelor și asigurarea securității și bunăstării sociale, dar și pentru a pune capăt suferințelor și distrugerilor Europei.

2. Scurte considerații referitoare la Uniunea Europei Occidentale (UEO)

A. Constituirea UEO

Ca un rezultat al celor menționate anterior, la 17 martie 1948, a fost semnat Tratatul de cooperare în materie economică, socială și culturală și de apărare colectivă legitimă, la Bruxelles. Belgia, Franța, Luxemburg, Olanda și Marea Britanie au semnat pentru acest tratat, formându-se, astfel, Uniunea Occidentală. Semnat în majoritate datorită „friei eterne” față de Germania, tratatul o viză direct pe aceasta în cadrul „angajamentului de asistență automată contra oricărei agresiuni” Această organizație nu se limita numai la aspectele de apărare comună, ci avea în vedere și consolidarea legăturilor economice, sociale și culturale dintre statele membre, pentru a putea rezista, cu succes, din punct de vedere militar și ideologic la noile amenințări care se profilau. În acest sens, cele 5 state au înființat și un „Comitet permanent pentru studiul și dezvoltarea federației europene”⁴.

Imediat după semnarea Tratatului Atlanticului de Nord, la data de 4 aprilie 1949, exercitarea atribuțiilor în plan militar ale organizației au fost transferate Alianței Nord-Atlantice care devenise elementul central în sistemul de securitate vest-european și nord-atlantic. Dorința de integrare a Republicii Federale Germania în structurile de securitate nou apărute a determinat Franța să propună, în octombrie 1950, crearea unei armate europene care să funcționeze în cadrul NATO. Acest demers a avut drept consecință semnarea, în mai 1952, a Tratatului asupra Comunității Europene de Apărare, care nu s-a putut materializa din cauza refuzului Adunării Naționale Franceze din 30 august 1954 de a aduce amendamente tratatului⁵.

Insuccesul Comunității Europene de Apărare a avut drept consecință desfășurarea unei conferințe speciale, în septembrie 1954, la Londra, în urma căreia s-a ajuns la concluzia că R.F. Germania trebuia să fie admisă în NATO. Concluziile Conferinței au fost prevăzute în Acordul de la Paris, semnat la 20 octombrie 1954, prin care se ratifica Tratatul de la Bruxelles. Prin Acordul de la Paris, Tratatul de la Bruxelles a fost modificat și completat, iar organizația a fost numită Uniunea Europei Occidentale⁶.

În preambulul Tratatului de la Bruxelles, reprezentanții statelor părți la Acordul de la Paris au definit principalele obiective ale Uniunii Europei Occidentale, respectiv: crearea unei baze sigure în Europa de Vest, în scopul redresării economice a Europei, mai mult decât atât se dorea promovarea și încurajarea unității și integrării pozitive a Europei, dar și acordarea de ajutor reciproc în caz de agresiune externă⁷.

De asemenea, articolul 5 al Tratatului privind UEO preciza că: „În cazul în care una din Înaltele Părți Contractante ar fi obiectul unei agresiuni armate în Europa, celelalte îi vor acorda, conform Cartei Națiunilor Unite, ajutor și asistență prin toate mijloacele care le stau în putință, militare și de altă natură”. La rândul său, articolul 4, stipula: „Părțile Contractante și organele stabilite

³ Dan VĂTĂMAN, *op. Cit.*, p. 75.

⁴ *Ibidem*, p. 70.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 71.

⁷ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Economică, București, 2005, p.187.

de ele vor lucra în strânsă cooperare cu NATO”. Aceste 2 articole au ghidat participarea membrilor UE la proiectul apărării comune și la activitățile NATO⁸.

Începând cu anul 1954 și până în 1973, UEO a avut un rol important prin promovarea consultărilor și a cooperării în Europa de Vest, dar activitățile sale, ca organizație interguvernamentală, s-au redus treptat. Abia la începutul anilor '80, Uniunea Europei Occidentale începe să-și dezvolte și structuri militare. Prima acțiune concretă în acest sens este elaborarea, din inițiativa președintelui François Mitterand, a „Memorandumului Franței” cu privire la UEO și transmis guvernelor statelor membre. Documentul făcea trimitere la faptul că „UEO este singură instanță europeană competentă în materie de apărare”. Un moment important în evoluția UEO a fost în octombrie 1987, când reunit la Haga, Consiliul UEO a adoptat o „platformă asupra intereselor europene în materie de securitate”, în care își afirmă, în mod solemn, hotărârea de a dezvolta pilonul european al NATO, oferind, în același timp, o dimensiune de securitate și apărare pentru o Europă integrată⁹.

Conform deciziei adoptate la Luxemburg, în anul 1994, UEO era o organizație care reunea 4 tipuri de participare, respectiv: 10 membri activi, aceste state fiind, în același timp, membre UE și NATO (Germania, Franța, Marea Britanie, Italia, Belgia, Luxemburg, Grecia, Spania, Portugalia și Olanda), 6 membri asociați (Republica Cehă, Islanda, Norvegia, Polonia, Turcia și Ungaria), 5 state cu statut de observator (Austria, Danemarca, Finlanda, Irlanda și Suedia), 7 state cu statut de parteneri asociați, care nu erau, la data aceea, nici membri NATO și nici ai UE (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, România, Slovacia, Slovenia)¹⁰.

B. Sistemul instituțional al UEO

Sistemul instituțional al UEO a fost structurat astfel: Consiliul UEO, Secretariatul general al UEO și Adunarea Parlamentară.

Consiliul UEO, ale cărui sarcini sunt stabilite în articolul 8 al Tratatului de la Bruxelles, este cel mai important organism al UEO, acesta examinând chestiunile privitoare la îndeplinirea și respectarea Tratatului de la Bruxelles și a Protocolului de la Paris, ca și a celorlalte documente anexe. Organizarea sa îi permite să-și exercite funcțiile permanent, acesta putând fi convocat în orice moment, la cererea statelor membre. Consiliul ministerial se întrunește, de obicei, în cadrul unor reuniuni semestriale ținute în țara care deține președinția UEO. Consiliul permanent, ca organ de sprijin al organului ministerial, este responsabil cu activitatea de zi cu zi a acestuia precum și cu coordonarea activității grupurilor de lucru din cadrul Consiliului¹¹.

Președinția UEO este deținută de statele membre prin rotație în ordinea alfabetului englez, pentru o perioadă de 6 luni.

Secretariatul general al UEO este format din personal administrativ și tehnic, fiind însărcinat cu pregătirea și organizarea activității Consiliului și este condus de un Secretar general, care, împreună cu adjuncții, sunt numiți de către statele membre. Secretariatul general conține următoarele departamente: Biroul; Secretariatul Consiliului; Departamentul pentru Politică Externă; Biroul de presă și informație; Departamentul pentru traduceri și Departamentul administrativ¹².

Adunarea Parlamentară a UEO a fost instituită în baza articolului 9 din Tratatul de la Bruxelles și are sediul la Paris. Membrii se întrunesc de două ori pe an în sesiune plenară, la sediul din Paris, putând avea și sesiuni extraordinare sau întâlniri în alte state membre. Organul de

⁸ Augustin FUEREA, „Manualul Uniunii Europene”, ediția a IV-a revăzută și adăugită, după Tratatul de la Lisabona (2007/2009), Editura Universul Juridic, București 2010, p.72.

⁹ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, p.72.

¹⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹¹ *Ibidem*, p.73-74

¹² *Ibidem*, p. 74.

conducere al Adunării este Comitetul Prezidențial, format din: Birou, Președinții Comitetelor, reprezentanții Grupurilor politice și ai delegațiilor membrilor asociați precum și fostul președinte al Adunării¹³.

3. Aspecte generale privind Uniunea Europeană

Constituirea, în anul 1949 a Consiliului Europei, nu reprezenta pentru toți adepții Europei unite răspunsul așteptat asupra modului în care trebuia organizat continentul. Jean Monnet, prin ideile sale, în anii '50, a dorit realizarea unei uniuni mai unite între popoarele europene. Aceste idei încep să se evidențieze, iar la 9 mai 1950 ministrul francez al afacerilor externe, Robert Schuman, își asumă politic această idee prin oferta publică pe care Franța o face Republicii Federale Germania, de a pune în comun producția de cărbune și oțel. Proiectul, conform căruia Robert Schuman dorea crearea unei Comunități mai largi și mai profunde, a fost adoptat și de alte state europene, astfel, la 18 aprilie 1951, 6 țări europene (Franța, Germania, Italia, Belgia, Olanda, Luxemburg), au semnat, la Paris, Tratatul instituind Comunitatea Europeană al Cărbunelui și Oțelului (CECO), tratat care a intrat în vigoare în anul 1952¹⁴. Acest tratat presupunea consolidarea unei piețe comune, a cărbunelui și oțelului, care accentua libera circulație a produselor cât și îndepărtarea restricțiilor vamale și cantitative¹⁵.

Anul 1957, a fost marcat de semnarea Tratatelor de la Roma, instituind o Comunitate Economică Europeană (CEE) și o Comunitate Europeană a Energiei Atomice (CEEA). Tratatul CEE își dorea realizarea unei piețe comune ale cărui elemente principale vizau: îndepărtarea taxelor vamale, libera concurență, instituirea unui tarif vamal comun. În anii '70, s-au remarcat numeroase progrese ale construcției comunitare: acceptarea noilor membrii (Irlanda, Danemarca și Marea Britanie), elaborarea ideii de uniune monetară, stabilirea unui program de acțiune vizând ajutor pentru regiunile nedezvoltate, participarea sporită a partenerilor sociali la deciziile economice și sociale, cât și pregătirea unei politici europene¹⁶.

Un alt moment de maximă importanță al istoriei comunitare îl reprezintă Tratatul de la Maastricht, denumit și Tratatul asupra Uniunii Europene, care a fost semnat în anul 1992 și a intrat în vigoare în 1993, acest tratat reprezentând actul de naștere a Uniunii Europene. Tratatul de la Maastricht înglobează, pentru cea dintâia oară, conceptul de Uniune Europeană. Potrivit acestui tratat, Comunitățile Europene, Politica externă și de securitate comună și cooperarea polițienească și judiciară în materie penală reprezintă cei trei piloni prin care s-a format Uniunea Europeană¹⁷. Mai mult decât atât, în momentul intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, acești trei piloni s-au transformat în politici ale Uniunii Europene.

Primul pilon, și anume Comunitățile Europene înglobând cele trei comunități existente: Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului (CECO), Comunitatea Europeană a Energiei Atomice (CEEA sau Euratom) și Comunitatea Economică Europeană (CEE), reprezenta formă cea mai complexă a comunitarismului. Odată cu instituirea Uniunii Europene, datorită Tratatului de la Maastricht, pe de o parte, Comunitatea Economică Europeană (CEE) a devenit Comunitatea Europeană (CE), iar Tratatul instituind CEE a devenit Tratatul instituind CE. Evoluția calitativă a CEE, care a trecut de la o Comunitate pur economică la o uniune politică, reprezintă rezultatul acestor schimbări. Pe de altă parte, anumite instituții au suferit modificări în ceea ce privește denumirea. Astfel, Consiliul Comunităților Europene se numește Consiliul Uniunii Europene,

¹³ *Idem.*

¹⁴ Tratatul a fost încheiat pentru o perioadă de 50 de ani, astfel încât, în anul 2002, a încetat să mai producă efecte.

¹⁵ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, *op. cit.*, p.79.

¹⁶ Augustin FUEREA, *op. cit.* p.82

¹⁷ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, *op. cit.*, p.82.

Comisia Comunităților Europene devine Comisia Europeană, iar Curtea de Conturi devine Curtea Europeană de Conturi. În cadrul Comunităților Europene își avea funcționalitatea Piață internă alcătuită din cele patru libertăți fundamentale: libertatea de circulație a mărfurilor, libertatea de circulație a persoanelor, libertatea de prestare de servicii cât și libertatea de circulație a capitalurilor și a plăților¹⁸.

În ceea ce privește Politică externă și de securitate comună (PESC), aceasta a înlocuit conceptul de Cooperare Politică Europeană (CPE) și avea ca principal obiectiv trasarea unui cadru pentru o politică de apărare comunitară care să conducă, în timp, la o apărare comună. Cooperarea Politică Europeană constă în consultații periodice dintre miniștrii afacerilor externe și în contractele permanente dintre administrațiile lor. Mai mult decât atât, aceștia au ajuns de comun acord să se informeze reciproc cu privire la orice problemă importantă a politicii externe, să ajungă la un punct de vedere comun și, în măsură în care este posibil să adopte o poziție comună¹⁹.

Al treilea pilon, cooperarea polițienească și judiciară în materie penală (CPJMP) are ca scop, pe de o parte, înlăturarea ultimei obstacol în calea liberei circulații a persoanelor în interiorul Uniunii, iar, pe de altă parte, aprofundarea cooperării statelor membre în aceste domenii. Cooperarea include politică acordării de azil; regulile aplicate în cazul trecerii frontierelor externe ale statelor membre; politică în domeniul imigrației; combaterea traficului de droguri; combaterea fraudei internaționale; cooperare juridică în materie de drept civil și penal; cooperare în domeniul vamal; cooperare polițienească²⁰.

Analizând cei trei piloni care stau la bază Uniunii Europene se observă că nivelurile de cooperare sunt diferite. Astfel, dacă în cel dintâi pilon instituțiile ocupau un loc important în ceea ce privește luarea deciziilor, în majoritatea domeniilor erau luate prin majoritate calificată, în cadrul pilonului al doilea și al treilea, cooperarea instaurată este de tip interguvernamental, rolul instituțiilor Uniunii Europene rămânând limitat.

Tratatul privind Uniunea Europeană mai prevede că orice persoană care are cetățenia unui stat membru este cetățean al Uniunii Europene. Cetățenia europeană nu înlocuiește cetățenia națională, ci vine în completarea acesteia, adăugând noi drepturi, și anume: dreptul de liberă circulație și de stabilire în Statele Membre; dreptul de a beneficia pe teritoriul unui stat terț de protecție consulară din partea autorităților diplomatice ale unui alt Stat Membru; dreptul de a alege și de a fi ales în Parlamentul European și în cadrul alegerilor locale în statul de rezidență; dreptul de petiționare în Parlamentul European; dreptul de a depune, la Ombudsmanul European, o reclamație cu privire la funcționarea defectuoasă a instituțiilor comunitare²¹.

Mai mult decât atât, Tratatul de la Maastricht prevede crearea unei monede unice, de la 1 ianuarie 1991 sub protecția Băncii Centrale Europene, acesta fiind cel din urmă obiectiv al integrării economice și monetare pe piață unică. Crearea acestei Uniuni economice și monetare este prevăzută a se realiza în trei etape. Prima etapă, având termenul până la 31 decembrie 1993 are ca scop liberalizarea circulației capitalurilor. A două etapă, începând de la 1 ianuarie 1994 presupune o mai largă coordonare a politicilor economice cu dorință de a reduce inflația, rată dobânzilor și fluctuațiile schimburilor valutare, cât și de a limita deficitele și datoria publică a statelor. A treia etapă are drept sarcină crearea unei monede unice la 1 ianuarie 1999 și înființarea Băncii Centrale Europene²².

Adoptarea Tratatului de la Amsterdam, la 2 octombrie 1997 și intrat în vigoare la 1 mai 1999, reprezintă un moment important care a adus elemente semnificative în reforma instituțiilor Uniunii, în ceea ce privește integrarea statelor și cooperarea acestora din perspectivă extinderii Comunităților prin primirea de noi state. Acest tratat modifică Tratatul privind Uniunea Europeană, precum și

¹⁸ Augustin FUEREA, *op. cit.*, p.256-257.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Ibidem*, p. 257-258.

²¹ Augustin FUEREA, *op. cit.*, p.49

²² Gilles FERREOL, „Dictionarul Uniunii Europene”, ed”itura Polirom, Iași, 2001, p.248-251.

Tratatele instituind Comunitățile Europene. Prin Tratatul de la Amsterdam sunt definite noi obiective, rolul cetățeanului este sporit, iar caracterul democratic al instituțiilor este consolidat. Mai mult decât atât, dacă până la semnarea acestui tratat construcția comunitară s-a dezvoltat în jurul obiectivelor economice, după apariția acestui tratat accentul este pus pe responsabilitățile politice ale Uniunii, atât în interior, cât și în restul lumii²³.

Negocierea Tratatului de la Amsterdam a început încă din iunie 1994, atunci când a fost realizată întrunirea unui grup de reflecție. „După o Conferința interguvernamentală, ce a durat mai mult de un an, Tratatul de la Amsterdam avea să fie finalizat în noaptea de 17 spre 18 iunie 1997 și semnat la 2 octombrie 1997”. Adoptarea acestui tratat rezultă din faptul că, deși el apare în urmă altor două modificări, care privesc atât competențele, cât și instituțiile Uniunii, din anul 1986 (Actul Unic European) și din anul 1992 (Tratatul de la Maastricht), este necesară acțiunea de a oferi rezolvări problemelor care se regăsesc în număr foarte mare și sunt încă nerezolvate. Problemele aveau în vedere rolul și drepturile cetățenilor europeni, eficacitatea și caracterul democratic al instituțiilor europene că și responsabilitățile internaționale ale Uniunii. Prin urmare, chiar dacă Tratatul de la Maastricht institua cetățenie europeană, adică un cadru de drepturi și obligații suplimentare pentru cetățenii statelor membre, el nu oferea acestui cadru un conținut real²⁴.

Prin Tratatul de la Maastricht, funcționarea instituțiilor a cunoscut o îmbunătățire, iar puterile de co-decizie legislative și de control ale Parlamentului European au fost consolidate. Chiar dacă au avut loc aceste acțiuni, în cadrul instituțiilor, lucrările nu au fost simplificate pentru că urmau a fi adăugate 2 cerințe: gestionarea monedei unice, Euro, și cooperarea în materia politicii economice.

În conținutul Tratatului de la Amsterdam se disting 3 părți, după cum urmează: amendamente aduse tratatului asupra Uniunii Europene, simplificarea tratatelor, cat si dispoziții generale și finale. Pe lângă acestea, au fost adăugate Actul final și 58 de declarații comune și unii sau multilaterale. Au fost anexate 13 protocoale printre care Uniunea Europei Occidentale și crearea unei politici comune de apărare, integrarea acquis-ului Schengen în cadrul Uniunii Europene cât și rolul parlamentelor naționale în Uniunea Europeană.

Anii '90 semnifică și deschiderea extraordinară a Uniunii către țările din Centrul și Estul Europei. Relațiile cu aceste state s-au concretizat prin semnarea acordurilor de asociere numite și acorduri europene, documente ce stabilesc cadrul politico-juridic al acestei cooperări și abordează diferite aspecte ale acesteia. Contextul nou creat a pus Uniunea în fața unei duble provocări, și anume: reforma internă prin care se dorea formarea unui sistem funcțional pentru un număr de membrii cât mai mare și gestionarea unei extinderi fără precedent. Răspunsurile elaborate prin Tratatul de la Nisa, care a intrat în vigoare în ianuarie 2003, deși propun formule noi în ceea ce privește statele candidate, care se regăsesc într-un tratat comunitar, nu au putut rezolva în mod adecvat problemele cu care se confruntă construcția comunitară, textul de la Nisa precizând numărul de voturi în Consiliul și de reprezentanți în Parlamentul European pentru fiecare dintre statele candidate. Această sarcină a revenit Convenției europene, organism instituit de Declarația adoptată la Laeken, în 2001, care a avut drept misiune redactarea unui text constituțional care să răspundă în mod real nevoilor și realităților europene²⁵.

Principalele instituții ale Uniunii Europene care formează structura de rezistență a acesteia sunt în număr de 7, după cum urmează: Parlamentul European, Consiliul European, Consiliul, Comisia Europeană, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Curtea de Conturi, iar din 1999 a început să funcționeze și Banca Centrală Europeană. Fiecare din cele 7 instituții ocupă un loc separat în cadrul organizației Uniunii Europene astfel, Parlamentul European este instituția comunitară cu cea mai dinamică evoluție ajungând dintr-o simplă adunare cu rol consultativ la un nivel european.

²³ Augustin FUEREA, *op. cit.*, p.51

²⁴ * * *, „Traite d'Amsterdam: ce qui a change en Europe”, seria L'Europe en mouvement, iunie 1999, p.5, citat de Augustin FUEREA, *op. cit.*, p.51.

²⁵ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, *op. cit.*, p.83-84.

Parlamentul European este instituția care reprezintă interesele popoarelor din statele membre ale Uniunii Europene. Format, inițial, din reprezentanți ai parlamentelor naționale, Parlamentul European care și-a dobândit această denumire încă din anul 1962, inițial fiind numită „Adunare”, reprezintă astăzi singură instituție a Uniunii Europene a cărei membrii sunt aleși în mod direct de către cetățenii europeni²⁶.

Consiliul European „oferă Uniunii impulsurile necesare dezvoltării acesteia și îi definește orientările și prioritățile politice generale”²⁷.

Consiliul, este instituția care apără interesele statelor membre, este format din 27 de membri, câte un reprezentant pentru fiecare stat membru. Mai mult decât atât, Consiliul asigură coordonarea politicilor generale ale statelor membre și deține puterea de decizie. Comisia Europeană reprezintă instituția care apără interesul general al Uniunii, fiind formată din comisari care acționează total independent în raport cu guvernele lor naționale iar mandatul lor este de 5 ani²⁸.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene este compusă din judecători și avocați generali. Aceștia din urmă sunt chemați să se pronunțe în totală independență în cauzele supuse Curții, prin concluzii care constituie stadiul final al procedurii orale²⁹. Judecătorii și avocații generali sunt numiți de comun acord pentru o perioadă de 6 ani de către guvernele statelor membre. O reînnoire parțială a judecătorilor și a avocaților generali are loc din 3 în 3 ani. Judecătorii și avocații generali sunt persoane care au exercitat în alte funcții jurisdicționale în țările de origine sau consilieri juridici cu competențe notorii. În prezent,

Curtea este compusă din 27 de judecători și 8 avocați generali. Numărul judecătorilor și al avocaților generali poate fi modificat printr-o hotărâre a Consiliului luată cu votul unanim al membrilor acestuia, la cererea Curții. Rolul Curții de Justiție este acela de a asigura respectarea dreptului Uniunii Europene, interpretarea și aplicarea Tratatelor Uniunii Europene.

4. UEO și UE

Din anul 1954 și până în 1973, UEO a jucat un rol important prin promovarea consultărilor și a cooperării în Europa de Vest³⁰. Activitățile UEO s-au redus treptat între 1973 și 1984 iar o mare parte din rolurile sale economice, sociale și culturale au fost preluate de Consiliul Europei iar dezvoltarea Cooperării Politice Europene a făcut ca activitățile politice ale Consiliului UEO să piardă mult din relevanța lor.

În anul 1992, în „Declarația de la Maastricht” se afirmă că UEO va fi dezvoltată ca o componentă a apărării Uniunii Europene și ca mijloc de întărire a pilonului european al NATO. În acest scop, UEO dorește realizarea unei politici de apărare europene comune, Uniunea fiind cea care urmărește punerea ei în aplicare, consolidând-și, astfel, rolul operațional³¹.

Un punct de cotitură în evoluția UEO a fost reprezentat de ratificarea Tratatului de la Amsterdam³², prin care se cerea crearea condițiilor necesare, cel puțin în plan juridic, pentru absorbția funcțiilor UEO în cadrul instituțional al UE.

Tratatul de la Amsterdam a stabilit așa-numitele “misiuni Petersberg”³³, care se referă la diferite tipuri de operațiuni militare, de management al conflictelor și de acordare de ajutor umanitar, situații în care Uniunea ar fi urmat să se implice pe plan internațional.

²⁶ Augustin FUEREA, *op. cit.*, p.79.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Augustin FUEREA, *op. cit.*, p.83-84

²⁹ *Ibidem.*, p.119.

³⁰ George POEDE, “Instituții de securitate”, în *Studii de securitate*, Editura Cavaliotti, București, 2005, p.77.

³¹ Gabriel CHIVU, „Organizatii interstatale compemporane”, Editura Argonaut, Cluj Napoca, p.141.

³² Tratatul a fost semnat în anul 1997 și a intrat în vigoare în anul 1999.

³³ *Tratatul de la Amsterdam*, http://www.infoeuropa.ro/docs/Tema_24.pdf.

În domeniul securității și apărării, adevăratele noutăți ale Tratatului de la Amsterdam sunt reprezentate de următoarele elemente: în primul rând, vocația Consiliului de a lua decizii politice cu privire la sarcinile „Petersberg”, care cuprind misiuni umanitare și de evacuare, misiuni de menținere a păcii, misiuni de forță de combatere pentru gestionarea crizelor³⁴, inclusiv misiunile de restabilire a păcii și, în al doilea rând, dispozițiile care permit Uniunii să recurgă la UEO pentru a pune în aplicare deciziile politice, cu participarea *ad hoc* a țărilor nealiatate din punct de vedere militar; ținând cont de importanța acestor operațiuni în contextul geostrategic, remarcăm progresul pe care îl realizează din acest punct de vedere Tratatul de la Amsterdam.

În același timp, prin adoptarea noului Tratat s-a întărit demersul de securitate european, vizând crearea unei relații speciale între cele două organizații, prin lansarea Politicii Europene și de Securitate Comună, cu impact direct asupra creșterii vizibilității Uniunii Europene în sfera problematicii de securitate și apărare. În ciuda disponibilităților statelor membre UE în ceea ce privește consolidarea dimensiunii de securitate și apărare la nivel european, procesul de preluare a funcțiilor UEO nu beneficia de o abordare cuprinzătoare, elementele constitutive ale acestei organizații nefiind abordate în vederea integrării instituționale.

Eșecul pe care l-a înregistrat UEO se datorează în primul rând faptului că, în ciuda demersurilor vizând întărirea capacităților operaționale, UEO nu a avut o structură independentă de comandă, capacități de colectare a informațiilor extrem de reduse și, în special, capacitate minimă în ceea ce privește proiectarea forței.

Tratatul de la Nisa (2001/2003) a definit apărarea UE ca o “apărare autonomă”, modificând art. 17 din Tratatul asupra Uniunii Europene și marcând sfârșitul UEO care nu mai era din acel moment parte integrantă a UE, astfel nefiind necesară consultarea acesteia în probleme de securitate, dar identitatea europeană a securității și apărării a rămas doar în NATO, ca un dispozitiv de consultare și cooperare UE-NATO³⁵.

5. Concluzie

În concluzie, putem spune că rolul UEO este limitat, deoarece activitatea sa principală constă în respectarea obligațiilor prevăzute în Tratatul de la Bruxelles și urmărirea activităților Grupului pentru armamente al Europei Occidentale. Mai mult decât atât, Adunarea Parlamentară a UEO va rămâne un forum de reflecție în materie de securitate la nivel european. În ceea ce privește Uniunea Europeană, această este o comunitate de valori, ea fiind rezultatul unui număr foarte mare de tradiții religioase și filozofice. Conceptele grecilor și românilor, creștinismul, iudaismul, umanismul și iluminismul au reușit să definească personalitatea omului din prezent.

Referințe bibliografice

- **Iordan Gheorghe BARBULESCU**, „*Uniunea Europeana: Aprofundare și extindere*”, Editura Trei, București, 2001;
- **Gabriel CHIVU**, „*Organizații interstatale compemporane*”, Editura Argonaut, Cluj Napoca, 2002;
- **Augustin FUERE**, „*Manualul Uniunii Europene*”, ediția a IV-, revăzută după Tratatul de la Lisabona (2007/2009), Editura Universul Juridic, București, 2010;
- **George POEDE**, „*Instituții de securitate*”, în *Studii de securitate*, Editura Cavaliotti, București, 2005;
- **Andrei POPESCU**, **Ion JINGA**, **Alina DINU**, „*Organizații europene și euroatlantice*”, Editura Economică, București, 2005;
- **Dan VĂTAMAN**, „*Organizații europene și euroatlantice*”, Editura Lumina Lex, București, 2008;
- **Marin VOICU**, „*Politicile comunitare în Constituția Uniunii Europene*”, Editura Lumina Lex, București, 2005

³⁴ „missions de forces de combat pour la gestion des crises”.

³⁵ **Marin VOICU**, „*Politicile comunitare în Constituția Uniunii Europene*”, Editura Lumina Lex, București, 2005, p. 45

ÎNCEPUTURILE INTEGRĂRII EUROATLANTICE: CONSTITUIREA ȘI EVOLUȚIA NATO

Ana Florina IRIMIA*

Abstract:

Signing the Treaty of Washington founded this organization, which was obtained for a particular international context (that of the Cold War). Since 1947 the U.S. decided to take a more interventionist policy on the European continent for which reason the first initiative was felt both in economic terms, namely the Marshall Plan, designed to organize countries in Western Europe and in the military. Western leaders were convinced that Europe was in danger especially during the '48 - '49 years who have remained in history as strongly marked by the brutal politics of the Soviet Union in Eastern Europe. Soviet actions in response to European States were held to establish a European defense by signing the Brussels Pact of 17 March 1948. Have signed this pact as follows: member States of the Benelux (Belgium, Netherlands and Luxembourg), France, United Kingdom of Great Britain. The European alliance has proved to be insufficient to intervene in the event of any invasion, the Red Army.

Cuvinte cheie: the Treaty of Washington, the Marshall Plan.

1. Considerații introductive

La 4 aprilie 1949, 12 state (Belgia, Franța, Luxemburg, Olanda, Marea Britanie, Danemarca, Islanda, Italia, Norvegia, Portugalia, SUA și Canada), decise să-și asigure apărarea reciprocă și colectivă, au semnat Tratatul Atlanticului de Nord, constituind, astfel, o alianță de țări independente având drept obiectiv comun menținerea păcii și protejarea propriei libertăți prin intermediul solidarității politice și a unui sistem de apărare adecvat, conceput pentru a descuraja și a respinge orice formă de agresiune împotriva lor. Organizația Tratatului Atlanticului de Nord (NATO) este o organizație interguvernamentală ale cărei țări membre își păstrează integral suveranitatea și independența, un forum în cadrul căruia statele se consultă reciproc în toate privințele, se iau hotărâri asupra problemelor politice și militare ce le afectează securitatea¹.

2. Constituirea NATO

Constituirea NATO se datorează evoluției situației geopolitice și geostrategice din centrul și estul Europei, în perioada postbelică. Această situație are la bază înțelegerile dintre marile puteri, începute chiar din timpul războiului², datorită cărora s-au stabilit pentru Europa două mari sfere de influență, care nu puteau avea, în viitor, și o expresie pe planul alianțelor politico-militare, într-o lume care va deveni bipolară.

Discursul lui Winston Churchill de la Fulton (Missouri- Statele Unite ale Americii) a venit ca un semn de alarmă în ceea ce privește răspândirea comunismului în Europa răsăriteană, el făcând

* Student Ana Florina Irimia, Facultatea de Drept, Specializarea Drept comunitar, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (irimia_ana1991@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Roxana-Mariana Popescu

¹ **Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU**, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Economică, București, 2001, p. 52-62

² **Dan VĂTĂMAN**, „Organizații europene și euroatlantice”, Editura Lumina Lex, București, 2008, p.121; Este de notorietate celebrul „Acord de procentaj”, încheiat la 9 octombrie 1944 între W. Churchill și I.V Stalin prin care s-au împărțit zonele de influență în Balcani - pentru detalii a se vedea **Nicolae BACIU**, „Agonia României (1944-1947). Dosarele secrete acuză”, Editura Dacia, Cluj-Napoca, p. 116-126.

referire la o alianță a Occidentului care să reziste cu statornicie în fața amenințării comuniste. Discursul nu i-a speriat pe sovietici, aceștia continuând să-și exercite puterea și influența asupra Europei răsăritene, reușind, până la sfârșitul anului 1947, să impună regimuri comuniste în toate statele din zona lor de influență, cu excepția Cehoslovaciei³.

Apariția Doctrinei Truman și a Planului Marshall au constituit principalii piloni ai Occidentului către Războiului Rece și către constituirea NATO. Punctul în care adversitatea dintre aliații occidentali și sovietici s-a manifestat cel mai clar a fost situația Germaniei. Reunirea celor trei zone de ocupație occidentale din Germania într-o singură unitate economică a cărei prosperitate contrasta cu zona sovietică de ocupație a condus la adâncirea divergențelor dintre aliații occidentali și sovietici³.

3. Obiectivele NATO

Principalul obiectiv al Alianței Nord-Atlantice este asigurarea securității și libertății statelor membre, iar atingerea acestui obiectiv se realizează prin metode atât politice, cât și militare, asigurându-se atât respectul Actului constitutiv al Organizației, cât și al Cartei Națiunilor Unite (ONU). Tratatul Nord-Atlanticului însuși își găsește sursa constituirii sale legale în articolul 51 al Cartei ONU, care face referire la dreptul inalienabil al statelor independente la apărare individuală sau colectivă.

Ideea de apărare comună și promovare a unor interese de securitate comune transpore și din articolul 4 al Tratatului de la Washington, articol care afirmă că „părțile se vor consulta de fiecare dată atunci când, după părerea uneia dintre ele, integritatea teritorială, independența politică sau securitatea uneia dintre părți este amenințată”⁴.

Deciziile NATO se iau prin consens, după discuții și consultări între statele membre. Fiind o organizație multinațională și interguvernamentală a unor state libere și independente, NATO nu dispune de o autoritate supranațională sau de o funcție independentă de strategie politică, fapt pentru care deciziile NATO sunt decizii luate de toate statele membre în comun. Alianța Nord-Atlantică include și un parteneriat transatlantic, între membrii săi europeni și SUA și Canada, parteneriat destinat menținerii stabilității și păcii în Europa și prin intermediul căruia securitatea Americii de Nord este strâns legată de cea europeană. Obiectivele parteneriatului sunt, în primul rând, politice, susținute de planificarea apărării comune și cooperare militară, de cooperare și consultare economică, științifică, în probleme ale mediului și alte domenii importante. În timpul Războiului Rece, cooperarea între statele membre ale NATO s-a concentrat pe dezvoltarea și menținerea apărării colective⁵.

4. Structurile NATO

Cartierul General al NATO din Bruxelles este atât sediul politic al Alianței, cât și reședința permanentă a Consiliului Nord-Atlantic. Aici se află birourile reprezentanților permanenți și ale delegațiilor naționale, ale Secretarului General și Secretariatul Internațional, ale reprezentanților militari naționali, ai președintelui Comitetului Militar și ale Statului Major Militar Internațional.

³ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, Comuniștii au preluat puterea în Cehoslovacia, în februarie 1948, printr-o lovitură de stat.

⁴ www.nato.int, art 4 al *Tratatului de la Washington*: “The Parties will consult together whenever, in the opinion of any of them, the territorial integrity, political independence or security of any of the Parties is threatened”..

⁵ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, p. 123; Ion PALȘOIU, „*Organizații politice și militare internaționale*”, Editura Universitaria, Craiova, 2006, p. 83.

Găzduiește și misiunile diplomatice ale statelor partenere, Statul major pentru consultare, comandă și control al Cartierului General, precum și unele agenții ale NATO.

Pentru a-și putea îndeplini rolul său fundamental de preservare a libertății și securității statelor membre, NATO este dotată cu o dublă structură - militară și civilă -, între cele două există o strânsă colaborare. NATO a cunoscut un proces evolutiv și și-a dezvoltat structurile politice și militare, aceste schimbări reflectând hotărârea comună a țărilor membre de a extinde spațiul de securitate europeană la nivelul întregului continent, ca premise fundamentale a realizării dezvoltării democratice și a prosperității inclusive a statelor din Europa Centrală și Europa de Est. Transformarea politicilor și structurilor NATO a fost inițiată de șefii de stat sau de guvern ai țărilor membre NATO, la întâlnirea la nivel înalt de la Londra (1990) și a fost întărită prin deciziile luate la Roma (1991) și la Bruxelles (1994).

Preocupările NATO s-au concentrat asupra necesității de consolidare a rolului politic al Alianței și a contribuției pe care poate să o aducă, în cooperare cu alte instituții internaționale, la asigurarea stabilității și securității noii Europe. La reuniunea la nivel înalt de la Roma⁶ a fost adoptat un nou concept strategic care îmbină o abordare extinsă a noțiunii de securitate, bazată pe dialog și cooperare, cu menținerea capacității de apărare colectivă a NATO. Conceptul mai prevede reducerea dependenței de armele nucleare și schimbări majore în forțele militare integrate NATO, inclusive reduceri substanțiale de efective militare; reducerea structurilor de comandă; îmbunătățirea mobilității, flexibilității și adaptabilității diferitelor contingente; utilizarea crescută a formalităților multinaționale; adaptarea planificării politice a apărării și a procedurilor specifice. În cadrul acestei reuniuni, a fost adoptată Declarația de pace și cooperare în care este prezentat noul concept al Alianței și sunt definite noile misiuni și acțiuni politice ale NATO față de cadrul instituțional general al viitoarei securități europene. În urma deciziilor adoptate la Roma, procesele de adaptare a NATO la noile realități s-au desfășurat în trei mari domenii principale, și anume:

- cadrul politic instituțional al relațiilor dintre NATO și statele partenere din de Est;
- domeniile militar și al apărării;
- acțiuni de menținere a păcii;

În ianuarie 1994, la Bruxelles, a avut loc o nouă întrunire la cel mai înalt nivel, cu ocazia căreia a fost lansată inițiativă Parteneriatului pentru Pace⁷

La această reuniune s-a confirmat faptul că Alianța Atlanticului de Nord și-a dovedit forța și că aceasta rămâne indispensabilă, reînnoindu-se atașamentul pentru un parteneriat transatlantic puternic între America de Nord și o Europă ce-și construiește o politică externă și de securitate comună, pentru a avea o responsabilitate sporită în probleme de apărare. A fost reafirmată valabilitatea funcțiilor principale ale Alianței și a fost exprimat sprijinul deplin pentru edificarea unei identități europene de securitate și apărare. Au mai fost adoptate și alte decizii de mare importanță, printre care măsuri privind continua adaptare a structurilor politice și militare ale alianței, de natură să reflecte atât ansamblul misiunilor sale, cât și apariția unei identități europene de securitate și apărare, cum ar fi conceptul de „forțe multinaționale de intervenție combinată”, reafirmarea faptului ca alianța rămâne deschisă pentru celelalte țări europene, lansarea inițiativei Parteneriatului pentru Pace, adoptarea măsurilor privind intensificarea eforturilor alianței pentru a împiedica proliferarea armelor de distrugere în masă și a vectorilor acestora, examinarea măsurilor destinate să promoveze securitatea în regiunea mediteraneană.

Șefii de stat și de guvern prezenți la Bruxelles au adoptat o declarație conform căreia Alianța Nord Atlantică era considerată deschisă și altor state europene în măsură să promoveze principiile Tratatului și să contribuie la Securitatea din zona Atlanticului de Nord. S-a hotărât inițierea unui studiu detaliat asupra oportunității și criteriilor de eligibilitate pentru statele ce și-ar manifesta dorința de a adera la Alianță.

⁶ 7-8 noiembrie 1991.

⁷ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, p. 124-125.

Totodată, s-a hotărât studierea modului în care Parteneriatul pentru Pace poate contribui la procesul extinderii NATO.

Deși aliații au căzut de acord că era prematur să fie discutat calendarul extinderii NATO sau să se decidă ce țări vor fi invitate să devină membre ale alianței, ei au convenit asupra faptului că extinderea ar trebui să contribuie la întărirea eficienței alianței, la stabilitatea și la securitatea întregii regiuni euro-atlantice și la favorizarea obiectivului menținerii unei Europe nedivizate.

Procesul de extindere ar trebui realizat într-un mod care să nu afecteze capacitatea NATO de a-și îndeplini funcțiile esențiale de apărare comună, de a întreprinde misiuni de menținere a păcii, cât și alte noi misiuni, în acord cu principiile și obiectivele Tratatului de la Washington. Consiliul Atlanticului de Nord a declarat că toți viitorii noi membri ai NATO vor fi membri de drept ai Alianței, bucurându-se de toate drepturile și asumându-și toate obligațiile pe care le implică acest statut, adăugând că atunci când extinderea NATO va avea loc, hotărârea va fi luată în urma studierii fiecărui caz în parte, unele țări putând fi acceptate înaintea altora. Aliații și-au reafirmat voința de a întări structurile de cooperare care să se poată extinde asupra țărilor de pe întreg continentul european, notând faptul că lărgirea NATO trebuie înțeleasă și în acest context.

Conform articolului 10 din Tratatul Atlanticului de Nord, *părțile pot, prin acord unanim, să invite să adere la Tratat orice alt stat european susceptibil de a favoriza dezvoltarea principiilor prezentului tratat și de a contribui la securitatea regiunii Atlanticului de Nord*⁸.

Retrospectiv privind, NATO a primit noi membri pe durata întregii sale existențe. Acest lucru este explicabil prin mutațiile care au avut loc pe scena internațională o dată cu prăbușirea statelor comuniste antrenând schimbări fundamentale la nivel de securitate, dar și cu urmare a evoluției realităților internaționale în ansamblul lor și a noilor provocări și amenințări cărora trebuie să le facă față organizațiile internaționale în noul mileniu. Invitate să se alătore Alianței la Summit-ul de la Madrid, din anul 1997, Polonia, Cehia și Ungaria au devenit membri cu drepturi și obligații depline în 1999. Acesta este primul pas dintr-o strategie de extindere mult mai largă, ce avea să se continue, în anul 2002, prin invitarea a șapte noi state est-europene, la summit-ul de la Praga, de a adera la NATO. Dimensiunile extinderii, ca și necesitatea de a face din Alianță o forță eficientă și operațională în condiții și zone din cele mai diverse au determinat o atenție sporită față de acest cel mai recent val de aderare. Astfel, Alianța a lansat Planul de acțiune pentru aderare, menit să ajute statele candidate, permițându-le să obțină consiliere, ajutor și sprijin practic în legătură cu toate aspectele aderării fără a constitui o garanție de aderare sau o simplă listă de condiții și criterii care trebuie îndeplinite și respectate. Planul este un instrument extrem de util pentru statele interesate, care, prin schimbul de informații, pot afla, reacțiile și avizele concrete ale NATO referitoare la pregătirea lor în vederea unei viitoare aderări. Planul de acțiune pentru aderare respectă principiul autodiferențierii, statele fiind libere să aleagă acele elemente din Plan care sunt cel mai bine adaptate priorităților și specificității lor naționale. Lansat în anul 1999, la Plan au participat nouă state, și anume: Albania, Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, România, Slovacia, Slovenia și Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei. Fiecare membru a elaborat un program național anual de pregătire pentru aderare, vizând problemele politice și economice, militare și de apărare, aspecte legate de resurse, probleme de securitate și juridice. Ele și-au fixat propriile obiective, scopuri și calendare de activități. Conținutul programelor naționale ține, însă, cont de obiectivele pe care Alianța le așteaptă a fi atinse de statele candidate, în diferite domenii, după cum urmează:

- **obiective politice și economice:** reglementarea pe cale pașnică a oricărui conflict teritorial extern, a oricărei neînțelegeri de natură etnică, supremația legii și respectarea drepturilor omului,

⁸ www.nato.int, art. 10 al Tratatului de la Washington: “The Parties may, by unanimous agreement, invite any other European State in a position to further the principles of this Treaty and to contribute to the security of the North Atlantic area to accede to this Treaty. Any State so invited may become a Party to the Treaty by depositing its instrument of accession with the Government of the United States of America. The Government of the United States of America will inform each of the Parties of the deposit of each such instrument of accession”.

instaurarea unui control democratic asupra forțelor armate și promovarea stabilității și a bunăstării prin libertate economică, justiție socială și o atitudine responsabilă în materie de mediu;

- **obiective de securitate și apărare:** capacitatea statelor candidate de a contribui la apărarea colectivă și la noile misiuni ale Alianței. Participarea în cadrul Parteneriatului pentru Pace deține un rol foarte important;

- **resursele** vizează necesitatea ca orice stat candidat să aloce suficiente resurse apărării, astfel încât să facă față obligațiilor ce vor decurge din angajamentele colective ale Alianței, în momentul în care va deveni membru;

- **aspectele de securitate** : se referă la necesitatea ca țările candidate să vegheze la instituirea procedurilor care garantează securitatea informațiilor sensibile;

- **aspectele juridice** vizează necesitatea compatibilității între legislațiile statelor candidate și dispozițiile și acordurile reglementând cooperarea în interiorul NATO.

În momentul în care se consideră că un stat îndeplinește aceste criterii și că includerea sa în Alianță poate servi interesele politice și strategice globale ale acesteia și contribuie la stabilitatea continentului european, există toate premisele ca respectivul stat să devină membru deplin al NATO. Cea mai recentă extindere a fost finalizată în primăvara anului 2004, summit-ul NATO de la Istanbul, din iunie 2004, fiind prima reuniune importantă a Alianței lărgite⁹.

Structura civilă a NATO este compusă din:

Consiliul Atlanticului de Nord (CNA/NAC) - are autoritate politică și puteri de decizie efective și este alcătuit din Reprezentanți permanenți ai tuturor statelor membre, care se întrunesc cel puțin o dată pe săptămână. Consiliul se întrunește și la nivel înalt, în prezența miniștrilor de externe, a miniștrilor apărării sau a șefilor de guvern, având aceeași autoritate și puteri decizionale, iar deciziile sale au același statut și aceeași validitate, indiferent de nivelul întrunirii. Consiliul are o importantă imagine publică și emite declarații și comunicate, care explică publicului larg și guvernelor statelor care nu sunt membre NATO, orientările și deciziile Alianței. Consiliul este organul decizional al Organizației și singurul organ a cărui existență este expres afirmată de Tratatul de Washington. Conform Tratatului, CNA poate să înființeze organisme subordonate. Celelalte Comitete și Grupuri de Planificare au fost create pentru a sprijini activitățile CNA sau pentru a-și asuma responsabilități în domenii specifice, precum și planificarea apărării, planificarea nucleară și problemele militare. Consiliul oferă astfel, guvernelor statelor membre, un forum unic pentru consultări pe scară largă asupra tuturor chestiunilor care le afectează securitatea reprezentând cel mai important organism decizional al NATO. Toate țările membre NATO au drepturi egale în exprimarea opiniilor lor la masa de consiliu. Deciziile, luate de comun acord, reprezintă voința colectivă a guvernelor statelor membre. Toate aceste guverne sunt implicate în formularea politicilor în cadrul său sub autoritatea Consiliului și sunt parte a consensului pe bază căruia se adoptă deciziile. Fiecare țară membră este reprezentată în Consiliul Atlanticului de Nord de un ambasador sau de un înalt funcționar. În mod normal, membrii Consiliului se reunesc o dată pe săptămână, iar lucrările sale sunt prezidate de secretariatul general al NATO. Consiliul are un profil public important și poate emite declarații sau comunicate către guvernele țărilor membre, în care explică politică și deciziile Alianței. Secretarul Consiliului este asigurat de câte diviziile și birourile relevante ale Secretariatului Internațional, în special de către Secretariatul executiv, care deține un rol coordonator în asigurarea executării mandatelor Consiliului și în înregistrarea și difuzarea deciziilor adoptate. Secretarul executiv este și Secretarul Consiliului. Sediul CNA se află la Bruxelles (ca și Cartierul General al Organizației)¹⁰.

Secretarul General este o personalitate politică internațională numită de membrii Alianței pentru a îndeplini poziția de președinte al Consiliului, al Comitetului de Planificare a apărării (CPA) și al Grupului de planificare Nucleară (GPN), președinte al Consiliului de parteneri Euro-Atlantic și al grupului de Cooperare Mediteraneană, co-președinte al Comisiei NATO-Ucraina. Secretarul

⁹ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, *op. cit.*, p. 182-184;

¹⁰ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, p. 126-127.

general este însărcinat să promoveze și să conducă procesul de consultări și luare a deciziilor în cadrul Alianței. Totodată, el este responsabil și de conducerea Secretariatului Internațional și reprezintă principalul purtător de cuvânt al Alianței în relațiile cu guverne și cu mass-media¹¹.

Adjunctul Secretarului General îl asigură pe acesta în exercitarea funcțiilor sale și îl înlocuiește în caz de absență. El prezidează Forțele operative la nivel înalt pentru controlul armelor convenționale, Grupul executiv de lucru, Comitetul NATO pentru apărarea aeriană, Comisia consultativă comună, Comitetul mixt pe probleme de proliferare, precum și alte câteva Grupuri ad-hoc și de lucru³.

Secretariatul Internațional. Activitatea Consiliului Nord-Atlantic și a comitetelor subordonate acestuia este sprijinită de un Secretariat Internațional, al cărui personal este alcătuit din cetățeni ai țărilor membre, fie selectați direct de către Organizație, fie detașați de guvernele respective pentru 3-4 ani. Membrii Secretariatului Internațional răspund în fața Secretarului General și se subordonează Organizației pe întreagă perioadă a serviciului lor.

Secretariatul Internațional este compus din: Biroul Secretarului General, Departamentele operative¹², Biroul Administrativ și Biroul Inspectorului Financiar. Secretariatul Internațional ajută în procesul de stabilire a consensului și acela a luării deciziilor între țările membre și parteneri, pregătește întrunirile și urmărirea acestora, precum și deciziile luate în comitetele NATO¹³.

Adunarea Atlanticului de Nord. Alcătuirea în anul 1955 a Adunării Parlamentului, denumită, inițial, Adunarea Nord-Atlantică, reflectă importanța pe care NATO o generează dialogului politic între reprezentanții direcți ai cetățenilor și statele membre. Adunarea este complet independentă față de NATO, care reprezintă o legătură între Alianță și parlamentele naționale, care susține guvernele și le încurajează să țină cont de preocupările acestora atunci când se dă o formă definitivă în cazul legilor. Printre funcțiile Adunării, se numără și aceea de a evoca în permanență că hotărârile interguvernamentale luate în cadrul NATO depind în ultimă instanță de aprobarea autorităților politice naționale, conform prevederilor constituționale în vigoare în parlamentele alese în mod democratic¹⁴.

Membrii Adunării sunt numiți de către și din cadrul parlamentelor statelor membre, urmând procedurile naționale și în funcție de ponderea pe care partidul politic din care fac parte o are în parlamentul respectiv. Misiunea principală a Adunării vizează dezbateri pe teme de interes comun și apropierea diferitelor opinii exprimate în cadrul acestei instituții. Oferă parlamentelor Alianței ocazia să prezinte subiectele și temele de interes național guvernelor proprii sau organismelor decizionale ale Alianței și să se informeze reciproc asupra perspectivelor foarte diverse care există, la nivel național sau regional, în prezența a numeroase probleme importante de interes comun. Adunarea Atlanticului de Nord este structurată pe cinci comisii: Comisia politică; Comisia de apărare și securitate; Comisia economică; Comisia științifică și tehnică și Comisia pentru probleme civile. Rolul Adunării Atlanticului de Nord în elaborarea politicii

Structura militară a NATO este compusă din:

Comitetul militar. Membrii Comitetului Militar sunt ofițeri superiori din țările membre, detașați la sediul din Bruxelles al NATO. Ei acționează în calitate de reprezentanți naționali, apărând cât mai bine interesele țărilor lor, rămânând în același timp deschiși la negocieri și discuții, pentru obținerea consensului. Comitetul are dreptul de a recomanda autorităților politice a NATO măsurile considerate necesare pentru apărarea comună în perimetrul de acțiune a Alianței. Rolul principal al acestuia este de stabili orientările și de a oferi consiliere asupra doctrinei și strategiei militare¹⁵.

¹¹ *Idem. George POEDE, "Instituții de Securitate", în Studii de Securitate, Editura Cavallioti, București, 2005, p.71.*

¹² *Dan Vătăman, op. cit.. Sunt cinci astfel de Departamente operative - pentru detalii a se vedea Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, op. cit., p 127.*

¹³ *Dan VĂTĂMAN, op. cit. George POEDE, op. cit., p.72.*

¹⁴ *Idem.***, Manual NATO, ediția 2001, Oficiul de Informație și Presa, NATO, Bruxelles, p. 389.*

¹⁵ *Dan VĂTĂMAN, op. cit., p. 128-129.*

În cadrul Consiliului Parteneriatului Euro-Atlantic (EAPC) și al Parlamentului pentru Pace (PfP), Comitetul Militar se întâlnește regulat cu țările partenere al EAPC/PfP, la nivel de reprezentanți militari naționali (lunar) la nivel CHODS (bianual), pentru a discuta chestiuni de cooperare domeniul militar¹⁶.

Statul Major Internațional este dirijat de un Director cu statut de general sau amiral, numit în această funcție, de către statele membre și selecționat de Comitetul Militar. Rangul Major este responsabil cu planificarea, evaluarea și recomandarea politicii cu privire la problemele militare, pe care le supune analizei Comitetului Militar, dar și cu asigurarea aplicării imediate a politicilor și deciziilor Comitetului¹⁷.

5. România și NATO

Unul dintre obiectivele prioritare ale politicii externe și interne a României, după prăbușirea comunismului, l-a constituit aderarea la NATO. Primele relații ale României cu NATO datează din anul 1990, când, printr-o scrisoare oficială, Secretarul general al NATO, pe atunci Manfred Wörner, era invitat să viziteze România și în care se sugera, de asemenea, ideea acreditării unui ambasador român la NATO¹⁸.

Se poate observa faptul că populația din România a perceput, cel puțin o perioadă de timp, aderarea la NATO ca un factor de progres economic și aderarea la Uniunea Europeană ca o garanție de securitate.

Eforturile României de integrare în NATO au fost demarate propriu-zis începând cu anul 1994, când intențiile declarative ale autorităților de la București au fost dublate de acțiuni concrete. România a solicitat formal aderarea la NATO în anul 1993, iar la 26 ianuarie 1994, România a fost prima țară care a semnat Documentul cadru al Parteneriatului pentru Pace, principalul instrument juridic de cooperare militară, dezvoltat de NATO cu statele europene din afara Alianței. La 14 septembrie 1994 România a acceptat și Programul individual de Parteneriat cu NATO, aplicabil pe perioada 1996-1998 care stabilea un set de obiective specializate pentru țara noastră, în cadrul general al Parteneriatului pentru Pace. În octombrie 1999, România a transmis către NATO primul Program Național Anual de Pregătire pentru aderarea la NATO (PNA), în cadrul MAP, acesta fiind urmat de încă alte patru Planuri Anuale (în anii 2000, 2001, 2002, 2003) ce vor forma cadrul principal de acțiune pentru aderarea la NATO. Momentul hotărâtor al procesului de aderare a României la NATO a avut loc la 21 noiembrie 2002, la reuniunea NATO de la Praga prin Declarația reuniunii de la Praga a șefilor de state și guverne NATO. Acest prim pas simbolic pe drumul integrării României în Alianță a fost continuat la 13 decembrie 2002 și la 9 ianuarie 2003, când a avut loc la Bruxelles cele două runde ale convorbirilor de aderare a României la NATO. În cadrul acestor negocieri, România își asumă obligațiile decurgând din aderarea la Tratatul Atlanticului de Nord, respectiv sprijinirea consensului la nivelul Alianței, promovarea păcii și stabilității, contribuția cu forțe la întregul spectru de operațiuni al NATO. La 26 martie 2003 a avut loc la Bruxelles ceremonia oficială de semnare a Protocolului Tratatului Nord-Atlantic privind Aderarea României, iar între 20-22 octombrie 2003 au avut loc primele consultări oficiale cu NATO. La 1 martie 2004, președintele României de atunci, a promulgat legea de aderare la Tratatul Atlanticului de Nord, iar la 4 martie 2004 tot președintele a semnat instrumentul de aderare al României la NATO. Momentul final al procesului de aderare al României la NATO este marcat de 2 aprilie 2004, când la sediul NATO de la Bruxelles are loc ceremonia de ridicare a steagurilor celor șapte state noi membre NATO, precum și reuniunea informală a miniștrilor de externe ai statelor membre NATO¹⁹.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 390.

¹⁸ Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, *op. cit.*, p. 184.

¹⁹ Dan VĂTĂMAN, *op. cit.*, p. 138-146.

6. Concluzii

NATO a reușit să asigure libertatea membrilor săi și să prevină războiul în Europa timp de 40 de ani de război rece. Combinând apărarea prin mijloace militare cu dialogul, Alianța a jucat un rol indispensabil în efortul de a pune capăt în mod pașnic confruntării Est-Vest. Schimbările spectaculoase aduse de sfârșitul războiului rece în peisajul euroatlantic s-au reflectat în conceptul strategic adoptat de Alianță în anul 1991.

De atunci s-au produs, însă, unele modificări profunde ale situației politice și de securitate. Pericolele războiului rece i-au urmat perspective mai promițătoare, dar nu lipsite de provocări, oportunități și riscuri noi. O nouă Europa beneficiind de o integrare politică se naște concomitent cu o nouă structură de securitate euroatlantică, în care NATO joacă rolul central. Alianța se află în centrul eforturilor întreprinse pentru a stabili noi forme de cooperare și de înțelegere reciprocă în regiunea euroatlantică și s-a angajat în desfășurarea unor noi activități, favorizând instaurarea unei stabilități mai mari.

Rolul Alianței, în aceste evoluții pozitive, s-a sprijinit pe adaptarea totală a activității sale la problematică securității structurilor și procedurilor sale. În ultimii ani s-a constatat, totuși, apariția de noi riscuri complexe pentru pacea și securitatea euroatlantică, riscuri legate de noile politici de oprimare, de conflictele etnice, de marasmul economic, de prăbușirea ordinii politice și de proliferarea armelor de distrugere în masă.

Alianța are un rol indispensabil în consolidarea și păstrarea schimbărilor pozitive apărute recent, și în confruntarea cu provocările la adresa securității actuale și viitoare. Alianța trebuie să apere interesele comune de securitate într-un cadru care continuă să evolueze, adesea într-un mod imprevizibil. NATO trebuie să păstreze apărarea colectivă și să întărească legătura transatlantică, să asigure un echilibru care să permită aliaților europeni să-și asume o mai mare responsabilitate. Alianța trebuie să-și întărească relațiile cu partenerii și să se pregătească pentru atragerea de noi membri. NATO trebuie înainte de toate să mențină voința politică și mijloacele militare cerute de ansamblul diferitelor sale misiuni.

Referințe bibliografice:

- Nicolae BACIU, „*Agonia României (1944-1947). Dosarele secrete acuză*”, Editura Dacia, Cluj-Napoca;
- Ion PALȘOIU, „*Organizații politice și militare internaționale*”, Editura Universitaria, Craiova, 2006;
- George POEDE, „*Instituții de Securitate*”, în *Studii de Securitate*, Editura Cavallioti, București, 2005;
- Andrei POPESCU, Ion JINGA, Alina DINU, „*Organizații europene și euroatlantice*”, Editura Economică, București, 2005;
- Dan VĂTĂMAN, „*Organizații europene și euroatlantice*”, Editura Lumina Lex, București, 2008;
- ***, *Manual NATO*, ediția 2001, Oficiul de Informație și Presă, NATO, Bruxelles;
- www.clr.ro – Site-ul Consiliului Legislativ;
- www.nato.int – Site-ul oficial al NATO.

PARTICULARITĂȚI ALE CONSTITUIRII PRIMELOR ORGANIZAȚII DE INTEGRARE EUROPEANĂ: CECO, CEE, CEEA

Claudia BABA*

Abstract

The historical roots of the European Union lie in the Second World War. Europeans are determined to prevent such killing and destruction ever happening again. Soon after the war, Europe is split into East and West as the 40-year-long Cold War begins. West European nations create the Council of Europe in 1949. On 9 May 1950, in Paris, in a speech inspired by Jean Monnet, Robert Schuman proposed that Franco-German production of coal and steel as a whole be placed under a common High Authority, within the framework of an organisation open to the participation of the other countries of Europe. That declaration marked the beginning of the history of the European Communities. The immediate consequence of the French Government's Declaration was the signing in Paris, on 18 April 1951, of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC). That Treaty, which entered into force on 23 July 1952 for a period limited to 50 years, integrated the economic sectors of the coal and steel industry. Based on the same principles as those set out in the Declaration, the Treaty establishing the European Economic Community (EEC) and the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (EAEC or Euratom) were signed in Rome on 25 March 1957. Those Treaties, which entered into force on 1 January 1958 for an unlimited period, provided for the further integration of economic sectors by creating a common market as part of the EEC and by pooling nuclear industries under Euratom.

Cuvinte cheie: Uniunea Europeană, Conferința de la Messina, ideea de unitate europeană, Tratatul de la Nisa, obiectivele economice ale organizației.

1. Noțiuni introductive

Uniunea Europeană a fost creată cu scopul de a se pune capăt numărului mare de războaie sângeroase duse de țări vecine, care au culminat cu cel de-al Doilea Război Mondial. Începând cu anul 1950, țările europene încep să se unească, din punct de vedere economic și politic, în cadrul Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului, propunându-și să asigure o pace durabilă. Cele șase state fondatoare sunt: Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg și Țările de Jos¹.

Anii '50 sunt marcați de Războiul Rece dintre Est și Vest. În Ungaria, manifestările de protest din anul 1956 îndreptate împotriva regimului comunist sunt reprimite de tancurile sovietice; în anul următor, 1957, Uniunea Sovietică trece în fruntea cursei pentru cucerirea spațiului, lansând primul satelit spațial din istoria omenirii, Sputnik 1. Tot în anul 1957, Tratatul de la Roma pune bazele Comunității Economice Europene (CEE), cunoscută și sub denumirea de „Piața comună”².

La baza actului de naștere a Comunităților Europene se găsește Declarația din 9 mai 1950 a ministrului francez de externe Robert Schuman, care prezenta, astfel, un plan pus la punct împreună cu Jean Monnet, pe atunci comisar al planului de modernizare a Franței de după război.

Pentru a înțelege esența acestui act este necesară plasarea lui în contextul istoric al vremii. La 24 aprilie 1947 eșecul Conferinței de la Moscova privind viitorul Germaniei avea să convingă Occidentul că Uniunea Sovietică, partener în lupta împotriva fascismului, devenise o sursă de pericol pentru democrațiile vest-europene. Blocada Berlinului de către URSS a făcut să crească și mai mult

* Student al Facultății de Drept, specializarea Drept comunitar, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: meyo_claudia@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect univ.drd. Roxana-Mariana Popescu

¹ http://europa.eu/abc/history/index_ro.htm

² *Idem.*

tensiunea, astfel încât, la 4 aprilie 1949, principalele țări ale Europei au pus bazele securității lor colective prin semnarea, la Washington, a Organizației Tratatului Atlanticului de Nord (NATO)³.

A urmat, în septembrie 1949, explozia primei bombe atomice sovietice, fapt care, corelat cu amenințările proferate de liderii de la Kremlin, au contribuit la instaurarea unui climat de teamă: începea perioada “războiului rece”⁴.

Statutul Germaniei Federale are, odată cu adoptarea Legii sale fundamentale, la 8 mai 1949, își concepea singură politica internă, a devenit un subiect de rivalitate între Est și Vest. Statele Unite doreau o accelerare a relansării economice a acestei țări plasată în inima diviziunii continentului, iar la Washington se auzeau, deja, voci care creau reînarmarea Germaniei pentru a face față pericolului sovietic.⁵

Acestor dificultăți politice li s-au alăturat o serie de blocaje de natură economică. O criză de supraproducție în industria oțelului părea iminentă datorită potențialului siderurgic al țărilor europene. Cererea se diminuea, prețurile scădeau și apăruse teama că producătorii vor constitui un cartel pentru a limita concurența pe piață. Aflate în plină fază de reconstrucție, economiile vest-europene nu-și puteau, însă, permite să lase un sector de bază al industriei în voia speculei sau a penuriei organizate⁶.

Acesta era, deci, contextul în care ministrul francez de externe Robert Schuman a recurs la geniul inventiv al lui Jean Monnet, care ajunsese la concluzia că era iluzoriu să se încerce crearea, dintr-o dată, a unui edificiu instituțional supranațional complet fără a întâmpina o rezistență atât de puternică din partea statelor.

“Planul lui Schuman” a fost, practic, rodul unui complot. Jean Monnet și colaboratorii săi au redactat, într-o discreție totală, o notă de câteva pagini care conținea expunerea de motive și dispozitivul unei propuneri ce avea să bulverseze toate schemele diplomației clasice⁷.

Robert Schuman și-a însușit propunerea, inițiativa intrând, astfel, în sfera responsabilității politice. În momentul în care acesta o susținea în fața colegilor săi din guvern, un emisar secret o înmâna personal cancelarului Konrad Adenauer, la Bonn. Reacția acestuia a fost imediată și entuziastă, el răspunzând că aprobă fără rezerve propunerea franceză de plasare a întregii producții de cărbune și oțel a celor două țări sub responsabilitatea unei autorități comune, în cadrul unor organizări deschise participări și a altor state europene. “Planul Schuman a devenit realitate la 18 aprilie 1951 prin semnarea Tratatului de la Paris.”⁸

2. Studiu de caz – Particularități ale constituirii primelor organizații de integrare europeană: CECO, CEE, CEEA

Uniunea Europeană își are originile în Comunitatea Europeană a Oțelului și Cărbunelui, înființată în anul 1951 prin Tratatul de la Paris, în Comunitatea Economică Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice, ambele constituite în anul 1957, prin semnarea Tratatelor de la Roma de către șase state, și anume: Franța, Germania, Italia, Belgia, Olanda și Luxemburg.⁹

³ <http://www.scribte.com/stiinta/stiinte-politice/GENEZA-UNIUNII-EUROPENE42167.php>

⁴ *Idem.*

⁵ Andrei POPESCU, Ion JINGA, “Organizații europene și euroatlantice”, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pag. 64

⁶ <http://www.scribte.com/stiinta/drept/DREPT-COMUNITAR11183.php>

⁷ Mihaela-Augustina DUMITRAȘCU, „Semnificația Zilei de 9 Mai”, - <http://www.europeana.ro/comunitar/articole/SEMNIFICATIA%20ZILEI%20DE%209%20MAI%2096%20ZIU%20EUROPEI.htm>

⁸ *Ibidem*, pag. 65.

⁹ http://www.euractiv.ro/uniunea-europeană/articles|displayArticle/articleID_12576/Instituții-și-organisme-ale-Uniunii-Europene.html

Aceste organizații, denumite Comunități Europene, pornind de la necesitățile integrării economice, au pregătit condițiile pentru integrarea politică. Procesul evolutiv a dus la adâncirea structurilor democratice și consolidarea puterilor acestora. Paralel cu procesul evolutiv a avut loc și extinderea numărului statelor membre, de la cele 6, până la cele 27 existente în prezent, cu preocupări susținute de alăturare și a țărilor din Europa Centrală și de Est.¹⁰

Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului. Privind retrospectiv, constatăm că, după cel de-al II-lea război mondial, în faza finală a Planului Marshall, în Vestul Europei, s-a făcut cel mai concludent pas în direcția unei reale integrări. Avem în vedere trecerea la concretizarea a ceea ce a intrat în istorie drept Planul Schuman, inspirat din ideile lui Jean Monnet. Astfel, la sfârșitul celui de-al II-lea război mondial, pacea era încă fragilă. CECO a apărut din necesitatea integrării Germaniei în Europa, în scopul reconstituirii capacității economice.¹¹

Jean Monnet, ca șef al Organizației Naționale a planificării din Franța, a propus ca producția de cărbune și oțel din Franța și Germania să fie administrată de un organism supranațional.

Robert Schuman a sesizat ca veriga cea mai importantă în eforturile de refacere economică din acea dificilă epocă postbelică, o constituie mai buna valorificare - prin colaborare instituționalizată - în industriile cărbunelui și oțelului. Aceasta întrucât cerințele reconstrucției erau legate direct de creșterea consumului de cărbune și de produse siderurgice, iar resursele financiare ale fiecărei țări în parte, nu erau suficiente nici pentru exploatarea curentă, cu atât mai puțin pentru re tehnologizări.¹²

În consecință, la 9 mai 1950, Robert Schuman lansa declarația inspirată de Jean Monnet, prin care propunea crearea unei piețe comune a cărbunelui și oțelului, care să fie condusă potrivit metodelor supranaționale, ce implica o ruptură de schemele tradiționale ale relațiilor dintre state.¹³

Celebra Declarație Schuman cuprinde întreaga filosofie a apariției primei Comunități Europene. Conținutul ei subliniază necesitatea înlăturării opoziției seculare dintre Franța și Germania, în scopul înlăturării unei reale solidarități a națiunilor europene. Cu aceasta ocazie, Robert Schuman afirma:

“Guvernul francez propune plasarea întregii producții franco-germane de cărbune și oțel sub o Înalță Autoritate comună, într-o organizație deschisă participării și celorlalte țări din Europa....Prin punerea în comun a producției de bază și instituirea unei noi Înalte Autorități, ale cărei decizii va lega Franța, Germania și țările care vor adera la ea, această propunere va duce la realizarea primelor fundamente concrete ale unei Federații europene, indispensabile menținerii păcii.”¹⁴

Planul Schuman, a cărui finalitate era, de fapt, evitarea unei noi conflagrații mondiale, punând ramurile de bază ale industriei de armament sub control internațional, prin intermediul unui tratat inviolabil, a fost acceptat de Germania, Italia, Belgia, Olanda și Luxemburg.

La data de 20 iunie 1950, la Paris, este convocată o conferință interguvernamentală, prezidată de către Jean Monnet. La masa negocierilor s-au întrunit Tarile Benelux și Italia, context în care Jean Monnet a subliniat că obiectul întâlnirii consta din realizarea unei opere comune, *“nu pentru a negocia avantajele, ci pentru a căuta avantajele noastre în avantajul comun”¹⁵.*

¹⁰ Augustin FUEREA, Ion P. FILIPESCU *“Drept instituțional comunitar european”*, Ediția a V-a, Ed. Actami, București, 2000, pag. 20.

¹¹ Augustin FUEREA, *“Permanența procesului de reformă instituțională în cadrul Uniunii Europene”* în Revista Română de Drept Comunitar, nr. 2/2003, pag.10.

¹² Cristian DUMITRESCU, Corina DUMITRESCU, *Distantele care apropie*, editura Scripta 2002, pag.24.

¹³ Augustin FUEREA, *“Manualul Uniunii Europene”*, Ed. a III-a, Ed. Universul juridic, București, 2006., pag. 13

¹⁴ *Ibidem*, pag. 196, 197.

¹⁵ *Ibidem*, pag.13

Cu ocazia negocierilor, participanții erau conștienți de faptul că aveau mandatul politic de a construi o organizație total nouă, în privința obiectivelor și metodelor sale. S-a conturat, astfel, edificiul internațional vizat.

Punctul central al propunerii consta din independența și atribuțiile Înaltei Autorități. A fost constituit un Consiliu de Miniștri, care urma să dea avizul său conform, în anumite cazuri. S-au constituit de asemenea, Adunarea parlamentară și Curtea de Justiție, pentru a completa dispozitivul care sta la baza sistemului instituțional al Comunității.¹⁶

În consecință, după consultările de rigoare, la 18 aprilie 1951, la Paris este semnat Tratatul de înființare a Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului. Astfel a luat naștere o grupare suprastatală, poate cea mai importantă care se construiește până atunci, un experiment îndrăzneț, ce viza o integrare mai puternică a țărilor membre și a celorlalte țări care ar fi dorit să li se alăture.

Constituirea CECO a suscitat un interes special, motiv pentru care, în termen record, într-un an, s-a parcurs întreaga procedură de ratificare a Tratatului de la Paris, care a intrat în vigoare la 10 august 1952. Din acest moment, Înalta Autoritate se va instala la Luxemburg, fiind prezidată chiar de părintele acestui nou concept de integrare europeană, Jean Monnet.¹⁷

Formula juridică a fost aceea de cartel în vederea unificării celor două sectoare de producție din țările membre, și care realiza aproximativ o pătrime din producția de cărbune și oțel a tuturor țărilor capitaliste de la vremea respectivă, constituind, astfel, o puternică forță economică.¹⁸

Comunitatea Economică Europeană. Primele succese ale CECO, precum și avantajele pe care le-ar fi presupus continuarea operei de unificare europeană, au determinat miniștrii de externe ai celor 6 țări fondatoare să opteze pentru continuarea procesului în domeniul economic, unde pasiunile naționale erau mai puțin intense și deci șansele de găsire a unui teren de interese comune erau mai mari.¹⁹

În anul 1954, se constată eșecul proiectului privind o nouă comunitate, Comunitatea Europeană de Apărare (CEA). Pentru a uita această nereușită și a relansa construcția europeană, Conferința de la Messina, din 1955, aduce în lucru 2 proiecte noi, după cum urmează:

- *Comunitatea Europeană a Energiei Atomice (CEEA) sau Euratom*, prelungire a politicii de integrare europeană sectorială și specializată a CECO, în speță prin coordonarea aprovizionării cu mijloace de producție a energiei nucleare civile;

- *Comunitatea Economică Europeană (CEE)* care, deși rămâne o organizație specializată (ea nu are competență decât în domeniul economic), deschide calea unei integrări europene generale.

Euratom și CEE au luat ființă în urma tratatelor de la Roma, semnate la 25 martie 1957 de către aceleași 6 state membre ale Comunității Europene a Cărbunelui și a Oțelului, intrând în vigoare la 1 ianuarie 1958.²⁰

Comunitatea Economică Europeană este, de fapt, cea mai importantă dintre Comunități cuprinzând o sferă largă și variată de activități având caracter economic și are relații de asociere cu numeroase state de pe diferite continente. CEE a enunțat obiectivele economice ale organizației, precum și mijloacele de acțiune.

Astfel, Comunitatea intenționa, potrivit Tratatului de la Roma:

- realizarea unei uniuni vamale, economice și monetare, prin desființarea taxelor vamale și a restricțiilor cantitative în comerțul dintre statele membre;

- stabilirea unui tarif vamal comun (TVC/TDC) și a unei politici comerciale comune față de terți;

- promovarea liberei circulații a capitalurilor, a serviciilor, a bunurilor și a persoanelor ;

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Cristian Dumitrescu, Corina Dumitrescu, *op. cit.*, pag. 25

¹⁸ *Ibidem*, pag. 25.

¹⁹ Andrei POPESCU, Ion JINGA, *op. cit.*, pag. 66.

²⁰ José ECHKENAZI, „Ghidul Uniunii Europene”, Ed. Niculescu, București, 2008, pag. 18.

- realizarea unei politici economice comune în domeniul agriculturii, transporturilor, energiei și, în perspectivă, o politica generală comună.

Odată cu constituirea Uniunii Europene, prin Tratatul de la Maastricht din anul 1992²¹ (UE), CEE și-a schimbat denumirea în „Comunitatea Europeană” (CE), urmând ca „Tratatul CEE” să devină „Tratatul CE”. Aceste schimbări au exprimat transformările calitative suferite de CEE, de la o simplă comunitate economică la o uniune politică. Cu toate acestea, existența celor trei Comunități (CECO, CEA, CE) nu a avut nimic de suferit în urma acestei noi denumiri, deoarece aceasta nu presupunea și unificarea formală a celor trei Comunități. În procesul de constituire al UE au fost redenumite și alte organe ale CE, astfel:

- Consiliul de Miniștri poartă, din 8 noiembrie 1993, denumirea de Consiliul Uniunii Europene;

- Comisia Comunităților Europene s-a transformat în Comisia Europeană;

- Curtea de conturi și-a schimbat denumirea pe 17 ianuarie 1994 în Curtea Europeană de Conturi.

Actele juridice adoptate de aceste instituții rămân, în continuare, acte juridice ale fiecărei Comunități în parte.

Datorită scăderii importanței CECO și al rolului restrâns al EURATOM, CE a devenit, cu timpul, nucleul Comunităților Europene, care au reprezentat, până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, la 1 decembrie 2009, primul și cel mai important pilon al Uniunii Europene.

În anul 2002, clauzele prevăzute în Tratatul privind Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului au fost asimilate în Tratatul CE, deoarece Tratatul CECO expirase după perioada stabilită de 50 de ani.²²

O preocupare importantă a CEE a fost și aceea de a încheia Acorduri de asociere cu țări europene, precum: Islanda, Polonia, Ungaria, Elveția, Malta, Cipru, România și forme colective de asociere cu state din Africa, prin convențiile succesive de la Yaoundé. Acestea au fost înlocuite, succesiv, prin Convențiile de la Lomé și Acordul Cotonou, care au inclus și state din Caraibe și Pacific, sporind considerabil numărul statelor membre.²³

Comunitatea Europeană a Energiei Atomice, sau **EURATOM**, este o organizație internațională cu scopul folosirii pașnice a energiei atomice, formată din statele membre ale Uniunii Europene, constituind una dintre cele două comunități europene.

Obiectivele Comunității Europene a Energiei Atomice au fost clar definite prin actul său de naștere, Tratatul de la Roma, astfel: *“Coordonarea politicilor statelor membre în domeniul cercetării nucleare, în condițiile creării unei piețe comune pentru materialele și echipamentele nucleare între țările membre”*.

EURATOM coordonează activitatea științifică în zona lui de acțiune, efectuează investigații proprii și organizează pregătirea și perfecționarea specialiștilor. S-a înființat și un centru comun de elaborare a proiectelor de construcție a centralelor atomo-electrice, alcătuit din patru colective de cercetare: ISPRA (Italia), PETTEN (Olanda), MOL (Belgia), KARLSRUHE (Germania), și un centru de informare și documentare EURATOM.²⁴

Impresionat de primele succese ale celor 3 Comunități Europene, guvernul britanic devenise conștient că nu-și va putea menține influența politică externă doar prin exercitarea unui rol preponderent în cadrul Commonwealth-ului. În același timp, Asociația Europeană a Liberului Schimb (AELS), creată în anul 1959 și ale cărei obiective erau doar de natură economică – spre deosebire de Comunitățile Europene care își propuneau și obiective politice - nu puteau oferi Londrei

²¹ Intrat în vigoare în anul 1993.

²² Augustin FUEREA, „Manualul Uniunii Europene”, op. cit...

²³ Augustin FUEREA, Ion P. FILIPESCU, op. cit. pag. 21.

²⁴ Cristian Dumitrescu, Corina Dumitrescu, op. cit., pag.25.

un sprijin substanțial pentru creșterea influenței sale politice, astfel încât neparticiparea sa la CECO, CEEA și CEE risca să o izoleze în plan politic.

După mai multe extinderi succesive, care nu au însemnat, însă, sfârșitul extinderii frontierelor CE, denumirea tot mai des folosită pentru această structură a fost aceea de “Comunitatea Europeană”, marcând astfel unicitatea centrelor de decizie care există din anul 1967 (până atunci Comisia Europeană și Consiliul de Miniștri erau diferite pentru cele trei Comunități, în timp de Parlamentul European și Curtea de Justiție au fost comune încă de la înființarea CEEA și CEE).

Cu un singur recul în februarie 1982 când Groenlanda, care devenise membră a CE în 1973 datorită apartenenței sale la Danemarca, a optat, prin referendum, pentru ieșirea din structurile comunitare și a primit, începând cu 1 februarie 1985, statutul de “teritoriu de peste mări asociat la CE”.

Comunitatea Europeană a reprezentat permanent un pol de atracție pentru celelalte state europene. Țările AELS, statele din Europa Centrală și de Est, Turcia, Malta și Cipru au avut în vedere obținerea statutului de membru al Comunității Europene.

Prin semnarea Tratatului de la Maastricht, în ansamblul construcției europene s-au produs schimbări esențiale. Astfel, UE are la bază un sistem de trei “piloni”²⁵: Comunitățile (primul și cel mai consistent pilon), politica externă și de securitate comună (PESC) și cooperarea în domeniile justiției și afacerilor interne (JAI).

Ultimii 2 piloni au avut drept precursori Cooperarea Politică Europeană (sistem interguvernamental de cooperare politică între țările membre ale Comunității Europene introdus în 1970) și Acordul Schengen semnat în 1985, dar a intrat în vigoare abia 10 ani mai târziu – 26 martie 1995. Prin acesta s-a creat un sistem unic de vize la frontierele comunitare și se introducea obligativitatea cooperării între polițiile naționale .

Prin intrarea în vigoare, la 1 noiembrie 1993, a Tratatului de la Maastricht au fost schimbate și o serie de denumiri. Astfel în loc de “Comunitatea Europeană” se folosește tot mai des termenul de “Uniunea Europeană”, însă nu trebuie uitat că, în mod concret, Comuniunea Europeană a continuat să existe ca parte esențială a Uniunii Europene, fiind, de altfel, singura complet integrată, deoarece PESC și JAI aveau la bază cooperarea interguvernamentală.

Cu timpul, UE s-a dezvoltat foarte mult. Triumful instituțional, format din Parlamentul European, Consiliul Uniunii Europene și Comisia Europeană, este cel care concepe și dezvoltă politicile la nivel European și cel care adoptă legislația ce se pune în aplicare în Uniunea Europeană. De asemenea, alte două instituții joacă un rol major în buna desfășurare a activităților în UE: Curtea de Justiție, ce asigură aplicarea legilor europene și Curtea de Conturi ce verifică activitățile financiare ale Uniunii.

Sistemul politic al Uniunii Europene este definit într-o serie de tratate. Ultimul dintre aceste tratate este Tratatul de la Lisabona, semnat în anul 2007 și intrat în vigoare doi ani mai târziu. Tratatul actual 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.²⁶

Concluzii

În cei peste 50 de ani de existență, Comunitatea Economică Europeană s-a extins prin aderări succesive ale altor state din Europa, transformându-se într-o comunitate economică și politică - Uniunea Europeană – cu 27 de state membre și cu instituții și organisme unele cu caracteristici

²⁵ *pillier* în franceză, *pillar* în engleză.

²⁶ http://www.euractiv.ro/uniunea-europeana/articles/displayArticle/articleID_12576/Institutiile-si-organismele-Uniunii-Europene.html

supranațională, altele cu caracteristici interguvernamentale. Uniunea Europeană nu este o federație precum Statele Unite ale Americii și nici o simplă cooperare interguvernamentală ca în cazul Națiunilor Unite. Țările membre ale UE rămân națiuni independente, dar își pun în comun suveranitatea lor pentru a obține mai multă putere economică și influență pe plan mondial, o putere la care nu ar fi putut ajunge nici una dintre ele în mod independent. Statele membre își delegă o parte din puterea lor de decizie către instituțiile europene pe care le-au creat de comun acord, astfel încât deciziile luate la nivel european să fie luate în mod democratic, ținând cont de interesele tuturor țărilor.

Puterile și responsabilitățile acestor instituții își au originile în tratatele fondatoare ale UE. Tratatele prevăd, de asemenea, regulile și procedurile pe care aceste instituții trebuie să le urmeze în desfășurarea activităților lor.

Toate cele 3 Comunități (CECA, CEE și EURATOM) au fost întemeiate pe baze economice solide. Acest lucru explică modul în care, de-a lungul anilor, interesul reciproc și interdependența crescândă au dat naștere unei adevărate solidarități.

Astăzi, după mai bine de 50 de ani de coexistență pașnică, integrarea economică sporită și prosperitatea celor 6 state care au aderat la Comunități între anii 1973-2011, determină ca niciunul dintre statele membre să nu aibă intenția de a părăsi scena Comunităților Europene (ar avea prea mult de pierdut). Dimpotrivă, fenomenul este invers, de aderare și asociere și a altor state.²⁷

Pe lângă aceste instituții, în cadrul Uniunii Europene funcționează o serie de organisme cu rol specific din care menționăm: Banca Centrală Europeană (responsabilă pentru politica monetară a Uniunii), Banca Europeană de Investiții (finanțează proiecte europene de investiții și sprijină mediul de afaceri din Europa prin Fondul European de Investiții), Obudsmanul European (investighează plângerile privind cazuri de administrare defectuoasă în acțiunea instituțiilor și organelor Uniunii Europene), Controlorul European pentru Protecția Datelor (având misiunea de a garanta dreptul fundamental de protejare a datelor personale ale cetățenilor europeni).²⁸

Referințe bibliografice:

- **Mihaela-Augustina DUMITRAȘCU**, „Seminificația Zilei de 9 Mai”, - <http://www.europeana.ro/comunitar/articole/SEMNFICATIA%20ZILEI%20DE%209%20MAI%20%96%20ZIUA%20EUROPEI.htm>
- **José ECHKENAZI**, “Ghidul Uniunii Europene”, Ed. Niculescu, București, 2008;
- **Cristian DUMITRESCU**, **Corina DUMITRESCU**, *Distantele care apropie*, editura Scripta 2002 ;
- **Augustin FUEREA**, “*Permanența procesului de reformă instituțională în cadrul Uniunii Europene*” în Revista Română de Drept Comunitar, nr. 2/2003;
- **Augustin FUEREA**, “*Manualul Uniunii Europene*”, Ed. a III-a, Ed. Universul juridic, București, 2006;
- **Augustin FUEREA**, **Ion P. FILIPESCU** “*Drept instituțional comunitar european*”, Ediția a V-a, Ed. Actami, București, 2000;
- **Andrei POPESCU**, **Ion JINGA**, “*Organizații europene și euroatlantice*”, Ed. Lumina Lex, București, 2001;
- <http://www.scribube.com/stiinta/drept/DREPT-COMUNITAR11183.php>
- http://www.euractiv.ro/uniunea-europeana/articles/displayArticle/articleID_12576/Instituții-și-organismele-Uniunii-Europene.html
- http://www.euractiv.ro/uniunea-europeana/articles/displayArticle/articleID_12576/Institutiile-și-organismele-Uniunii-Europene.html
- http://europa.eu/abc/history/index_ro.htm
- <http://www.scribube.com/stiinta/stiinte-politice/GENEZA-UNIUNII-EUROPENE42167.php>

²⁷ **Augustin FUEREA**, **Ion P. FILIPESCU**, *op. cit.* pag. 22

²⁸ http://www.euractiv.ro/uniunea-europeana/articles/displayArticle/articleID_12576/Instituții-și-organismele-Uniunii-Europene.html

ANALIZA STATISTICO-ECONOMICĂ A SOCIETĂȚII COMERCIALE „BUCURIA” S.A. REPUBLICA MOLDOVA

Nestor Serghei*
Rodideal Constantin
Balica Vadim

Introducere

„Analiza statistico-economică a activității de producție și comercializare a “S.C. BUCURIA” S.A.” este o lucrare de sinteză, în care se folosesc combinat metode cantitative de calcul și analiză economică și statistică prin care se evidențiază evoluția economică a producției și comercializării produselor „Bucuria S.A.”.

Principalele surse de date utilizate au fost rapoartele anuale înregistrate la Registrul Comerțului din Republica Moldova și registrele referitoare la activitatea S.C "BUCURIA " S.A., precum și informațiile furnizate de șefii de departamentele de producție, vânzări și marketing.

„Analiza statistico-economică a activității de producție și comercializare a fabricii „BUCURIA” - am realizat o analiză statistico-economică a procesului de producție și a activităților de comercializare, punând accent pe tehnologia și condițiile de producere a anumitor sortimente de bomboane și modalitățile de comercializare a produselor de cofetărie. De asemenea, am realizat o analiză comparativă pe anii 2000 și 2010 pe principalele țări, a livrării externe a produselor de cofetărie, observând modificările care au survenit în această perioadă asupra cantităților comercializate în țările respective.

Tot în acest capitol am realizat și o analiză statistică a principalelor sortimente de produse produse și volumul acestora; principalele țări spre care se realizează cea mai mare parte a livrării producției; volumul vânzărilor întreprinderii în expresie naturală și valorică pe ani de referință (2005, 2007, 2008 și 2009, cu anumite referiri și asupra anului 2010); ponderea vânzărilor pe piața internă și externă; încasările medii din export, prelucrând date extrase din rapoartele de activitate a întreprinderii pe perioada 2000- 2010 și o prognoză a activității pentru următorul an, respectiv 2011.

Analiza statistico-economica a activității de producție și comercializare a s.c. Bucuria s.a.

Conform Clasificatorului Activităților din Economia Moldovei (din a.2009), sectorul industrial al Republicii Moldova este constituit din industria extractivă, industria prelucrătoare și sectorul energetic.

Ponderea cea mai mare în complexul industrial al țării o menține industria prelucrătoare (pâine și producția de panificație, vinuri, brânzeturi, produse de cofetărie etc.) - 88%, urmată de sectorul energetic cu o pondere de 10%. Din totalul veniturilor produse de industria prelucrătoare, fabricării de cacao, a ciocolatei și produselor de cofetărie îi revine aproximativ 3%, „Bucuria” S.A. constituind jumătate (1,5%) în cadrul industriei prelucrătoare, procentaj cu care contribuie nu doar la dezvoltarea economică a țării dar și la promovarea imaginii republicii prin intermediul calității și rafinamentului produselor întreprinderii.

* Studenti, Facultate de Stiinte Economice, Universitatea Nicolae Titulescu din Bucuresti. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Nicoleta Jula.

În sectorul industrial sunt înregistrați circa 16 mii agenți economici, ceea ce constituie mai mult de 12% din numărul total pe republică. În ramură activează 679 întreprinderi mari (S.A. Kvint, S.A. Bucuria, S.A. Cricova, S.A. Franzeluța, S.A. Nefis etc), dintre care doar circa 7% reprezintă proprietate publică.

„Bucuria” S.A. reprezintă un interes economic major pentru Republica Moldova, având o activitate rentabilă și onorându-și obligațiunile față de Bugetul Consolidat, Casa Națională, furnizorii de materie primă și materiale, angajați, parteneri, etc.

Analiza producției fabricii Bucuria

„Bucuria” S.A. este o întreprindere monopol a branșei specializată pe fabricarea produselor de cofetărie zaharoase, volumul cărora constituie aproximativ 50% din fabricarea generală a produselor de cofetărie din republică.

Fabrica de cofetărie din Chișinău „Bucuria” S.A. este una dintre întreprinderile industriei alimentare ale republicii ce se dezvoltă cel mai activ. Ea este cea mai mare și unica în Republica Moldova întreprindere specializată de producere a tuturor tipurile de produse de cofetărie zaharoase, ciocolatei și produselor de ciocolată. În afară de aceasta, aici sunt produse de cofetărie făinoase – vafele și biscuiți.

Activitatea de bază a „Bucuria” S.A. este fabricarea și comercializarea produselor de cofetărie. Aceste două activități de bază constituind o împletire a două elemente importante care trebuie avute în vedere, și anume competitivitatea tehnică (care contribuie la fabricarea produselor de cofetărie de cea mai înaltă calitate, conform cu standardele stabilite internațional) și cea economică (care crează avantajul în expresie valorică atât pentru întreprindere cât și pentru clienții săi prin posibilitatea reducerilor de preț în cazul procurării materiilor prime la un preț avantajos).

Așadar, competitivitatea tehnică (apreciată în dependență de valoarea principalilor indicatori calitativi) și cea economică (determinată de cheltuielile necesare pentru cumpărare și utilizare) a unui produs caracterizează doar posibilitatea unei vânzări reușite a mărfii, decizia de cumpărare aparținând la latitudinea cumpărătorilor. În acest context competitivitatea poate fi confirmată prin volumul și dinamica vânzărilor, cota de piață deținută, profiturile pe care le generează etc.

În producția unei întreprinderi un factor important îl reprezintă tradiția fabricării care se păstrează și se transmite din generație în generație, pentru că omul este trecător dar calitatea și gustul „bomboanei din copilărie” trebuie să rămână neschimbate peste veacuri.

Cu un trecut delicios ce și-a pus amprenta peste ultimele decenii, în „Bucuria” S.A. se lucrează încă după rețete secrete, scrise pe foi îngălbenite de timp. Ciocolata de la „Bucuria” S.A. își are secretul în dibăcia și dragostea lucrătorilor care au crescut printre aromele topite de ciocolată de casă. Fiecare bomboană este ca o operă de artă, preparată cu atenție, în cantități mici, ca acasă, păstrându-se intactă simfonia aromelor.

În fabrica de azi se folosesc tehnologii de ultimă generație, complet automatizate, dar care, folosite cu pasiunea oamenilor ce vor să păstreze tradiția, nu alterează cu nimic misterul aparte al delicatelor „Bucuria” S.A. Gustul fin al bomboanelor, izvorât din combinațiile ingenioase de ingrediente, parcă ne aduce aminte de micile bucurii dulci preparate de bunica în casa de la țară unde trebăluia prin bucătărie cu șorțul ei roșu. Bomboanele „Bucuria” S.A. păstrează în ele o fărâmă din inocența copilăriei.

La întreprinderea „Bucuria” S.A. este aranjată lansarea diferitor tipuri de caramelă. Se produce caramelă drops, inclusiv de lapte; și cu umplutură de fructe și lichior; caramelă cu umplutură răcoritoare și cu umplutură de ciocolată și nuci stratificată cu masă de caramelă; caramelă glazurată cu glazură de ciocolată.

În afară de tipurile de producție enumerate, „Bucuria” S.A. produce marmeladă pe bază de pectină și agar; zefir pe bază de pectină și agar, precum și zefir glazurat cu glazură de ciocolată, iris,

inclusiv tirajat, drajeuri cu corp de nucă, fructe, zahăr, bomboane de ciocolată neglasate și glasate cu glazură de ciocolată, cu umplutură de praline, nuci, cremă, lichior, albuș bătut, jeleu, pastilă, marțipan, pe bază de fructe și pomușoare alcoolizate, pomușoare uscate sublimat, fructe uscate, cu straturi combinate, cu umplutură între straturi de vafele; ciocolată de desert cu și fără adaosuri; torte de ciocolată și vafele. O popularitate aparte a căpătat-o torta „Lapte de pasăre”, precum și assortimentele cadou de bomboane.

O cerere neschimbată au biscuiții, vafelele. Acestea sunt fabricate după rețete speciale, cu lapte, nuci, ciocolată, sunt ambalate sau vândute la kilogram. Inițial, au fost produși biscuiții, care pentru păstrarea unui anumit farmec din copilărie au fost denumiți „De la iepuraș”, după care au urmat și alte sortimente la fel de gustoase și cerute pe piață. Au urmat napolitanele ARTEK care au creat o adevărată revoluție a napolitanelor pe piața internă, acestea fiind ambalate câte 120 și 240 de grame și având diverse arome. Ideea de a ambala napolitanele a fost destul de reușită pentru că astfel produsele își păstrează prospețimea mai mult timp, livrarea și achiziționarea lor a devenit mult mai lejeră, iar aspectul mai estetic.

Tehnologiile întreprinderii nu i-au trecut cu vederea nici pe cei care, din motive de sănătate, nu pot consuma dulciurile obișnuite. Pentru astfel de cumpărători este propusă seria de produse pentru diabetici, care include bomboanele „SANA Meteorit” și „SANA Prună”, batonaștele „SANA Batonase” și tabletele de ciocolată „SANA Dor”, vafelele „Artek SANA” și biscuiții „De la iepuraș”. Produsele din această gamă demonstrează faptul că lipsa zahărului nu influențează gustul și aroma, și poate oferi plăcerea de a trăi nenumarate clipe dulci. Cantitatea echilibrată de proteine, glucide și grăsimi a acestor produse oferă o valoare energetică ce poate fi ușor asimilată, chiar și de organismul copiilor și bolnavilor cu diete hipoglicidice sau diabet zaharat.

Ramura de producere în care activează întreprinderea constituie un sector important al economiei naționale și, din acest considerent, se cere responsabilitate înaltă și îndeplinirea cu strictețe a tuturor standardelor de calitate atât pe baza materiilor prime utilizate la fabricarea produselor, cât și prin utilizarea celor mai noi tehnici și tehnologii în cele trei secții de producție.

La fabrică sunt instalate linii automatizate, semi-automatizate, linii de flux mecanizate, inclusiv de la cei mai buni producători europeni:

- ❖ complexul automatizat de turnare germano-austriac pentru producerea prin metoda one shot a ciocolatei și bomboanelor de ciocolată cu turnarea în același timp a ciocolatei și diferitor umpluturi praline (de cremă fără adaos și cu adaos de nucă fărâmițată, strujitură de cocos, „crispi” de fructe, etc.; de lichior; „ganaș”; de lapte, „de jeleu”: „Gloria Praline” (cu susan, cu gust și aromă de migdale, nucă grecească, alune); „Gloria Cocos”; „Gloria Frutelia” (cu diferiți „crispi” de fructe); „Gloria Quanto”; „Gloria Rom Irlandez” și „Gloria Glamour” (cu rom irlandez și columbian, rom francez și caribean); „Gloria Tre lece”; „Gloria Trufe”;

- ❖ linia automatizată italiană de producere a ciocolatei de desert („Bucuria”), bomboanelor de ciocolată cu umplutură praline cu nucă întregă sau mărunțită („Favorit”), cu fructe și pomușoare alcoolizate („Vara”), tabletelor pe bază de substituiți europeni de calitate a untului de cacao („Dor”);

- ❖ complexul danez-italian de producere a biscuiților: „Magie Plus” (cu lapte condensat, miere și semințe de mac, strujitură de cocos, susan și vanilie, ulei de lămâie, capuccino, scortșoară); „Morărița” (cu stafide și arahide); „Țărăncuță”; „Limpompo” (biscuiți pentru copii); „Noroc” (capuccino, glazurate cu glazură de ciocolată);

- ❖ linia austriacă de producere a vafelelor cu umplutură: „Artek” (cu cremă de lapte, cu cremă de ciocolată, cu cremă de halva, cu cremă de lapte și arahide, cu cremă de lămâie, cu cremă capuccino); „Artek SANA” pentru diabetici;

- ❖ echipament german pentru producerea figurilor de ciocolată goale în interior în folie colorată (iepurăși, inimioare, Moș Crăciun, telefoane mobile);

- ❖ complexul de echipament german pentru prelucrarea primară a boabelor de cacao și nucii, și pentru producerea maselor de ciocolată.

La întreprindere sunt create noi sectoare de producere pentru producerea bomboanelor „Lapte de pasăre”, „Chișinău de seară”, „Do-re-mi”, „Meteorit”. La „Bucuria” S.A. funcționează o secție de fabricare a asortimentelor cadou exclusive confecționate manual – de exemplu, asortimentele de bomboane „Forastero” care se fabrică ca operele de artă, în cantități mici (câte 5 kilograme pe zi), ca acasă, în bucătărie, cu polonic din lemn și oale mici, atât cât să faci o ciorbă în ele. Iar crema se picură încet, din vârful degetelor – poate să fie din nucă verde, din zmeură naturală, deshidratată sau din frunze de trandafir proaspăt.

Actualmente întreprinderea produce nouă grupe de produse: caramelă, bomboane, ciocolată, iris, drajeuri, produse de marmeladă, torte, napolitane, biscuiți.

În graficele de mai jos putem analiza în ce cantitate și în proporție este fabricată fiecare grupă de produs.

Cantitatea medie produsă pe categorii de produse (2005-2010)

Grupe de produse	Cantitatea produsă anual (tone)
Caramelă	1900
Bomboane	3700
Ciocolată	1100
Iris	500
Drajeuri	400
Torte	200
Marmeladă	300
Napolitane	700
Biscuiți	1200
Total	10000

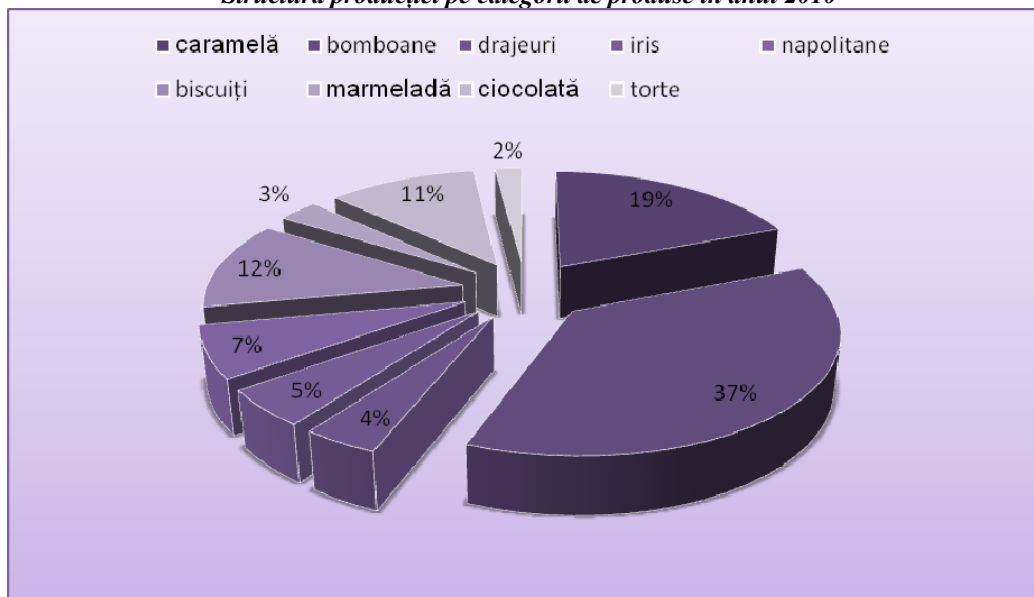
Sursa: Catalog aniversar „Bucuria” la 60 de ani de activitate.

„Bucuria” S.A. produce anual circa 10 mii tone de produse de cofetărie dintre care cea mai mare proporție o constituie bomboanele (3700 tone anual) – gama de produse cea mai bogată sortimental și cu cel mai ridicat nivel de înnoire sortimentală. Bomboanele sunt urmate de caramelle care sunt solicitate atât pentru gustul lor ireproșabil cât și pentru prețul avantajos, disponibil pentru toate păturile sociale. Biscuiții și napolitanele, cu toate că sunt mai mult produse de patiserie decât de cofetărie sunt destul de întrebate pe piață, producția anuală a acestora constituind 1200 tone și respectiv 700 tone. Pe ultimul semestru 2010 s-a observat o creștere importantă a cererilor față de napolitanele pentru diabetic – SANA grație faptului că nu conțin zahăr, clienții fiind din ce în ce mai precauți față de sănătatea lor.

Cele mai mici cantități se produc de torte (200 tone anual) și marmeladă (300 tone anual), tortele producându-se, în general, la comandă pentru că prețurile acestora sunt relative mari (din care cauza și cererea pentru ele este relativ mică), iar marmelada fiind o grupă de dulciuri destinată anumitor clienți – amatori.

Valorile procentuale a grupelor de produse menționate mai sus le putem cerceta în graficul ce urmează:

Structura producției pe categorii de produse în anul 2010



Sursa: Catalog aniversar „Bucuria” la 60 de ani de activitate.

Valorile indicate ne relatează faptul că producția dulciurilor „Bucuria” este concentrată în primul rând pe fabricarea bomboanelor - 37%, fiind urmată de caramelă (19%), biscuiți (12%), iar cele mai mici valori sunt înregistrate la producerea tortelor (2%) și a marmeladei (3%). Acest raport este stabilit în concordanță cu preferințele consumatorului și solicitările pe piața internă și externă.

Avantajul producției „Bucuria” S.A. îl constituie utilizarea la producerea produselor de cofetărie a diferitor ingrediente naturale - materia primă specifică ramurii - boabe de cacao, nuci, scorțișoara, mac, fructe, etc. cu un gust și o aromă excepțională. Achiziționarea materiei prime de înaltă calitate și utilizarea acesteia la procesul de producere, garantează calitatea înaltă a producției.

Consider că anume calitatea producției și folosirea preponderent a materiei prime naturale constituie punctele forte ale fabricii, care dau posibilitate acesteia să-și extindă piețele de desfacere și să facă față concurenței dure pe piață.

Pe parcursul activității sale, „Bucuria” S.A. acordă o atenție deosebită domeniului de calitate. Astfel, „Bucuria” S.A. a obținut Certificatul de Conformitate a Sistemului de Calitate, eliberat de către Organul de Certificare a Producției Alimentare a Rusiei „Ros-Test” (Moscova).

În octombrie 2001 întreprinderea a fost certificată în Sistemul Internațional al Calității I.S.O. 9001-1994, ce confirmă încă o dată calitatea înaltă a produselor de cofetărie ale „Bucuria” S.A.

După restructurarea și adaptarea liniilor în anii '90, producerea nemijlocită este efectuată prin activitatea a trei secții, sub conducerea secției de analiză și dirijare a producerii.

Sectorul de producere a întreprinderii este constituit din trei hale de producere, înzestrate cu utilaj specializat și linii automatizate. Componenta societății include:

- întreprinderea de cofetării „Bucuria” S.A. - întreprinderea de bază în municipiul Chișinău (capacitatea de producere anuală 22,4 mii tone), BSCT – biroul specializat de construcții și tehnologii cu producere experimentală (Chișinău), ce permite reprofilarea utilajului în corespundere cu cerințele pieții, filiala Criuleni, care este inclusă parte componentă a întreprinderii de bază din 01.01.2002.

- filiala „Saturn” Dondușeni – specializată în prepararea semifabricatelor din fructe pentru industria de cofetărie.

Politica întreprinderii constă în reutilizarea tehnologică a sectoarelor de producere, folosind în marea majoritate mijloacele circulante proprii. Majorarea volumului producției conform planului pe perioada anilor 2004-2008 s-a realizat din contul noilor sectoare și prin utilizarea mai efectivă a capacității de producție existente. Către anul 2006 s-au acumulat anumite mijloace circulante proprii, dar planul reutilizării tehnice în conformitate cu creșterea cu pași galopanți a producției a constituit necesitatea investițiilor (4000 euro).

În anul 2009 au fost îndeplinite alte măsuri de reutilizare tehnică și însușirea tehnologiei modern, folosindu-se mijloace proprii și surse împrumutate (investiții în valoare de 3000 euro). În hala nr. 3 a fost modernizat sectorul liniei de producere a bomboanelor „Do-re-mi” prin instalarea dulapului de răcire, analogic ca în hala nr. 1 la linia fabricării bomboanelor „Basarabia”, ce a dat automatizarea alimentării cu frig artificial, îmbunătățirea procesului tehnologic, micșorarea consumului de energie.

În hala nr. 3, cu forțe proprii s-a proiectat, confecționat, montat și s-a dat în exploatare linia nouă pentru fabricarea bomboanelor „Chișinău de seară” cu crearea de noi locuri de muncă (30 la număr).

Instalarea în hala nr. 2 a două mixere la linia „Lapte de pasăre” a permis îmbunătățirea calității împluturii.

Toate aceste reutilări, îmbunătățiri a procesului de producere a dulciurilor se realizează cu fonduri proprii, și cu unele împrumuturi din afară, dar luând în considerare amploarea activității pe care o desfășoară „Bucuria” S.A. aceste sume sunt destul de mici, deci, putem afirma că fabrica poate face față cerințelor pieții, conformându-se la noile standarde și conjuncturi ale mediului economic.

În tabelul de mai jos observăm valorile producției fabricii pe patru ani de referință (2005, 2007, 2008 și 2009).

Nivelul principalilor indicatori inregistrați în perioada 2005-2009

Anul/Valori	2005	2007	2008	2009
Volumul produselor de cofetărie total pe industrie (tone)	20800	21400	21700	18000
Volumul produselor de cofetărie a fabricii Bucuria (tone)	9537	9832	10118	9882
Indicele pe industria produselor de cofetărie (%)	45,85	45,94	46,62	54,9
Indicele pe industria prelucrătoare (%)	3,0	3,48	3,56	3,42
Indicele total pe industrie (%)	1,4	1,6	1,6	1,55
Volumul producției în prețuri curente din anul respectiv (mii lei)	284878	337927	387756	363422

Sursa: Catalog aniversar „Bucuria” la 60 de ani de activitate.

Analizând datele prezentate în tabel concluzionăm că volumul pieței constituie aproximativ 10 mii tone de produse de cofetărie pe an, din care în jur de 50% revine întreprinderii „Bucuria” S.A. Observăm o creștere continuă a volumul producției fabricii din 2005 până în 2008, cu o ușoară scădere în anul 2009 din cauza crizei politico-economice create în țară și precauția întreprinderii de a produce volume mari în cazul cererii incerte pe piața externă. Dar luând în considerare faptul că pe ansamblul industriei, industria producătoare de produse de cofetărie a înregistrat o micșorare a producției (de la 21700 tone în 2008 la 18000 tone în 2009), „Bucuria” S.A. și-a mărit cu aproximativ 8 puncte procentuale indicele pe industria „dulciurilor” ajungând la o cotă de 54,9%.

În ceea ce privește volumul producției în valoare monetară observăm că acesta este direct proporțional cu volumul producției crescând din 2005 până în 2008 cu aproximativ 100000 lei, după care scăzând cu 25000 lei.

Menționăm, de asemenea, că și indicele pe industria prelucrătoare, și respectiv, total pe industrie, s-a mărit de la 3% la 3,5% (total pe industrie această mărime a fost puțin mai mică – de la 1,4% la 1,6%).

În situația creată sarcina primordială a „Bucuria” S.A. este atingerea nivelului de fabricare a produselor de cofetărie până la 20 mii tone anual, care asigură nu numai auto-recuperarea cheltuielilor dar și primirea constantă a beneficiului suficient pentru realizarea chestiunilor curente și de perspectivă. Realizarea acestei sarcini necesită o susținere determinată din partea statului, a investitorilor străini, de asemenea luarea deciziilor efective la nivelul întreprinderii.

Acest nivel se preconizează a fi atins în următorii 3-4 ani (de exemplu, pentru anul 2011 este planificat un volum al producției egal cu 14000 tone) grație modernizării tehnologiilor de producție și cererii în creștere mai ales din partea pieței externe.

În ultimii ani asortimentul produselor de cofetărie s-a lărgit, fapt care a influențat și cererea. Se bucură de o popularitate neschimbată bomboanele ca „Lapte de pasare”, „Do-re-mi”, „Inspirație”, „Moldova”, „Gloria”, „Dorința”, „Livada Moldovei”, „Meteorit”, „Chișinăul de seară”, caramellele „Frutic”, „Fulgusor”, „Răcușori”. O cerere activă a consumatorilor o au tortele, de exemplu „Lapte de pasare”, precum și marmelada – „Jelli Frut”, vafelele – „Artek”, biscuiții – „Magie Plus”.

Reînnoirea gamei de produse se face cu scopul sporirii vânzărilor, această tehnică implementându-se cu un ritm rapid. Ca de exemplu în anul 2008 au fost lansate bomboanele „Forastero”, în 2009 - „Gloria Frutelia”, „Meteorit Argint” (toate în 4 sortimente), iar în 2010 apare pe piață „Gloria Caprice” (în 4 sortimente) etc. Per total, în anul 2007 au fost elaborate 37 denumiri de produse noi de cofetărie, în 2009 – 37, iar în 2010 „Bucuria” S.A. a alintat clienții săi cu 40 de produse noi. De asemenea s-au implementat tipuri de ambalaj nou pentru produsele existente pe rafturile magazinelor. Acest lucru ne relatează faptul că producția întreprinderii cunoaște în ultima perioadă o evoluție progresistă, înregistrând succese remarcabile în difersificarea producției, precum și a ambalării, dezvoltând o strategie puternică în ceea ce privește fabricarea și prezentarea produsului pe piață, care devine din an în an mai interesant și mai atractiv pentru clienți. Cercetarea permanentă a preferințelor consumatorului face ca „Bucuria” S.A. să fie întotdeauna într-un pas cu cerințele piețelor sau chiar anticipându-le.

Analiza comercializării produselor „Bucuria”

Vânzare produselor reprezintă actul prin care se asigură valorificarea rezultatelor producției; este un moment al activității de desfacere care finalizează toate acțiunile pe care le face întreprinderea de producție, agentul de vânzare pentru ca produsul propriu să fie solicitat și acceptat de clienți. Prin acest act se realizează, de fapt, scopul celui care produce și/sau vinde, respectiv acela de a-și recupera cheltuielile făcute cu fabricația și pregătirea produsului pentru vânzare și obținerea în același timp, a unui profit.

Volumul pieței produselor de cofetărie a fabricii constituie aproximativ 20 mii tone de produse de cofetărie pe an, din care în jur de 50% revine întreprinderii „Bucuria” S.A. (adică 10 mii tone anual de producție). Cele mai cerute produse pe piață sunt: caramela, bomboane, drajeuri, batonașe, napolitane și zefirul.

Devalorizarea monedei naționale în 1998 a scăzut veniturile reale ale consumatorilor, în condițiile în care salariile acestora exprimate în USD s-au redus proporțional cu rata devalorizării. Deoarece, prețurile la materia primă erau exprimate în USD, societatea a mărit prețurile de desfacere în MDL. Consumatorul a reacționat negativ orientându-se spre produse mai ieftine – cele de import. În consecință, cota de piață a societății a scăzut de la 70% în 1999 la 50% în 2001. Însă datorită schimbării structurii acționarilor, societatea este în măsură să achiziționeze materie primă la prețuri normale de piață. Reducerea costului materiei prime – care constituie principalul articol de cheltuieli

în structura costului de producție – i-a permis societății să reducă prețurile de desfacere cu 10% la caramela și 25% la bomboane și ciocolată.

Luând în considerație faptul că situația geografică a Republicii Moldova influențează pozitiv la dezvoltarea generală a antreprenoriatului și în particular prezintă poziții de start excelente pentru produsele de cofetărie ale S.A. „Bucuria” vânzările societății în ultimii patru ani au fost concentrate preponderent pe piața internă, exportul constituind doar 2-7% din totalul desfacerii.

La ora actuală distribuția produselor reprezintă unul dintre atuurile cele mai importante pentru creșterea vizibilității brandului și consolidarea relației cu clienții. Din acest punct de vedere, „Bucuria” are un avantaj în plus față de competitorii săi, fiind singurul producător care deține un lanț de magazine specializate, localizate în cele mai importante orașe ale Moldovei.

În majoritatea cazurilor cererea la produsele de cofetărie este sezonieră. În particular, pe piața Republicii Moldovei, începând cu luna mai până în septembrie diminuează brusc volumul vânzării produselor de cofetărie. Aceasta se justifică prin faptul că în această perioadă prevalează fructele și legumele.

Cota maximă de vânzări, după cum am mai menționat, o constituie vânzările pe piața internă, care se efectuează prin intermediul comerțului specializat, bazele angro, alți cumpărători. S.A. „Bucuria” dispune de 34 de filiale pe tot teritoriul republicii. În scopul majorării vânzării producția se reînnoiește din an în an cu un ritm rapid.

Segmentul predominant al pieței din punct de vedere geografic reprezintă capitala, care asigură 60% din volumul vânzării din interiorul țării, celelalte 40% revin orașelor cu un număr mare de locuitori cum ar fi: Bălți, Orhei, Soroca etc.

Pentru sporirea vânzării produselor de cofetărie S.A. „Bucuria” întreprinde diferite metode de promovare: prezentări, întâlniri, expoziții târguri, degustații. Participarea la diferite expoziții de produse alimentare și băuturi cum ar fi Prodexpo, World Fod (Moscova), Tibco, Indagra (București), reprezintă cel mai bun instrument de marketing și de vânzări, care se află la îndemâna tuturor fără excepție.

De asemenea, cu scopul stimulării vânzării sunt oferite premii, reduceri și cadouri, sunt organizate jocuri și concursuri. Acțiunile organizate atrag atenția consumatorului care se implică activ în proiectele întreprinderii, ca de exemplu „Câștigă și tu 30000 de cadouri de la Bucuria”, „Dulce Miss”, „GLORIA te duce la Disney” și altele.

Elementele de promovare întreprinse în anul curent – 2010 sunt: sponsorizările, articole apărute în diverse ziare și reviste atât naționale cât și de circulație internațională (în „Forbes”, de exemplu, este menționat despre directorul întreprinderii Pavel Filip, în „Ria Novosti” periodic apar articole despre noile produse lansate de „Bucuria” etc.), cataloage ale producției. În perioada lunii decembrie 2010 în incinta patinoarului „ICE Bravo” a avut loc programul sărbătorilor de iarnă la care a participat „Bucuria” în calitate de sponsor a programului distractiv, 300 de cadouri au fost oferite copiilor ce participau activ la diferite concursuri organizate de administrația patinoarului.

Pe parcursul anilor precedenți au fost înregistrate reprezentanțe ale S.A. „Bucuria” pentru promovarea și comercializarea produselor întreprinderii: în or. Odessa - Ucraina; în or. București - România. Acesta reprezintă un lucru semnificativ în activitatea întreprinderii „Bucuria”, deoarece până nu de mult se considera că exportul în Ucraina este imposibil din cauza unor bariere vamale, iar pe piața României producția întreprinderii „Bucuria” nu a fost destul de cunoscută.

Cercetările de piață arată că cele mai cerute produse pe piață sânt: caramela, bomboane, drajeuri, batonașe, napolitane și zefirul. Piața de desfacere are un caracter sezonier, astfel vânzările ating cele mai înalte niveluri în perioadele martie – aprilie și noiembrie – decembrie. Volumul minimal de vânzări se înregistrează în perioada de vară, când produsele de cofetărie sunt înlocuite de fructe. În aceasta perioadă este limitat și exportul, sunt necesare măsuri suplimentare pentru păstrarea producției sub influența devierilor de temperatură.

6% din volumul vânzării revine exportului, care se realizează atât în țările CSI cât și în alte țări cum ar fi: România, Grecia, Cehia, Germania, Israel, SUA, Canada, Georgia, Bosnia și

Hertegovina și altele. În anul 2005 spre deosebire de anii precedenți exportul în țările CSI a scăzut considerabil, constituind doar 19,62% din exportul total. Acest fapt se explică prin introducerea în unele din aceste țări a unor bariere vamale.

Tendința majorării ponderii exportului nu este stabilă și vibrează în dependență de politicile vamale ale țărilor importatoare ale produselor de cofetărie, aprobarea condițiilor mai favorabile și a negocierilor reciproce cu țările respective.

Societatea a vândut în perioada 2005 – 2009 produse de cofetărie în volum de aproximativ 7 – 9 mii tone pe an. Volumul total al vânzărilor în USD în aceeași perioadă a constituit 7 – 10 milioane.

Volumul vânzărilor întreprinderii S.A. „Bucuria”

Livrarea producției de cofetărie	Anul 2005		Anul 2007		Anul 2008		Anul 2009	
	tone	%	tone	%	tone	%	tone	%
Total	6142	100	8914	100	9006	100	8767	100
Piața internă	3818	62,2	6350	71,2	6547	72,7	6397	72,9
Piața externă (CSI)	505	8,2	593	6,6	303	3,4	115	1,3
Piața externă	60	1	56	0,6	194	2,1	442	5,1
Propriile magazine pe piața internă	1759	28,6	1915	21,6	1962	21,8	1813	20,7

Sursa: „Bucuria” la 60 de ani de activitate

Datele expuse în tabelul *Volumul vânzărilor întreprinderii S.A. „Bucuria”* arată, la fel ca și volumul producției întreprinderii, creșteri importante până în anul 2008 (e de menționat mai ales creșterea din perioada 2005-2007 – de la 6142 tone la 8914 tone), după care asistăm la o ușoară scădere a volumului vânzărilor, cu aproximativ 250 tone, cauza fiind aceeași situație internă precară a Republicii Moldova care s-a răsfrânt inclusiv asupra economiei. Cele mai multe livrări se efectuează pe piața internă (60-70%), pe piața externă confruntându-se cu o concurență foarte puternică dar și de un șir de restricții economice, frontaliere care sunt impuse de țările Uniunii Europene pentru statele care nu fac parte din spațiul Comunității Europene. Dar asupra acestor aspecte se lucrează foarte mult, astfel reușindu-se a se găsi noi piețe de desfacere ca Grecia sau țările baltice care sunt încântați de gustul și calitatea dulciurilor „Bucuria”.

Situația politică din republică și Europa a condus ca Moldova să se reorienteze în ceea ce privește comerțul, manifestându-și tendința de a se integra pe piața vestică a Europei, în detrimentul celei estice. Astfel, observăm că pe piața externă (fără țările CSI) volumul vânzărilor este în continuă creștere, de la 60 de tone în 2005 la 442 tone în 2009, aceasta însemnând faptul ca „Bucuria” câștigă teren pe arena europeană, dar și internațională.

Tendința majorării ponderii exportului în volumul total de vânzări la S.A. „Bucuria” depinde de măsurile de protejare a guvernelor țărilor-importatoare al produselor de cofetărie, de acordurile încheiate între țările C.S.I.

Problema principală a întreprinderii constituie realizarea producției în volume mai mari ce direct acționează la mărirea volumului de producere.

Livrarea producției de cofetărie în expresie valorică

Livrarea producției de cofetărie	Anul 2005		Anul 2007		Anul 2008		Anul 2009	
	Mii lei	%	Mii lei	%	Mii lei	%	Mii lei	%
Total	223558	100	233829	100	241242	100	239370	100
Piața internă	151984	68,0	161202	68,9	166204	68,9	162396	67,8
Piața externă (CSI)	6487	2,9	2177	0,9	1113	0,5	923	0,4
Piața externă	5153	2,3	8919	3,8	10884	4,5	17797	7,4
Magazinele de firmă pe piața internă	59934	26,8	61531	26,4	63041	26,1	58253	24,3

Sursa: „Bucuria” la 60 de ani de activitate

Tabelul de mai sus relatează faptul că livrarea producției de cofetării în expresie valorică are o tendință pozitivă (cu o mică excepție în anul 2009 când atât producția cât și comercializarea a scăzut din cauza crizei economico-politice a republicii): a crescut pe piața internă cu 0,9%, cu 1,5% pe piața externă în 2007. În același an este înregistrată o scădere a livrării producției de cofetărie către piața CSI față de anul 2005, diminuarea constând în 2 puncte procentuale, ajungând la 0,9% din totalul vânzărilor fabricii, și scăzând ușor până la 0,4% în 2009. Nici în 2010 nu a fost observată o învioreare a exportului spre țările CSI, S.A. „Bucuria” îndreptându-și forțele spre câștigarea de noi piețe în Europa de Vest, și de asemenea în Asia, și America. Analizând livrarea producției de cofetărie în expresie naturală se remarcă o diminuare a livrării producției de cofetărie, astfel în anul 2006 livrarea a constituit 97,3% din volumul anului precedent.

Bineînțeles, majoritatea producției fabricii este vândută pe piața internă (peste 50%), o bună parte realizându-se prin intermediul magazinelor de firmă.

O atenție deosebită se acordă studierii piețelor. În acest sens s-au stabilit contracte cu centrul de cercetare a piețelor „Pro-Bussines”. S-au intensificat cercetările de marketing ale piețelor de desfacere atât în orașele mari ale Rusiei – S.A. „Bucuria” a participat la două expoziții: în or. Moscova și Sankt-Petersburg. Au fost organizate diverse prezentări a produselor, au fost desfășurate activități de creare a întreprinderilor mixte cu parteneri din Rusia, Ucraina. Au fost deschise magazine pentru realizarea produselor de cofetărie în România – orașele Brăila, Galați Târgul, Mureș și în Transnistria – în orașele Tighina, Rîbnița. Ele funcționează în condițiile privilegiate la procurarea mărfurilor, având dreptul de a folosi atributul firmei în scopul reclamei și de a obține segmentul de desfaceri pe piață.

Cu ajutorul firmei „Alexander” au fost studiate posibilitățile de ieșire pe piața USA, și colaborează cu agenții economici din Grecia, Cipru, Olanda, etc.

Cu firmele “Bimer” și “Miig-Dufremol” dispune de contracte similare la realizarea produselor de cofetărie conform sistemului “Duty-Free” cu deschiderea magazinului specializat la punctul de vamă Leușeni.

Vânzările societății pe piața internă au atins 6600 tone în 2006. În expresie valorică, vânzările estimate pe piața internă au constituit 7,7 USD mil. pe an, sau 75% din totalul estimat al vânzărilor în 2002 – 2004 de 10 mil USD.

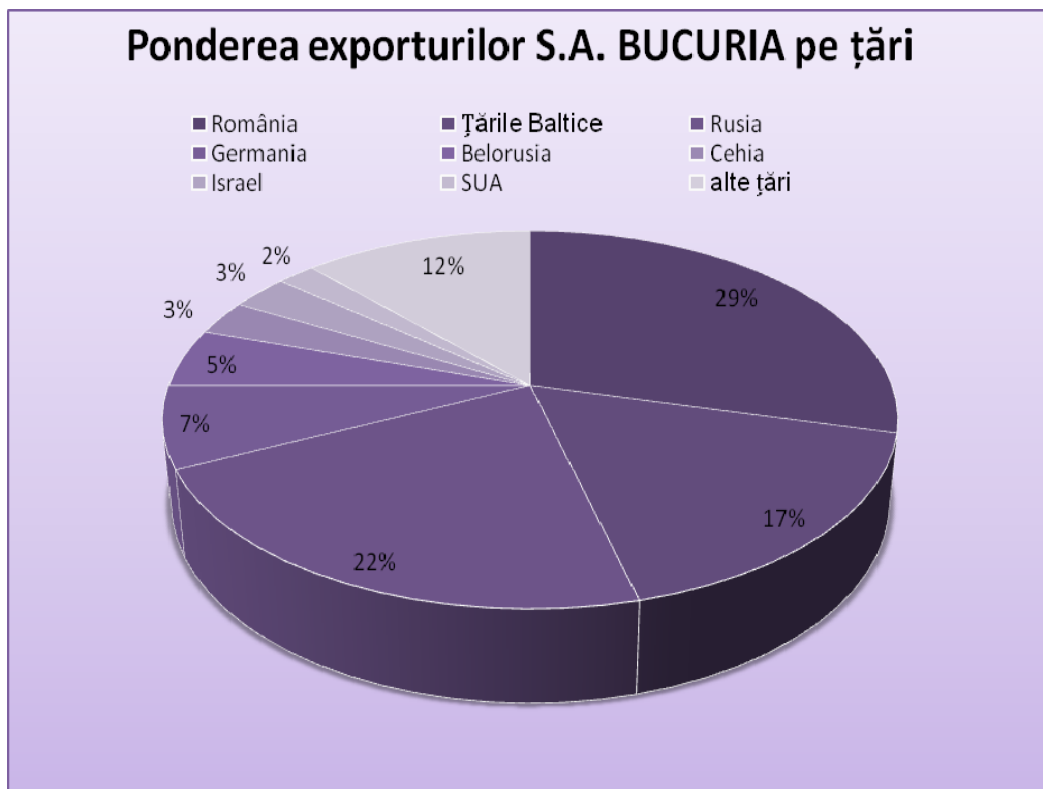
Strategia de distribuție pe piața internă prevede ca cota vânzărilor prin magazine de firme va rămâne constantă, la 40% din totalul vânzărilor. Vânzările prin angroșiști vor fi mărite la 30% din totalul vânzărilor. Restul 25% vor reveni exportului, iar 5% - detailiștilor locali. Astfel, cota magazinelor de firmă în vânzările interne va crește la peste 50% iar cea a angroșiștilor la peste 40%.

Angroșiștii vor fi stimulați prin politica existentă de reduceri în dependență de calitate. Pe măsura disponibilității capitalului circulant, angroșiștilor li se va acorda credit comercial, însă nu mai mare de 30.

Pe piața externă vânzările vor fi trecute la sistemul de dealeri de țară (în țările mari - dealerii regionali). Condițiile de lucru cu dealerii sunt stabilite deja cu Belarusia și Israel – achiziția unor cantități prestabilite la un preț prestabilit. Dealerii sunt stimulați prin aceeași politică de reduceri în dependență de cantitate ca și în trecut. Pe măsura disponibilității capitalului circulant, dealerilor li se acordă credit comercial, însă nu mai mare de 30 zile.

De asemenea, pe piața externă, strategia este de a pătrunde pe segmentul geografic pe care societatea îl ocupa în perioada sovietică – regiunile de est ale Rusiei. Penetrarea se va face cu două produse – bomboanele și caramelele. Negocierile purtate recent confirmă că firmele comerciale din regiune ar putea valorifica circa 4000 tone pe an. Reducerile de preț aplicate (valabile și pentru piața externă) coboară prețul caramelei la 0.67 USD la kg, iar cel al bomboanelor la 1.67 USD la kg. Aceste prețuri sunt la nivelul celor solicitate de dealerii ruși. Volumul estimat al exportului în Rusia a constituit 1000 tone în 2002, 2000 tone anual în perioada 2005-2006 și 3000 tone anual în anul 2009 și în tot atât în primul semestru al anului 2010. În paralel cu piața rusească a exporturilor, sunt valorificate și piețele de export cu care se lucrează în prezent Israel, Belarusia, SUA.

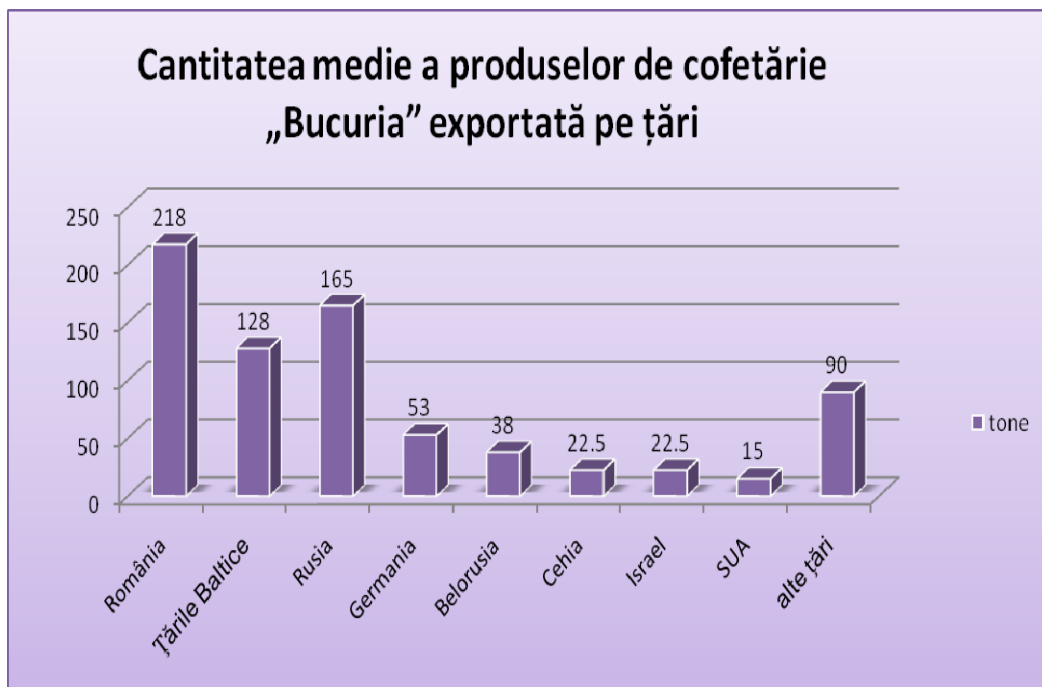
În cele ce urmează analizăm ponderea exporturilor fabricii „Bucuria” pe țări (valori medii pe perioada 2000-2010), principalele piețe de desfacere a dulciurilor moldovenești fiind România, Rusia și țările baltice care dețin o cotă de 29%, 22% și respectiv 17% din totalul vânzărilor pe piața externă.



Sursa: „Bucuria” la 60 de ani de activitate

Graficul de mai sus afișează, pe lângă cotele cele mai semnificative ale României, Rusiei și țărilor baltice, valoarea de 12% atribuită atlor state partenere care importă bomboanele „Bucuria” printre acestea numărându-se Belgia, Franța, Italia, Georgia, Kârgâstan, Grecia, Spania, Portugalia, Azerbaidjan, Bulgaria, Armenia, Slovacia și Bosnia. Menționăm faptul că Israel, Canada, Armenia și SUA sunt noi puncte de desfacere pentru S.A. „Bucuria”. Cu toate acestea mărfurile moldovenești câștigă tot mai mult teren pe piețele mondiale concurând cu produsele de cofetărie a producătorilor autohtoni din țările respective. Pentru anul 2010 este preconizat semnarea tratatelor de colaborare (import-export) cu Turcia, Olanda și Danemarca, și ca perspectivă - India și China.

Livrarea produselor de cofetărie „Bucuria” în expresie cantitativă pe țări o analizăm în graficul ce urmează.



Sursa: „Bucuria” la 60 de ani de activitate

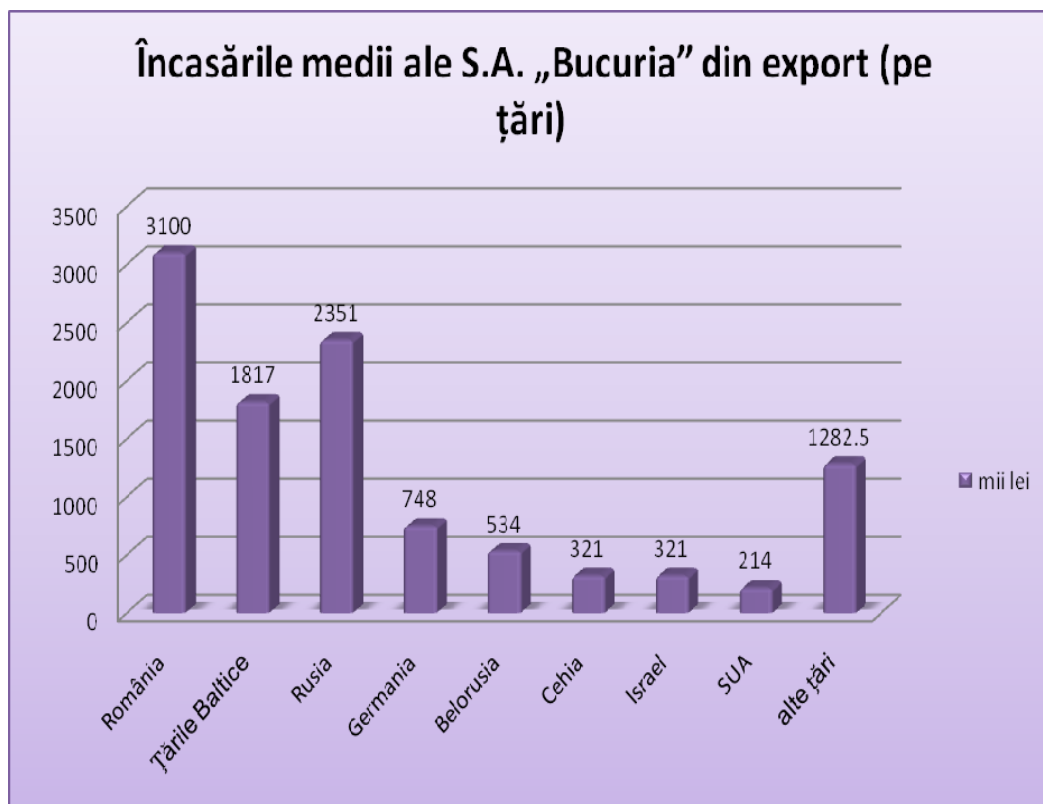
După câte am observat în graficul *Ponderea exporturilor S.A. „Bucuria” pe țări* principalul importator de dulciuri „Bucuria” este România, urmată de Rusia și țările baltice, astfel, cantitatea produselor de cofetărie receptate de piețele acestor state fiind cea mai mare – în România exportându-se în mediu 218 tone de bomboane anual, în Rusia – 165 tone, în țările baltice -128 tone ș.a m.d. Concluzionăm că aceste trei direcții de comercializare externă pentru bomboanele „Bucuria” constituie mai mult de jumătate din totalul producției exportate anual de fabrică (această cantitate fiind de aproximativ 752 tone pe an).

O analiză în amănunte poate fi realizată pe baza datelor din anexe numărul 13, 14, 15 și 16 care ilustrează exporturile către patru țări: România, Rusia, Germania și Estonia.

În concluzie putem menționa că se exportă mai des produse de cofetărie care au durata de valabilitate mai mare ce exemplu caramelle, iris, bomboane glasate cu ciocolate, drajee, iar produse ca zefir, marmeladă, bomboane din masă malaxată se exportă mai puțin în primul rând din cauza perisabilității lor (de exemplu bomboanele „Lapte de pasăre” au un termen de valabilitate de 30-60 de zile), și de asemenea, din cauza sortimentului necunoscut publicului larg (de exemplu zefirul este

o placere dulce cunoscută mai mult în țările din est și mai puțin în cele din vest, de aceea nu este foarte căutat în aceste state).

În ultimii ani, de când S.A. „Bucuria” a început producerea dulciurilor pentru diabetici, și unele țări ca Germania, Estonia au solicitat importul acestor produse care sunt întânite la puțini producători.



Sursa: „Bucuria” la 60 de ani de activitate

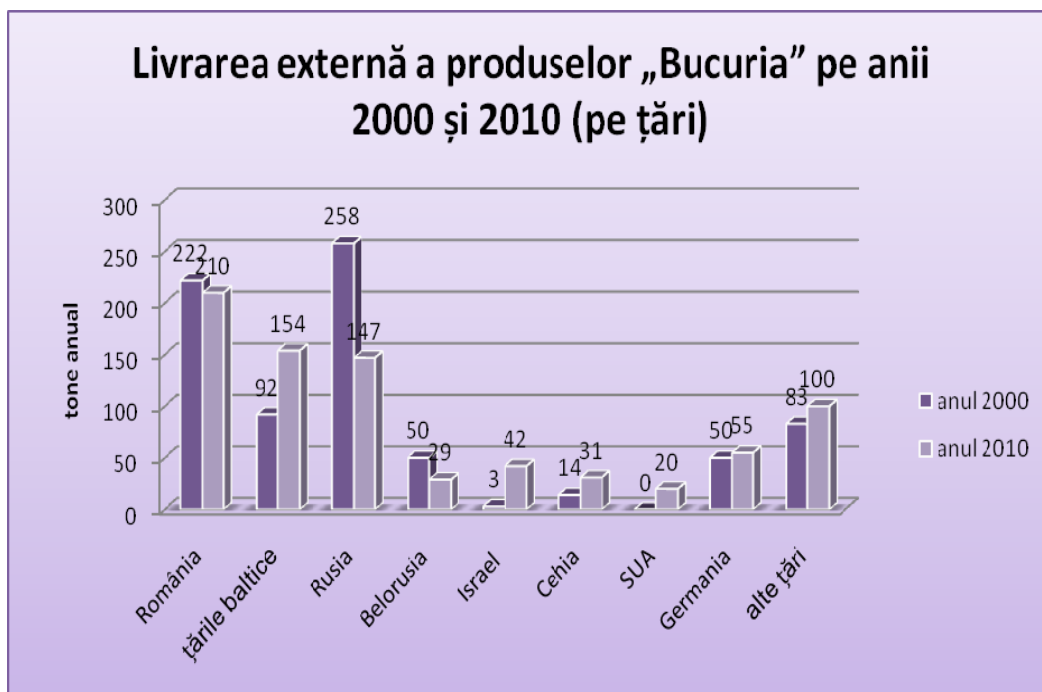
Graficul respectiv afișează livrarea producției de cofetărie în expresie valorică. Datele obținute reprezintă, de fapt, valoarea producției exportată în țările nominalizate. Astfel, România pentru cele 218 tone de produse de cofetărie importate achită o sumă egală cu 3100 mii lei, Rusia – pentru 165 de tone plătește 2351 mii lei, Israel și Cehia câte 321 mii lei (pentru 22,5 tone pe an) etc.

Referitor la veniturile S.A. „Bucuria” provenite din export, e de menționat faptul că întreprinderea practică o politică „nediscriminatorie” a prețului, fiecare sortiment de dulciuri fiind comercializat la un preț unic pentru toate statele-clienți, sau chiar dacă există mici decalaje, acestea nu sunt semnificative, înregistrându-se variații de doar ± 10 cenți USD.

Acest lucru de asemenea este apreciat de clienții săi care acordă preferință fabricii „Bucuria” în raport cu alții producători, fiindu-i fideli de la începuturi, deja de 60 de ani, în persoana clienților fideli văzându-se Rusia (de fapt, fosta URSS), România, și ceva mai târziu Germania.

Aceasta confirmă recunoașterea consumatorilor care mai bine ca alții cunosc secretul înaltei calități a produselor de cofetărie. Merită de atras atenția asupra faptului că „Bucuria” a exportat și intenționează să exporte producție exclusivă pe piața Uniunii Europene și a SUA. Mai mult ca atât în

ultimul an și pentru următorii doi ani întreprinderea amplifică tempii de producere și de export dulciurilor, venitul obținut fiind îndreptat la modernizarea întreprinderii.



Sursa: „Bucuria” la 60 de ani de activitate

Livrarea externă a produselor mărcii „Bucuria” pe perioada celor 10 ani a suferit unele schimbări în ceea ce privește cantitățile comercializate și piețele de desfacere. Astfel, observăm că în anul 2000 principalul importator a bomboanelor „Bucuria” a fost Rusia (258 tone anual), după care, cu timpul România a devenit lider în achiziția produselor de cofetărie moldovenești, păstrând această poziție până la ora actuală. Cu toate acestea, solicitările românilor față de dulciurile „Bucuria” au scăzut în 2010 față de 2000 (nesemnificativ – cu 12 tone) din cauza crizei mondiale care a impus consumatorul să facă economii și să se limiteze în anumite mici plăceri ca bomboanele. Livrările în Rusia și în Belarusia de asemenea au scăzut, cu 111 tone și 21 tone anual pentru cea din urmă. De fapt, în ultimii 2 ani se observă o reorientare a pieței de desfacere a produselor de cofetărie moldovenești, fiind acordată prioritate pieței vestice față de cea a țărilor CSI. Acest fenomen este oglindit și în graficul de mai sus, și anume faptul că în state ca Israel (tonajul de bomboane importat a crescut cu 39 de tone în 2010 față de 2000), SUA (nu deținea relații comerciale cu fabrica „Bucuria” în 2000, aceste fiind stabilite abia în 2004, iar în 2010 înregistrându-se 20 tone de produse de cofetărie importate), țările baltice (92 tone în 2000 și 154 tone în 2010) se înregistrează o majorare a importului bomboanelor „Bucuria”. De asemenea, în perioada 2009-2010 întreprinderea a semnat contracte de colaborare cu țări cu care nu avuse până acum relații comerciale de acest gen, cum ar Franța, Kârgâstan, Belgia, Italia, ș.a.

Fără îndoială, că toate datele expuse mai sus mărturisesc că la „Bucuria” se lucrează cu multă măiestrie pentru obținerea unei producții calitative. Marca comercială „Bucuria” este bine cunoscută pe piața producției de cofetărie. Consumatorii cu ușurință recunosc marca comercială a întreprinderii,

care de-a lungul timpului s-a conturat pe piață prin asortimentul producției sale, cucerindu-te prin originalitate, diversitate și calitate. Ea este recunoscută și apreciată unanim.

Concluzii

„Bucuria” deține un rol special în contextul pieței brand-urilor moldovenești, fiind unul dintre puținele brand-uri care a supraviețuit timpului, și care a rămas printre cele mai cunoscute în rândul publicului. De-a lungul a 65 de ani din momentul lansării, „Bucuria” a participat la cele mai importante concursuri naționale și internaționale din Bruxelles, SUA, Kiev, Moscova, Franța, fiind premiată pentru înalta performanță și profesionalism în realizarea produselor de cofetarie. Ca rezultat, Bucuria a fost ridicată la rang de brand național, fiind apreciat în tot acest timp, drept unul dintre cele mai reprezentative brand-uri tradiționale.

S.A. „Bucuria” rămâne liderul incontestabil în vederea producerii și comercializării produselor de cofetărie din întreaga Republica Moldova.

Este o întreprindere de o importanță economică mare pentru țară, și de perspectivă cu o dezvoltare dinamică în creștere, care pune accentul pe calitatea înaltă a produselor și preț competitiv în vederea satisfacerii nevoilor consumatorilor și stabilirii relațiilor de cooperare cu parteneri de afaceri stabili atât în țară cât și peste hotare.

Societatea este într-un continuu proces de optimizare a asortimentului de producție, în conformitate cu cerințele pieței. Pe parcursul ultimilor ani au fost lansate o serie de produse noi cu caracteristici unice.

Confirmarea și demonstrarea prin fapte că cu noi „Viața e mai dulce...” este starea interioară și crezul profesional al tuturor angajaților, al întreg colectivului calificat și unit ce tinde spre succes al S.A. „Bucuria”.

Rezultatele obținute de colectivul fabricii ne permit cu certitudine să afirmăm că producția cu marca „Bucuria” are perspective mari în viitor.

Analiza matriciei SWOT a întreprinderii “Bucuria” S.A.

Oportunități	Puncte forte
<ul style="list-style-type: none"> • Orientarea politicii statului spre dezvoltarea relațiilor de piață. 	<ul style="list-style-type: none"> • Potențial de producere mare; • Posibilitatea de a mări capacitatea de producție; • Producție de înaltă calitate.
Riscuri	Puncte slabe

<ul style="list-style-type: none"> • Taxe de stat mari; • Instabilitatea din societate; • Concurența mare. 	<ul style="list-style-type: none"> • Folosirea ne-adekvat a avantajului concurențial; • Inexistența scopurilor exacte pe termen lung și strategii de durată de dezvoltare a întreprinderii.
---	---

Cu ajutorul matriciei date putem vedea care sunt problemele cu care se confruntă firma, în același rând de a accentua direcția de folosire a potențialului existent. Printre problemele cele mai acute care sunt în fața întreprinderii sunt: cercetarea de marketing la nivel inferior, scopuri inexacte pe termen lung, și folosirea inadecvată a avantajelor concurențiale. Iar cu ajutorul tabelului „punctele forte și slabe” putem vedea exact cu ce se confruntă liderul de pe piața produselor de cofetărie din Republica Moldova la momentul actual.

Animat de rezultatele apreciable obținute, colectivul S.A. „Bucuria” marchează în anul 2011 65 ani de activitate într-o atmosferă creatoare și de avânt, aspiră la un viitor cu perspective frumoase și realizări noi... Peste decenii „Bucuria” rămâne una dintre cele mai prospere întreprinderi ale industriei alimentare din Republica Moldova cu un nume recunoscut și peste hotare ritmurile de dezvoltare confirmând justetea acestor așteptări.

Exportul mediu pe an al produselor de cofetărie a întreprinderii S.A. "Bucuria" în România

Denumirea produsului	Cantitatea în 1 boxă, kg	Numărul total de boxe, unități	Preț pentru o unitate, lei	Cost total, lei
Caramele				
Vișinele	3	150	15,45	6,925
Prune	3	150	15,45	6,925
Victoria	3	150	15,45	4,635
Lămâie	3	100	15,45	4,635
Portocale	3	100	13,90	4,170
Plușor	3	150	15,45	6,925
Răcușori	3	200	16,48	9,888
Teatrale	3	100	14,00	4,200
Mentolă	3	100	14,00	4,200
Regina livezilor	3	80	14,00	3,360
Revelion	3	100	13,30	3,990
Zare	3	80	17,481,398	
Cafea-cremă	2,5	100	20,00	5,000
Cioco -car	3	80	28,65	6,876
Total		1,690		66,894
Drajee				
Cu arahide	5	50	18,00	4,500
Cu stafide	5	50	18,67	4,667
Alunițe	4,6	30	18,00	2,484
Mozaic	5	50	14,30	3,575
Total		180		17,782
Iris				
Meunică	4	40	20,63	3,301

Licurici	4	40	20,63	3,301
Cu lapte	4	40	20,63	3,301
Cheița de aur	4	40	20,63	3,301
Nourăș	4	40	20,63	3,301
Total		200		16,505
Bomboane glasate cu ciocolată				
Valurile mării	3	70	20,00	1,400
Umbrele	3	50	20,00	3000
Originale	3	100	20,00	6000
Romanița	3	50	26,704005	
Rândunica	3	50	24,65	3,697
Doinița	3	70	20,00	4,200
Lămâiță	3	70	20,00	4,200
Tighina	3	50	25,25	3,787
Moldova	3	100	42,13	12,639
Grilaj	3	100	34,23	10,269
Vevel	3	70	20,39	4,281
Prune în ciocolată	3	150	33,53	15,088
Nostalgie	3	80	34,30	8,232
Total		1,010		69,428
Marmeladă				
Curcubeu	3	100	29,15	8,745
Trei straturi	3	70	27,25	5,722
Felii de lămâie	3	50	14,80	2,220
Felii de portocale	3	50	14,80	2,220
Total		1,280		18,907
Zefir				
Zefir alb	3,5	100	30,00	10,500
Zefir în ciocolată	3	70	40,00	8,400
Total		170		18,900
Specificația totală		4,530		309,597

Exportul mediu pe an al produselor de cofetărie a întreprinderii S.A. "Bucuria" în Rusia

Denumirea produsului	Cantitatea în 1 boxă, kg	Numărul total de boxe, unități	Preț pentru o unitate, lei	Cost total lei
Caramele				
Teatrale	3	50	14,00	2,100
Mentolă	3	100	14,00	4,200
Dușes	3	100	14,00	4,200
Regina livezilor	3	50	14,00	2,100
Cu cafea	3	100	16,20	4,860
Revelion	3	100	13,30	3,990
Zare	3	40	17,48	2,097
Vișinele	3	100	15,45	4,635
Prune	3	100	15,45	4,635
Victoria	3	100	15,45	4,635
Lămâie	3	100	15,45	4,635
Tropicale	3	100	15,45	4,635
Portocale	3	50	13,90	2,085
Plugușor	3	100	15,45	4,635
Răcușori	3	200	16,48	9,888

Basm (asorti)	2,5	100	15,20	3,800
Cafea -cremă	2,5	100	20,00	5,000
Cioco –car	3	10	28,65	859
Total		1,600		72,987
<i>Drajee</i>				
Colorate	5	20	15,00	1,500
Cu stafide	5	40	16,75	3,350
Stafide	5	15	21,60	111,24
Alunițe	4,6	30	13,30	3,325
Mozaic	5	50	13,30	3,395
Total		155		4,967
<i>Zefir</i>				
Zefir alb	3,5	50	30,00	3,150
Zefir în ciocolată	3	50	40,00	6,000
Total		100		9,150
<i>Iris</i>				
Cu lapte	4	20	20,63	1,650
Meunică	4	20	20,63	1,650
Licurici	4	20	20,63	1,650
Cheița de aur	4	20	20,63	1,650
Nourăș	4	20	20,63	1,650
Total		100		8,250
<i>Bomboane neglasate</i>				
Spectru	2,8	80	28,65	6,417
Total		80		6,417
<i>Bomboane glasate cu ciocolată</i>				
Doinița	3	50	20,00	3,000
Lămâiță	3	50	20,00	3,000
Valurile mării	3	50	20,00	3,000
Umbrele	3	50	20,00	3,000
Romanița	3	30	26,70	2,403
Rândunica	3	30	24,65	2,218
Total		360		22,621
<i>Bomboane pentru diabetici</i>				
Meteorit	2,6	10	53,25	1,384
Dor	3	80	1,80	144
Total		20		1,528
Tablete din ciocolată				
Telefon mobil	3	66	5,16	2,724
Total				2,724
Specificația totală		2,481		128,646

Exportul mediu pe an al produselor de cofetărie a întreprinderii S.A.”Bucuria” în Germania

Denumirea produsului	Cantitatea în 1boxă, kg	Numărul total de boxe, unități	Preț pentru o unitate, lei	Cost total, lei
Marmeladă				
Curcubeu	3	35	29,15	3,060
Trei straturi	3	40	27,25	3,270
Felii de lămâie	3	45	14,88	2,008
Felii de portocală	3	50	14,88	2,232
Total		150		10,570
Iris				
Meunică	3	100	20,63	6,189
Cheița de aur	3	70	20,63	4,332
Nouraș	3	70	20,63	4,332
Total		240		14,853
Drajee				
Arahide în zahăr	5	100	14,75	7,375
Cu stafide	5	100	16,75	8,375
Alunițe	5	50	18,00	3,150
Total		250		18,900
Bomboane				
Batonase	3	40	25,25	3,030
Tighina	3	70	25,25	5,302
Scufița roșie	3	80	47,00	11,280
Moldova	3	100	42,13	12,639
Lapte de pasăre	3	50	15,33	2,299
Griliaj	3	100	34,23	10,269
Vevel	3	70	20,39	1,427
Romanița	3	50	29,73	4,459
Duet	3	50	48,63	7,294
Plai	3	50	48,63	7,294
Vișină în ciocolată	3	70	16,13	3,423
Rîndunica	3	50	28,00	4,200
Prune în ciocolată	3	80	33,53	8,047
Nostalgie	3	100	34,30	10,290
Total		960		91,253
Specificația totală		1,600		135,576

Referințe bibliografice

- **Balan, C**, *Logistica mărfurilor*, Editura Uranus, București, 2003
- Bologa, N. Burda, A. *Mereologia alimentara*, Ed. Oscar Print, Bucuresti, 2004
- Bologa, N. Burda, A. *Mereologia*, Ed. Univers, Bucuresti, 2005
- **Drăguleană, L.** *Statistică economică și socială-Teorie și aplicații*, Ed. Infomarket, Brașov, 2000
- **Elisabeta Jaba**, *Statistica*, Ed. Economică, București, 2003
- **Isaic-Maniu, Al; Mîtruț, C; Voineagu, V.** *Statistica pentru managementul afacerilor*. Ed. Economică, București, 2003
- **Ișfănescu, A; Stănescu, C; Băicuși, A** –*Analiza economico-financiară cu aplicații în societățile comerciale industriale, de construcții și de transporturi*. Ed. Economică, București, 2000
- **Kenneth, J. Kook**, *Planificarea strategică pentru întreprinderi mici*. Ed. Teora, 1999
- Kotler, Ph. *Managementul marketingului*, Ed. Teora, București: 1999.
- **Kotler, Ph.**, *Managementul marketingului*, Editura Teora, București, 1998

- **Kotler, Ph.**, *Principles of Marketing*, Prentice Hall Inc., 1984
- **Moroșan, I** *Diagnostic analiză și previziune economico-financiară*, Ed. Ankarom, Iași, 1999
- **Niculescu, Maria** *Diagnostic Global Strategic*, Ed. Economică, București, 1998
- **Ristea, a.A.L.**, *Distribuția mărfurilor*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1997
- **Stănescu, C; Ișfănescu, A.**, *Analiza economico-financiară*, Ed. Economică, 1997
- **Thomas, M.,J.**, *Manual de Marketing*, Editura CODECS, București, 1999
- **Vasilescu, Gh; Niculescu, I; Wagner, F; Zaharia, O** –*Analiza statistico-economică în industrie*. Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1998
- **Văleanu, G.**, *Tehnologia informației și cultura organizațională. Provocări pentru noua întreprindere*, Editura Junimea, Iași, 2005
- www.chamber.md
- www.scers.md
- www.vinmoldova.md

RELAȚIILE ROMÂNIEI CU FONDUL MONETAR INTERNAȚIONAL

Florin Gabriel ICHIM¹
Elena ICHIM (ROTARU)²

Abstract

This study analyzes the evolution of relations between Romania and the International Monetary Fund in the current economic climate. Following the withdrawal of foreign investment and propagation due to economic crisis, Romania has appealed to the International Monetary Fund to obtain resources with which to finance the budget deficit. Romania is a member of the International Monetary Fund since 1972, with a participation rate of 1.0302 billion SDR (0.47% of total share), has 10,552 votes (0.48% of total votes). Over time Romania has appealed to Fund resources, due to economic crisis in 2010 Romania drew funds amounting to SDR 3.71 billion (4.25 billion euros). Allocation of funds was contingent on the implementation of austerity measures, which allows framing the budget deficit target of 6.8% of GDP. And this year, Romania is expected to receive another two tranches, the aggregate value of SDR 1.616 billion. Relations with the IMF is characterized by: technical assistance, financial assistance and supervision. Agreements with the Fund has advantages: bring credibility and financing, and disadvantages: the imposition of the Fund's own policy regarding domestic budget policy, sometimes this policy being inflexible. In conclusion, cooperation between Romania and International Monetary Fund has an important role in implementing economic reform programs designed to ensure liberalization of the economy, reducing inflation, lowering unemployment by increasing investments, production growth, attracting foreign investment by liberalizing capital markets and monetary flows and restructuring of unprofitable enterprises.

Cuvinte cheie: *Fondul Monetar Internațional, Acord Stand- By, asistență financiară, condiționalitate, deficit al balanței de plăți, ariete.*

1. ASPECTE GENERALE

Fondul Monetar Internațional a fost înființat în anul 1944 în cadrul Conferinței de la Bretton Woods, ca instituție care să dețină rolul principal în cadrul noului sistem monetar internațional, să furnizeze țărilor membre disponibilități pentru efectuarea tranzacțiilor comerciale externe și pentru echilibrarea balanței de plăți. Fondul a avut inițial 44 de membri în 1944, în prezent numără 187 de țări membre. România este membră a FMI din decembrie 1972. Calitatea de membru al FMI dă României, ca de altfel oricărui stat membru, posibilitatea de a beneficia de toate drepturile ce îi revin potrivit statutului și reglementărilor de funcționare cu îndatorirea de a-și îndeplini obligațiile asumate prin semnarea acordului, precum și dreptul de a se retrage oricând din FMI pe baza unui aviz scris.

Obiectivele principale ale Fondului sunt:

- să promoveze cooperarea monetară;
- să faciliteze expansiunea comerțului internațional;
- să înlăture restricțiile valutare din calea comerțului internațional și a fluxurilor financiare internaționale;
- să acorde țărilor membre credite pe termen scurt și mediu, în vederea reducerii dezechilibrelor temporare din balanța de plăți externă provocate de cauze imprevizibile, fără ca aceste țări să recurgă la măsuri care ar putea avea repercursiuni asupra prosperității naționale și internaționale;

¹ Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu", București. Studiul a fost elaborat sub coordonarea Lectur univ. dr. Mihaela Sudacevschi

² Masterand, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu", București. Studiul a fost elaborat sub coordonarea Lectur univ. dr. Mihaela Sudacevschi

- să promoveze stabilitatea cursurilor valutare și evitarea devalorizărilor monetare ca mijloc de concurență internațională;
- să scurteze durata și să micșoreze dezechilibrul balanțelor de plăți externe ale țărilor membre.

În funcție de obiectivele sale și de mijloacele de care dispune FMI pentru realizarea lor, se pot distinge următoarele segmente mai importante ale activității sale:

- acordarea de credite membrilor săi pe bază de garanții (în monedă națională), astfel încât, pe de o parte, aceștia să fie sprijiniți la nevoie în eforturile proprii de echilibrarea balanțelor de plăți, iar pe de altă parte, să contribuie la stabilirea unui sistem multilateral de decontări care să faciliteze tranzacțiile comerciale și financiare internaționale. În principiu, țara membră a FMI care a primit un credit de la Fond este obligată să-l folosească numai pentru echilibrarea balanței sale de plăți;

- limitarea cât mai mult posibil a restricțiilor valutare care frânează dezvoltarea comerțului internațional. În acest sens, membrii FMI sunt obligați să evite restricțiile valutare asupra plăților curente. În același timp, FMI are sarcina de a veghea și interzice încheierea de acorduri valutare discriminatorii între țările membre;

- menținerea parității monedelor naționale ale țărilor membre și urmărirea stabilității cursului de schimb. Potrivit prevederilor statutare inițiale ale FMI, cursul de schimb al monedei unei țări membre putea să oscileze în raport cu valutele celorlalți membri în cadrul unei marje înguste, de $\pm 1\%$ față de paritatea oficială. Acest principiu însă nu se mai aplică după 15 august 1971, când s-a declanșat criza sistemului monetar internațional inițiat la Bretton Woods, cursurile de schimb ale monedelor fiind lăsate să floteze liber.

În cele șase decenii scurse de la înființarea sa, Fondul Monetar Internațional și-a dezvoltat tot mai mult gradul de sprijinire a țărilor membre. O mare parte din volumul de creditare este astăzi alocat prevenirii, soluționării și contracarării efectelor crizelor. Fondul a devenit efectiv împărțit în grupuri de țări creditoare și debitoare, iar componența acestor grupuri s-a schimbat puțin pe perioade lungi de timp. Componența sa este mult mai mare, mai diversă, aproape universală, iar responsabilitățile sale în materie de guvernanta la nivel mondial au crescut corespunzător. Gradul său de implicare în elaborarea politicilor în țările membre, în special în țările împrumutate, a crescut mult. În cazul în care Fondul nu ar fi fost un ajutor viabil pentru țările aderante, instituția ar fi devenit marginalizată și chiar irelevantă.

Evoluția Fondului a fost condusă aproape în întregime de schimbări în cerere - schimbări în condițiile economice și politice mondiale, nu de forțele din interior care încearcă să reinventeze instituția, astfel încât să se agațe de un nou rol odată ce scopul inițial nu mai corespunde situației actuale. Provocarea pentru FMI a fost întotdeauna de a-și menține și a-și îndeplini atribuțiile pentru care a fost creat (una din atribuțiile originare fiind stabilitatea financiară globală), și să-și adapteze activitățile la noile circumstanțe și idei. Aceasta misiune a devenit tot mai dificilă în anii 1970 și 1980, când apariția monedei flotante generalizate, globalizarea financiară, nevoia de gestionare a crizelor multilaterale, precum și cererile financiare din țările cu venituri mici au generat noi funcții și responsabilități ale Fondului.

În anii 1990, când Fondul a trebuit să se ocupe de toate aceste aspecte la care s-a adăugat necesitatea unor reforme structurale rapide în economiile planificate - inclusiv Rusia, cu mare importanță geopolitică - misiunea acestuia a devenit și mai dificilă. Angajamentele luate de FMI (2001, 2002) pentru a raționaliza și reorienta politica sa și să consolideze cooperarea cu Banca Mondială au fost luate în recunoașterea acestui imperativ. Pe cât de mult s-a schimbat lumea, rațiunea de a fi a FMI - de compensare limitată la nivel global a mâinii invizibile, obiectivul stabilit de Keynes și White, de a crea instituții de promovare a cooperării multilaterale, rămâne la fel de vital ca oricând.

1. COLABORAREA ROMÂNIEI CU FONDUL MONETAR INTERNAȚIONAL

1.1. Asistență financiară

O atribuție importantă a Fondului Monetar Internațional este acordarea asistenței financiare, adică acordarea de împrumuturi țărilor care se confruntă cu dificultăți ale balanței de plăți, aceste țări având astfel posibilitatea de a stabili cursul valutar, a continua plata importurilor, și de a relua creșterea economică.

Pentru a răspunde nevoilor variate ale țărilor sale membre, Fondul a creat de-a lungul timpului o serie de tipuri de credite numite facilități. Facilitățile de creditare ale Fondului, scopul și condiționalitățile aferente se găsesc în tabelul numărul 2.

Asistența financiară pentru România s-a concretizat în programe de tipul Acord Stand-By. Începând cu anul 1972, România a apelat la resursele Fondului în 11 ocazii, ca suport financiar pentru programele economice ale guvernului (datele privind acordurile României cu Fondul se găsesc în tabelul numărul 1).

Tipul Acordului	Data Aprobării	Data Expirării sau Rezilierii	Suma Aprobată (milioane SDR)	Suma Trasă (milioane SDR)
Stand-by	10/03/75	10/02/76	95.0	95.0
Stand-by	09/09/77	09/08/78	64.1	64.1
Stand-by	06/15/81	01/14/84	1,102.5	817.5
Stand-by	04/11/91	04/10/92	380.5	318.1
Stand-by	05/29/92	03/28/93	314.0	261.7
Stand-by	05/11/94	04/22/97	320.5	94.3
Stand-by	04/22/97	05/21/98	301.5	120.6
Stand-by	08/05/99	02/28/01	400.0	139.75
Stand-by	10/31/01	10/15/03	300.0	300.0
Stand-by preventiv	07/07/04	07/07/06	250.0	0 (nefinalizat)*
Stand-by	05/04/2009	03/15/2011	11443.0	10569

Tabel nr. 1 – Acordurile României cu Fondul

Facilitatea de credit (anul adoptării)	Scopul	Condiții	Monitorizare și eliminare
TRANȘE DE CREDIT ȘI FACILITĂȚI EXTINSE ALE FONDULUI			
Aranjamente Stand-By (1952)	Asistență pe termen mediu pentru țările cu deficit al balanței de plăți, deficit cu caracter temporar.	Adoptarea unor politici care să ofere siguranța că defici-tul balanței de plăți al re-spectivului membru va fi rezolvat într-o perioadă rezonabilă.	Achiziții trimestriale (plăți) contingente privind respectarea condițiilor de performanță și alte condiții.
Linie Flexibilă de Credit (2009)	Instrument flexibil în tranșe de credit pentru toate balanțele de plăți, plăți potențiale sau actuale.	Fundamente macroeconomice puternice, politică economică cadru și politică de pământ.	Acces aprobat privilegiat la încheierea perioadei de aranjament prin revizuirea intermediară pentru aranjamentele de 1 an.

Facilitatea Extinsă a Fondului (1974) (Aranjamente extinse)	Asistență pe termen mai lung pentru a sprijini reformele structurale ale membrilor cu deficit al balanței de plăți pe termen mai lung.	Adoptarea programului pe trei ani, cu agendă structurală, cu declarație anuală detaliată a politicilor pentru următoarele 12 luni.	Achiziții trimestriale sau bianuale (plăți) condiționate de respectarea criteriilor de performanță și de alte condiții.
FACILITĂȚI SPECIALE			
Asistență de Urgență	Asistență pentru deficitul balanței de plăți cauzat de următoarele:		Nici unul, deși asistența post-conflict poate fi segmentată în două sau mai multe achiziții.
1. Dezastru Naturale (1962)	Dezastru naturale.	Eforturi rezonabile pentru a depăși dificultățile privind balanța de plăți.	
2. Post-Conflict (1995)	Urmările tulburărilor civile, turbulențelor politice sau conflicte armate internaționale.	Concentrare pe capacitățile instituționale și administrati-ve de a deschide calea spre tranșa de credit superior sau Aranjament de Reducere a Sărăciei și de Creștere Economică.	

Facilitatea de credit (anul adoptării)	Scopul	Condiții	Monitorizare și eliminare
FACILITĂȚI PENTRU MEMBRI CU VENITURI REDUSE ÎN VEDEREA REDUCERII SĂRĂCIEI ȘI A CREȘTERII ECONOMICE			
Facilitatea de Credit Extinsă (2010)	Asistență pe termen mai lung pentru difi-cultăți profunde ale balanței de plăți, dificultăți de natură structurală; având drept scop reducerea dura-bilă a sărăciei.	Adoptarea pe 3 ani a Facilității Extinse de Credit (FEC). Programele bazate pe FEC au la bază Programul Strategic de Reducere a Sărăciei pre-gătit de către țara aflată în proces de participare și integrare macroeconomică, structurală și de reducere a sărăciei.	Plăți semianuale (trimestriale sau ocazi-onale) privind re-spectarea criteriilor de performanță și comen-tarii.
Facilitatea de Credit Stand-By (2010)	La fel ca Aranjamentele Stand-By, cu diferența că se adresează finanțării deficitului balanței de plăți pe termen scurt.	Adoptarea pe 12-24 de luni a Facilității de Credit Stand-By. Înlocuiește o compo-nentă cu nivel ridicat de acces a Facilității Șocurilor Exogene și oferă sprijin în cadrul unei largi game de circumstanțe.	
Facilitatea de Credit Rapidă (2010)	Asistență rapidă pentru echilibrarea balanței de plăți, ca urmare a unui șoc exogen sau dezas-tru natural în cazul în care alt tip de facilitare nu este necesară sau	Nu este necesar un program pe bază de reexaminare sau post condiționalitate. Compo-nenta de Acces Rapid e înlocuită de Facilitatea Șocurilor Exogene, și o componenta	De obicei într-o plată unică.

	fezabilă.	subvenționată a Asistenței în Caz de Dezastre Naturale/Asistență Post-Conflict.	
--	-----------	---	--

Tabel nr. 2 – Facilitățile de finanțare ale FMI

1.1.1. Acordul Stand-By încheiat în 2009

Din cauza conjuncturii economice dificile autoritățile române au decis să apeleze la un împrumut de la Fondul Monetar Internațional. Creditul contractat de statul român în anul 2009 este unul de tip stand-by, acest tip de credit acordă asistență pe termen mediu pentru țările cu deficit al balanței de plăți, deficit cu caracter temporar. Acest împrumut este condiționat de adoptarea unor politici care să remedieze deficitul balanței de plăți într-o perioadă rezonabilă. Acordul cu România a fost aprobat pentru o perioadă de 24 de luni, având o valoare de 11,443 miliarde de DST, ceea ce înseamnă 12,95 miliarde de euro sau 17,07 miliarde de dolari americani. Acordul a fost semnat pe data de 4 mai 2009 și reprezintă 1.110,77% din cota de DST a țării (cota României fiind de 1030,2 milioane de DST).

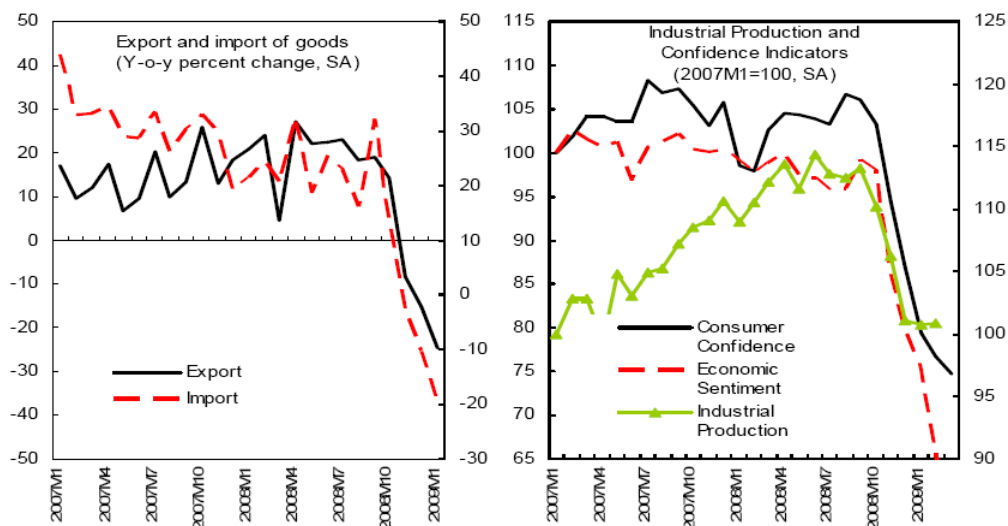
Factorii care au dus la alterarea climatului economic în România și au determinat apelarea la împrumutul de la FMI sunt:

- România a înregistrat un boom economic în perioada 2003-2008, ceea ce a condus la supraîncălzirea și dezechilibrarea economiei. Creșterea medie a PIB a fost de peste 6,5% pe an în perioada de referință, investițiile străine directe și intrările de capital au contribuit la o creștere semnificativă a consumului și investițiilor. Creșterea cererii interne a fost mai rapidă decât creșterea cererii externe, fapt ce a generat deficite de cont curent care au culminat cu deficitul de 14% din PIB atins în 2007.

- Creșterea rapidă a investițiilor străine a determinat expunerea României la dificultățile financiare mondiale și la volatilitatea ratei de schimb. Împrumuturile externe ale sistemului bancar au determinat o creștere rapidă a creditului intern, care a ajuns la o medie de 50% în ultimii patru ani. Mai mult de jumătate din împrumuturile private interne sunt în valută, mare parte dintre acestea aparținând populației și companiilor expuse riscului, ceea ce a dus la o expunere a băncilor la risc valutar.

- Politicile lejere în domeniul fiscal au dus de asemenea la supraîncălzirea economiei. Creșterea excesivă a cheltuielilor cu salariile și pensiile a alimentat creșterea cererii interne.

- Activitatea economică a înregistrat o scădere la sfârșitul lui 2008 - începutul lui 2009, în timp ce inflația s-a menținut ridicată. Creșterea reală a PIB a încetinit de la o medie de 9% în primele trimestre ale anului 2008, la un declin de 13% în ultimul trimestru. Exporturile și importurile au scăzut de asemenea, conform graficului 1.



Grafic nr. 1 – A. Exporturile și importurile; B. Producția industrială și indicatorii de încredere

• Piețele financiare și piețele activelor au fost afectate de efectele crizei globale și de recesiunea economică. Presiunile asupra balanței de plăți au determinat o depreciere de 15% a leului față de euro în luna aprilie 2009, față de luna octombrie 2008, acest lucru generând presiuni asupra populației, bilanțurilor companiilor și băncilor.

• Sistemele bancare au acumulat presiuni. Accesul la sursele externe de finanțare a devenit limitat și lichiditatea de pe piața interbancară s-a epuizat în mare parte, activitatea fiind limitată la scadențe pe termen scurt. Deși băncile au intrat în această criză bine capitalizate, creditele neperformante s-au acumulat, mai ales cele acordate în valută, și recesiunea a accentuat deteriorarea calității activelor. Prin urmare, împrumuturile acordate sectorului privat s-au diminuat în al patrulea trimestru al anului 2008, reflectând o combinație de factori aferenți cererii și ofertei.

Obiective generale ale programului de redresare economică susținut prin ASB³

Programul de redresare economică este menit să amortizeze efectele scăderii severe a intrărilor de capital, rezolvarea dezechilibrelor externe și fiscale, cât și consolidarea sectorului financiar. Obiectivele programului includ:

- reducerea dezechilibrului fiscal pentru a aduce deficitul înapoi la valori sub 3% din PIB până în 2011;
- menținerea unei capitalizări adecvate a băncilor și a lichidității pe piețele financiare interne;
- aducerea și menținerea inflației în interiorul intervalului țintit de BNR;
- asigurarea unei finanțări externe suficiente și îmbunătățirea gradului de încredere.

Cei doi piloni ai programului sunt:

• **Program economic solid:** Cheia pentru redobândirea încrederii este o inversare a majorării semnificative a cheltuielilor publice ce au avut loc recent, majorare ce a condus la acumularea unui deficit mare chiar și în perioada de creștere economică puternică. Reducerile bugetare pe termen scurt vor fi combinate cu reforme de politică fiscală, pentru a plasa finanțele publice într-o poziție mai sustenabilă pe termen mediu. Măsurile din sectorul bancar vor avea o contribuție în a oferi asigurări că băncile sunt suficient de puternice pentru a face față recesiunii economice și vor permite

³ Acord Stand-By

autorităților să soluționeze într-o manieră eficientă dificultățile ce ar putea să apară. Flexibilitatea continuă a ratei de schimb va amortiza și pe mai departe efectele reale ale recesiunii.

• **Asistența financiară externă mare** este esențială pentru minimizarea riscului de retragere de pe piața datoriei și piața valutară din România, dat fiind stocul mare al datoriei externe. Având în vedere că deținătorii datoriei României sunt un grup vast și diversificat, intervenția oficială sub forma unui tampon financiar extern ar contribui la conservarea încrederii investitorilor privați. Asistența financiară va contribui și la evitarea destabilizării excesive a ratei nominale de schimb, cu toate dificultățile pe care le-ar genera aceasta pentru sistemul bancar. În același timp, creditorii mari din sectorul privat - în mod special băncile-mamă străine ale băncilor principale – au fost incurajați să își mențină expunerea față de România și au răspuns în mod favorabil acestei solicitări.

Condiționalitate⁴

Criterii cantitative de performanță:

- un prag pentru variația activelor externe nete;
- un plafon al arieratelor interne a bugetului general consolidat;
- un plafon pentru soldul cash al bugetului general consolidat;
- un plafon al garanțiilor bugetului general consolidat;
- neacumularea de arierate la datoria externă.

Ținta cantitativă indicativă:

- cheltuielile primare ale bugetului general consolidat (exclusiv fonduri UE).

Precondiții:

• aprobarea prin ordonanță de urgență a măsurilor fiscale de 1,1% din PIB. Precondiție pentru discutarea solicitării de ASB în Comitetul Director;

• efectuarea testelor de stres la băncile cu active > 1% din activele sistemului bancar și la anumite bănci mai mici pentru a evalua nevoia de capital suplimentar. Precondiție pentru discutarea solicitării de ASB în Comitetul Director.

Criterii structurale de referință:

- ratificarea de către Parlament a măsurilor fiscale echivalente cu 1,1% din PIB;
- aprobarea amendamentelor la legea bancară pentru a spori puterea BNR de a le impune acționarilor băncii o majorare a capitalului subscris de ei și limitarea distribuirii de profituri, până la 30 iunie 2009.
- aprobarea amendamentelor la legislația privind garantarea depozitelor, pentru a extinde motivele de activare a garantării depozitelor, pentru a urgenta plățile și a asigura accesul la încasările din privatizare, până la 31 august 2009.
- aprobarea legislației revizuite privind salarizarea în sectorul public, până la 31 octombrie 2009.
- prezentarea în Parlament a legislației responsabilității fiscale și a planului de implementare a acesteia, până la 30 noiembrie 2009.
- aprobarea amendamentelor la legislația bancară și la legislația de lichidare pentru a consolida cadrul de închidere a băncilor, în consultare cu FMI, până la 30 noiembrie 2009.
- aprobarea legislației revizuite a pensiilor, până la 31 decembrie 2009.

⁴ conform Solicitării de ASB din 24 aprilie 2009

Data	Suma		Condiții
	în milioane de DST	în procente din cotă	
6 mai 2009	4.370	424,22	Aprobarea aranjamentului
15 sep. 2009	1.718	166,76	Prima verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (iun. 2009)
15 dec. 2009	1.409	136,77	A doua verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (sep. 2009)
15 mar. 2010	766	74,4	A treia verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (dec. 2009)
15 iun. 2010	768	74,54	A patra verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (mar. 2010)
15 sep. 2010	769	74,62	A cincea verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (iun. 2010)
15 dec. 2010	769	74,63	A șasea verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (sep. 2010)
15 mar. 2011	874	84,82	A șaptea verificare a îndeplinirii criteriilor de performanță (dec. 2010)
Total	11.443	1110,77	

Tabel nr. 3 – Tranșele Acordului Stand-By⁵

Rezumatul Raportului FMI din 16 iunie 2010

• Perspectiva de creștere economică rămâne nesigură. Situația economică s-a înrăutățit de la evaluarea din ianuarie iar echipa a revizuit prognoza de creștere a PIB în 2010 de la +0.8% la -0.5%. Totuși, indicatorii de frecvență mare sugerează faptul că recesiunea se îndreaptă spre sfârșit, așteptările vizând o creștere care să devină pozitivă în intervalul din an care a rămas.

• Performanța fiscală nesatisfăcătoare în primul trimestru al anului 2010 a necesitat adoptarea unor măsuri suplimentare de ajustare. Ținta de deficit fiscal nu s-a realizat pentru o marjă mică, la fel și plafonul arieratelor interne. Fără o ajustare suplimentară, echipa a estimat un deficit majorat la 9,1% din PIB până la finele anului, față de ținta de 5,9%. Pentru a ține cont de deteriorarea ciclului a economiei, echipa FMI și autoritățile au convenit revizuirea ținte de deficit în cadrul ASB la 6,8 % din PIB iar autoritățile au ales un pachet de măsuri care include reducerea cheltuielilor cu aproximativ 2% din PIB pentru realizarea noii ținte de deficit.

• Sectorul bancar se confruntă în prezent cu o deteriorare a calității activelor și o majorare a costurilor de provizionare ducând la scăderea profiturilor. Autoritățile monitorizează atent lichiditatea și solvabilitatea în cadrul sistemului și au cerut băncilor, ca o măsură proactivă, să adauge la capital profitul anului 2009. Sistemul își păstrează lichiditatea și capitalizarea adecvată iar băncile străine, la nivel de grup, și-au menținut în linii mari expunerea față de România.

• A fost reluat progresul reformelor fiscale. Legea responsabilității fiscale a fost aprobată. Guvernul pregătește amendamentele la Legea finanțelor publice locale pentru îmbunătățirea controlului financiar asupra guvernelor locale, precum și alte reforme al căror scop este combaterea evaziunii fiscale. Legislația care vizează reforma sistemului de pensii a fost aprobată de guvern și înaintată Parlamentului spre dezbatere și aprobare în regim de urgență. Cu toate acestea, este

⁵ conform Solicitării de ASB din 24 aprilie 2009

necesară o consolidare fiscală suplimentară în anii care urmează pentru a putea inversa în mod durabil dezechilibrele care au permis vulnerabilitatea României în fața crizei.

• Insistența pe reformele structurale reprezintă cheia creșterii și convergenței reale și durabile. Creșterea viitoare depinde nu doar de restabilirea stabilității macroeconomice, dar și de îmbunătățirea investiției de capital și creșterea productivității muncii. În privința investițiilor, trebuie luate măsuri pentru îmbunătățirea climatului de afaceri, a infrastructurii și absorbția fondurilor UE, precum și întărirea competiției. O productivitate a muncii sporită trebuie promovată prin măsuri de reformare a pieței muncii care să vizeze rigiditățile semnificative și rata redusă de participare, precum și prin reforme ale educației.

Condiționalitate⁶

Criterii cantitative de performanță:

- un plafon pentru variația activelor externe nete;
- un plafon al arieratelor interne ale bugetului general consolidat;
- un plafon pentru soldul cash al bugetului general consolidat;
- un plafon al garanțiilor bugetului general consolidat;
- neacumularea de arierate la datoria externă.

Ținta cantitativă orientativă:

- Cheltuielile curente primare ale bugetului general consolidat;
- Soldul operațional al celor zece întreprinderi de stat cu cele mai mari pierderi.

Criterii structurale de referință:

- Aprobarea legii responsabilității fiscale, până la 31 martie 2010.
- Aprobarea amendamentelor la legislația bancară și de lichidare a băncilor, până la 31 martie 2010.
- Aprobarea reformelor administrației fiscal, până la 30 aprilie 2010.
- Modificări legislative privind îmbunătățirea monitorizării și controlului întreprinderilor de stat, până la 30 iunie 2010.
- Aprobarea reformelor în domeniul finanțelor autorităților publice locale, până la 30 iunie 2010, cu propunere de amânare până la 30 septembrie 2010.
- Aprobarea legislației revizuite a pensiilor, până la 30 iunie 2010.
- Aprobarea legislației de implementare a legii privind salarizarea în sectorul public, până la 30 septembrie 2010.
- Măsuri de reformare a regimului de finanțare a Fondului de Garantare a Depozitelor, propunere până la 30 septembrie 2010.
- Reforma metodologiei administrației fiscale cu privire la persoanele fizice cu venituri mari, propunere de îndeplinire până la 30 septembrie 2010.
- Integrarea sistemului contabil de raportare cu sistemul de plăți prin Trezorerie, propunere de îndeplinire până la 31 martie 2011.

Rezumatul Raportului FMI din 22 decembrie 2010

• Economia se stabilizează și există condițiile de reluare a creșterii economice. PIB-ul a scăzut în trimestrul 3, dar indicatorii sugerează o reluare a creșterii la finele lui 2010 sau începutul lui 2011. Este de așteptat ca creșterea să se situeze la 1-1,5% în 2011, după -2% în 2010. Inflația este proiectată să atingă un maxim situat ușor peste 8% la finele acestui an datorită majorării TVA, înainte de a reveni la intervalul țintit de banca centrală de 3 procente ± 1 puncte procentuale până la finele lui 2011.

⁶ conform raportului FMI din 16 iunie 2010

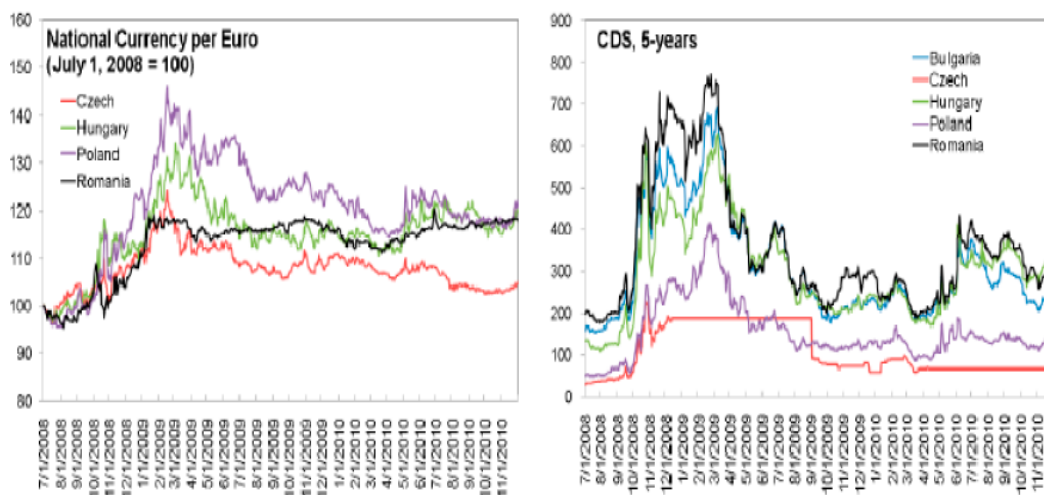
• Eforturile de ajustare fiscală au început să își arate roadele, dar se confruntă cu dificultăți de implementare. Combinate cu politici prudente de cheltuieli, măsurile fiscale deja aprobate ar trebui să fie suficiente pentru a se realiza reducerea de deficit convenită (la 4,4% din PIB) în 2011. Implementarea s-ar putea dovedi însă dificilă, având în vedere faptul că presiunile politice și judiciare de eliminare a elementelor de ajustare se acumulează și că probleme persistente de controlare a cheltuielilor din domeniul sănătății ar putea periclita obiectivele fiscale ale anului 2011.

• Agenda de reforme structurale avansează în pofida unor curenți politici de opoziție semnificativi. Autoritățile se așteaptă ca a doua rundă a legii salarizării unitare să fie aprobată până la mijlocul lunii decembrie, în timp ce promulgarea reformei pensiilor ar trebui să se producă până la finele anului (acțiuni prealabile). Autoritățile au înregistrat progrese pe frontul reformelor pieței muncii și ale sistemului de asistență socială, ce vor permite o mai bună țintire a acestuia și va contribui la atenuarea impactului pachetului de austeritate. Reformele în sectorul întreprinderilor de stat trenează, și în viitor vor fi necesare acțiuni suplimentare menite să împiedice deteriorarea poziției financiare a acestora. Îmbunătățirea capacității de absorbție a fondurilor structurale de la Uniunea Europeană, ce este în urma altor țări UE, este critică pentru asigurarea investițiilor necesare în condițiile unor restricții bugetare severe.

• Sistemul bancar a fost afectat de recesiune, dar continuă să fie bine capitalizat și lichid. Împrumuturile neperformante (ÎNP) vor continua probabil să crească până la mijlocul anului 2011, datorită activității economice slabe. Capitalul agregat tampon continuă să fie mare însă, datorită menținerii unei rate de acoperire a capitalului de peste 11% la toate băncile, și politicii proactive a băncii naționale în ceea ce privește asigurarea unor rezerve de capital adecvate. Cu toate acestea, trebuie luate măsuri pentru a se garanta că recenta ordonanță privind sectorul bancar (Ordonanța 50) nu generează pierderi suplimentare semnificative în sistem.

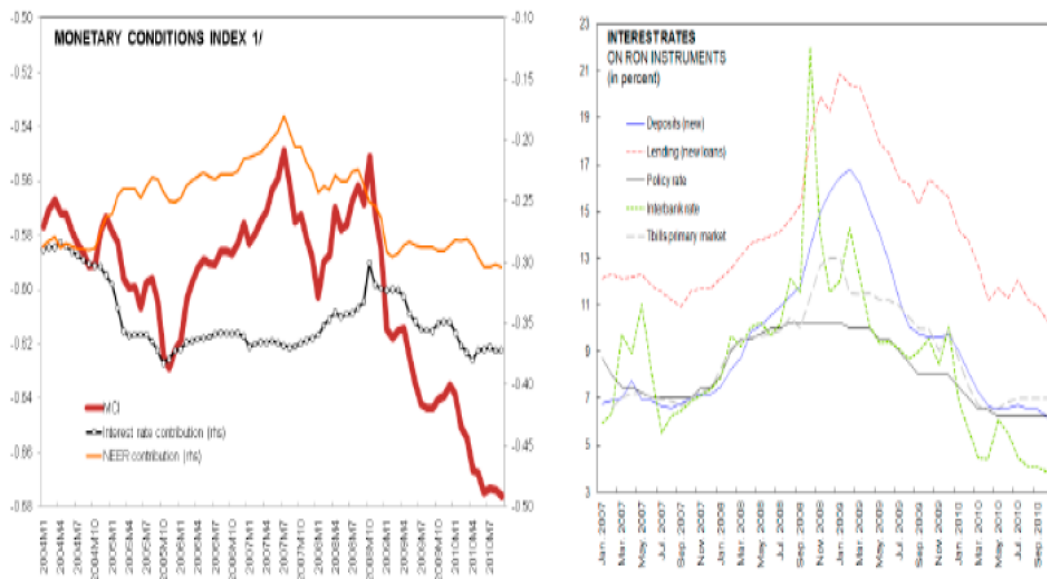
Evoluții economice recente

Presiunile financiare au scăzut în ultimele luni. Marja CDS (Credit Default Swap) pentru datoria statului a scăzut cu aproximativ 100 de puncte de bază din septembrie până în decembrie 2010, acesta situându-se sub nivelul mai multor altor state din UE. Piețele de capital românești și-au revenit oarecum de la căderea pe care au înregistrat-o în iunie 2010. Leul a slăbit ușor începând din septembrie, cu o volatilitate relativ mică datorită parțial intervențiilor ocazionale ale băncii centrale în direcția calmării fluctuațiilor monetare (grafic nr. 2).



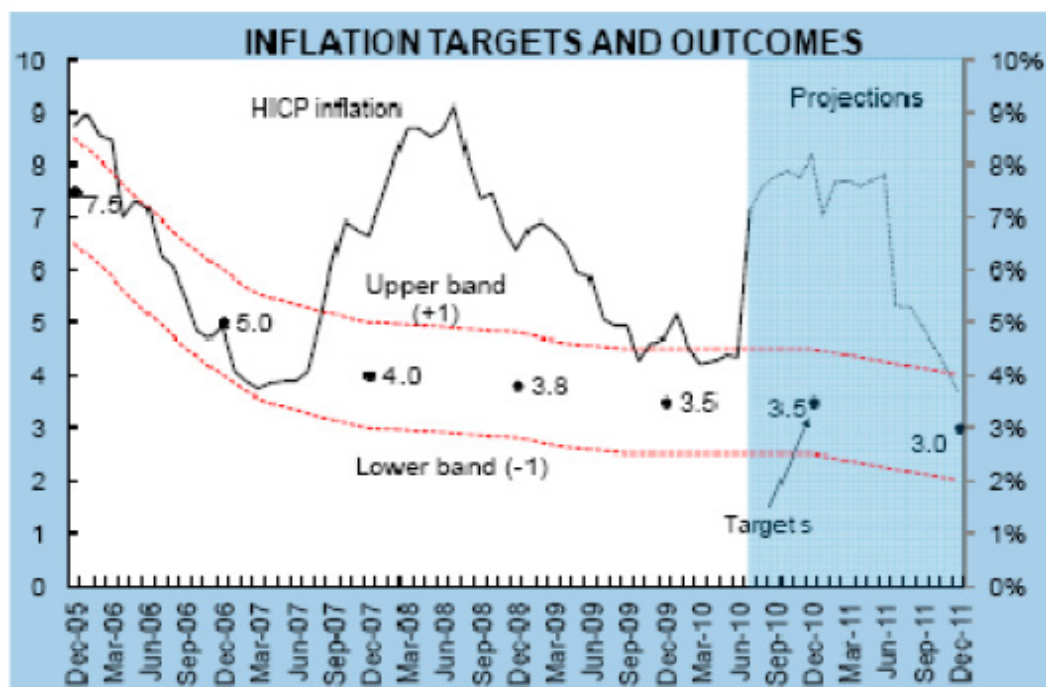
Grafic nr. 2 – A: Evoluția leului raportat la euro; B: Evoluția CDS pe o perioadă de 5 ani

Condițiile monetare s-au relaxat, susținând o scădere a ratelor de dobândă la nivelul întregii economii. Condițiile monetare s-au temperat, reflectând reducerile continue ale ratelor de dobândă la depozite și la credite. Ratele nu au scăzut cu mult deoarece băncile au majorat ratele de împrumut pentru a-și acoperi provizoanele majorate datorită împrumuturilor neperformante. Deprecierea cursului de schimb nominal a contribuit de asemenea la relaxarea condițiilor monetare (grafic nr. 3).



Grafic nr. 3 – A: Evoluția condițiilor monetare; B: Evoluția ratei dobânzii

Inflația a crescut ca urmare a creșterii cotei de TVA la 24% și a preturilor mari la alimente. IPC (Indicele Prețurilor de Consum) a crescut de la 4,4% în luna mai la 7,9% în luna octombrie (grafic nr.4)



Grafic nr. 4 – Evoluția inflației și țintele de inflație

Deficitul de cont curent extern a scăzut de la 13,5% din PIB în 2007 la 5% din PIB până în decembrie 2010, în principal datorită contractării deficitului comercial. Exporturile cresc odată cu redresarea partenerilor comerciali majori în timp ce cererea internă scăzută limitează creșterea importurilor. Investițiile străine directe continuă să fie scăzute, finanțând mai puțin de jumătate din deficitul de cont curent, în timp ce finanțarea oficială a rămas sursa majoră a intrărilor de capital. Se prognozează că deficitul de cont curent va ajunge la 6% din PIB în 2012, puțin peste norma estimată pe termen lung.

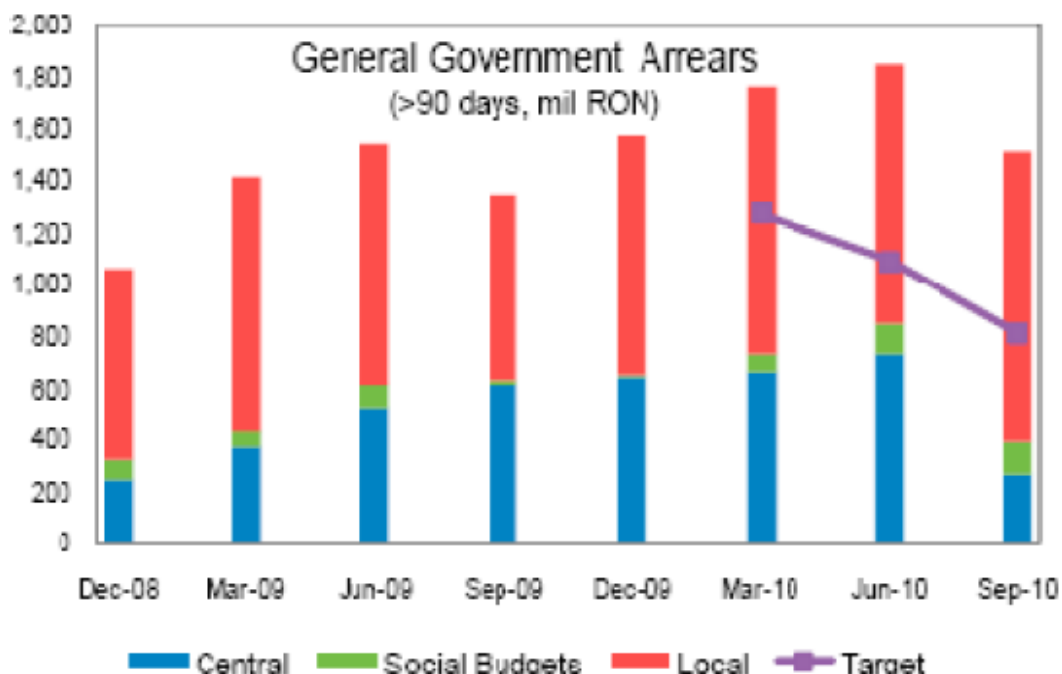
Romania: Macroeconomic Outlook

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Real GDP growth	6.3	7.3	-7.1	-1.9	1.5	4.4
CPI inflation, average	4.8	7.8	5.6	6.1	6.1	3.4
CPI inflation, eop	6.6	6.3	4.8	8.2	3.7	3.0
Current account balance (% of GDP)	-13.4	-11.6	-4.2	-5.5	-5.6	-5.9
o/w: private	-10.3	-6.8	3.0	1.3	-1.2	-2.5
Trade Balance (% of GDP)	-14.3	-13.7	-5.9	-5.4	-6.0	-5.8
Gross international reserves (bn euros)	28.7	28.3	30.9	33.9	38.7	41.4

Tabel nr. 4 – Evoluția indicatorilor macroeconomici

Arieratele (datoriile statului), înregistrează o tendință lent descrescătoare. Guvernul a plătit în septembrie 2010, 1,9 miliarde de RON pentru reducerea arieratelor și achitarea datoriilor sectorului de sănătate, acest lucru reducând considerabil arieratele bugetului de stat. În schimb arieratele bugetelor locale au crescut și ținta privind arieratele a fost ratată (grafic nr. 5). Ca măsuri guvernul va

aloca fondurile necesare pentru menținerea nivelului arieratelor bugetului de stat și a bugetului asigurărilor sociale aproape de 0, mai puțin de 0,5% din PIB, până încep reformele structurale, mai ales cele din sănătate. În conformitate cu o nouă directivă a UE, guvernul va începe să reducă în timp perioadele de achitare a facturilor după depunerea lor la cel mult 30 de zile în cursul lui 2011 și 2012.



Grafic nr. 5 – Evoluția arieratelor

Condiționalitate⁷

Criterii cantitative de performanță:

- un plafon pentru variația activelor externe nete;
- un plafon al arieratelor interne ale bugetului general consolidat;
- un plafon pentru soldul cash al bugetului general consolidat;
- un plafon al garanțiilor bugetului general consolidat;
- neacumularea de arierate la datoria externă.

Acțiuni prealabile:

- Aprobarea de către Parlament a bugetului pe 2011, inclusiv ratificarea cotei de TVA de 24%;
- Aprobarea de către Parlament a legii cadru și a legii de implementare a sistemului unitar de salarizare;
- Aprobarea de către Parlament a legii de reformă a sistemului de pensii;
- Amendarea ordonanței privind contractele de credit (Ordonanța 50/2010).

Criterii structurale de referință (în curs de realizare și propuse):

⁷ conform Raportului FMI din 22 decembrie 2010

- Ratificarea de către Parlament a măsurilor de ajustare fiscală, 30 septembrie 2010 (ratificarea majorării TVA restabilită ca acțiune prealabilă conjugată aprobării bugetului);
- Adoptarea legii cadru și a legii de implementare a sistemului salarizării unitare, 31 octombrie 2010 (restabilită ca acțiune prealabilă);
- Reforma metodologiei de administrare fiscală a persoanelor fizice cu averi mari, 31 decembrie 2010 (reprogramată de la 30 noiembrie 2010);
- Aprobarea de către Parlament a bugetului pe 2011, 15 decembrie 2010 (restabilită ca acțiune prealabilă);
- Finalizarea primei faze a procesului de integrare a sistemului de contabilitate și sistemului de plăți al Trezoreriei, 15 martie 2011 (modificată și reprogramată de la 30 martie 2011);
- Reforma regimului de finanțare și administrare a FGD (Fondului de Garantare a depozitelor) 31 decembrie 2010 (reprogramată de la 30 septembrie 2010);
- Amendarea legii în sensul de a permite utilizarea resurselor FGD pentru facilitarea restructurării băncilor 15 martie 2011 (propos).

2. Concluzii și propuneri

Colaborarea României cu FMI a avut un rol important în implementarea unor programe de reformă economică menite să asigure liberalizarea economiei, reducerea inflației, scăderea șomajului prin creșterea investițiilor, creșterea producției, atragerea investițiilor străine prin liberalizarea pieței de capital și a fluxurilor monetare, restructurarea întreprinderilor nerentabile, finanțarea deficitului bugetar, reducerea arieratelor, reorganizarea sistemului fiscal, reorganizarea societăților de stat cu datorii mari s.a.m.d.

FMI a jucat un rol activ în procesul de tranziție din România, condiționând acordarea de împrumuturi financiare de efectuarea unor reforme radicale în economia românească. Asistența financiară a Fondului a fost însoțită și de asistență tehnică și supraveghere a politicilor de reformă stabilite de comun acord cu statul român. FMI poate fi considerat responsabil de realizarea tranziției în România și în celelalte țări foste comuniste în măsura în care acestea au implementat programele de reformă în legătură directă cu respectarea condițiilor impuse de această instituție și cu dezideratele proprii fiecărei țări privind reforma economică.

Creditul contractat prin ASB⁸ de la FMI în 2009, este cel mai mare ca valoare împrumutată din momentul aderării României la FMI și până în prezent. Acest credit a fost contractat pentru finanțarea deficitului balanței de plăți, ca urmare a unei conjuncturi economice nefaste care s-a manifestat în perioada 2007-2008. Această conjunctură nefavorabilă s-a înregistrat ca urmare a unei creșteri economice nesănătoase, a retragerii investițiilor străine directe ca urmare a afectării investitorilor străini de către criza economică, a politicilor fiscale lejere s.a.m.d. Pe viitor ar trebui să se aloce o mai mare atenție creșterii economice, adică aceasta să fie una sustenabilă, bazată pe cererea externă și nu pe cea internă, cât și o mai atentă analiză a gradului de investiții directe și gradul de afectare al investitorilor de diverse fenomene economico-financiare internaționale.

Un alt aspect important este valoarea mare a arieratelor, atât arieratele bugetului de stat cât și cele ale bugetelor locale. Se simte nevoia acută a legiferării perioadei de timp în care autoritățile să își plătească datoriile.

Un aspect pozitiv este creșterea responsabilității BNR și dreptul acesteia de a lua decizii în ceea ce privește majorarea capitalului subscris al băncilor și limitarea distribuirii de profituri. Cât și extinderea Fondului de Garantare a Depozitelor (FGD) de la suma de 50.000 de euro la 100.000 de euro, sau echivalent în lei.

⁸ Acord Stand-By

Pe baza finanțării, a asistenței tehnice și a supravegherii, România trebuie să găsească cea mai scurtă cale pentru relansarea creșterii economice, eliminarea deficitului balanței de plăți, realizarea de investiții și scăderea ratei șomajului. Pe viitor, statul trebuie să asigure o bună colaborare cu instituțiile financiare internaționale precum Fondul Monetar Internațional, Banca Europeană de Investiții, Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare, s.a.

Referințe bibliografice

- Economie mondială – Rodica Milena Zaharia, Editura ASE, 2006;
- Instituții financiare internaționale – Age F.P. Bakker, Editura Antet, 1997;
- Fondul Monetar Internațional – Elena Dragoescu, Editura Dimitrie Cantemir, 2000;
- FMI-ul – Patrick Lenain, Editura Coresi, 2000;
- Raportul anual al FMI 2010;
- [www.bnro.ro/Fondul-Monetar-Internațional-\(FMI\)--1447.aspx](http://www.bnro.ro/Fondul-Monetar-Internațional-(FMI)--1447.aspx);
- www.old.mae.ro;
- www.imf.org;
- www.fmi.ro;

STUDIU COMPARATIV AL SERVICIILOR DE INTERNET BANKING ÎN ROMANIA ȘI EUROPA

Florin Gabriel ICHIM¹

Abstract

This study aims to analyze the evolution of banking services through alternative channels especially the development of internet banking services and its effects on users and bidders of this service.

Banking services through alternative channels have had many forms over time: online banking – using a keyboard, a monitor and a telephone line to dial a remote bank; electronic banking – use of funds through ATM (Automated Teller Machine) or via POS (Point Of Sale); mobile banking – using mobile phones to conduct banking operations; internet banking – using the internet to conduct banking operations. Internet banking is a service available to customers, individuals, by banks, bank service which facilitates transactions by making them through the internet. To use this service need: a computer, internet connection, a user name, an electronic device called Token/Digipass (code generator) and bank account. This service is available 24 hours a day, 7 day a week. Internet banking has generally lower operating and transactional costs than usual banking services. In recent years, internet banking services have experienced rapid growth, difficult economic period in recent years had a driving force for these services pushing banks closer to their promotion, because it provides lower operating costs. In the near future is expected an increase of the use of internet banking services among individuals and corporate.

Cuvinte cheie: *internet banking, online banking, token, e-banking, bancă virtuală.*

1. INTRODUCERE

Pe fundalul trecerii de la era informației la cea a comunicației schimbările profunde ce au revoluționat această lume se înscriu firesc în mișcarea vastă ce afectează toate sectoarele de activitate. Relațiile directe, clasice dintre client și bancă, sunt structural schimbate atât la nivelul conținutului cât și al formei concrete de realizare. Accesul la informații sau diverse servicii bancare prin telefon, internet, telebanking vor schimba natura raporturilor dintre bancă și clienții săi, iar dezvoltarea rețelelor de comunicații vor elimina treptat ghișeul clasic.

În fapt, asistăm la înlocuirea băncilor cu ghișee numeroase, cu o armată de funcționari și multe dosare și hârtii cu băncile în întregime informatizate, accesibile pe rețea 24 de ore din 24, din orice colț al lumii, capabile să furnizeze orice serviciu specializat în secunda următoare.

Dacă la prima vedere imaginea pare ușor exagerată, dinamica schimbării în unele sectoare bancare, semnele deja vizibile ale noului din activitatea marilor bănci, concurența exercitată de filialele unor bănci-lideri mondiali justifică preocuparea firească a profesionistului din domeniu de a ști cum va fi și de a pregăti munca sa din viitorul ce tinde să devină prezent într-un ritm accelerat.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât parcursul spre "banca viitorului" nu e același în toate țările lumii, particularitățile evoluției sistemului bancar din fiecare țară fiind, în mod firesc, ancorate în dinamica și specificitatea din sistemul economic național; comună e însă în toate cazurile profunzimea și amploarea schimbării. Spre exemplu, dezvoltarea tentaculară a telecomunicațiilor a schimbat profund sistemul de lucru și în băncile elvețiene, în care discreția în domeniul folosirii banilor este proverbială. Astfel, asistăm la o înmulțire și diversificare rapidă a serviciilor oferite clienței de băncile elvețiene prin telefon, videotext sau chiar acces de la ecranul personal, cuplat la un modem. Această reacție adaptivă e răspunsul la tendința europeană în materie de servicii oferite clienței: o legătură personalizată, confidențială și eficientă.

¹ Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu", București. Studiul a fost elaborat sub coordonarea Prof. Univ. Dr. Alexandru Olteanu

Varietatea serviciilor oferite zi și noapte e bogată: obținerea de informații privind contul personal la vedere, deschiderea unui cont ipotecar, lansarea unui ordin de virament, efectuarea de plasamente, negocierea în direct a unui credit. Sisteme care au precedat internet bankingul:

- Sistemul Minitel era destinat utilizării de către persoane fizice și societăți comerciale care efectuau zilnic un număr mai redus de operațiuni bancare. Aparatul Minitel, închiriat de poștă la fel ca un telefon obișnuit prevăzut cu un monitor și o tastatură, era legat de ordinatorul băncii prin rețeaua telefonică normală. Această legătură permitea clienților să dialogheze direct și imediat cu ordinatorul băncii pentru a primi informații sau pentru a transmite ordine. A fost lansat în Franța în 1982 de către Poste, Téléphone et Télécommunications.

- Sistemul Transpac era destinat clienților care efectuează un volum zilnic mai mare de operațiuni și cărora sistemul Minitel nu le oferea satisfacție datorită lentoarei și absenței memoriei de stocare a informațiilor. Sistemul Transpac utiliza microordinatorul clientului legat de bancă prin rețeaua Transpac și avea ca avantaje viteza sporită și posibilitatea utilizării programelor informatice (de exemplu cel de gestiune a casieriei).

Reușita și încrederea în aceste sisteme sunt asigurate prin sisteme sofisticate de parole de acces codificate care să nu permită furtul sau indiscreția în materie de date, informații și operațiuni bancare.

Dacă "banca virtuală" a devenit realitate în SUA, unde ghișeele aproape că au dispărut, un studiu realizat de o firmă britanică de consultanță privind managementul strategic în 80 de bănci europene, precizează că din acestea 65% ofereau deja la sfârșitul anului 1996 servicii bancare prin telefon. Segmentul de clientelă vizat e reprezentat de tineri dinamici care apreciază mult posibilitatea de a obține sau efectua viramente și plăți fără să se mai deplaseze la bancă.

Toate aceste schimbări ar fi imposibile fără o schimbare profundă în informatica bancară.

Vechile sisteme greoaie și centralizate sunt tot mai mult înlocuite cu lucrul în rețea flexibilă și multipolară ce acordă mai multă autonomie utilizatorilor.

1.1. Istoric

Precursorii pentru serviciile moderne de internet banking au fost serviciile bancare la distanță în mediile electronice de la începutul anilor 1980. Precursorul internet banking-ului se numea home banking sau online banking. Termenul online banking a devenit popular la sfârșitul anilor 1980 și s-a referit la utilizarea unui terminal, tastatură și TV (sau monitor) pentru a accesa sistemul bancar folosind o linie telefonică. Serviciile online au început în New York în 1981, când patru bănci principale ale orașului: Citibank, Chase Manhattan, Chemical și Manufacturers Hanover au oferit servicii de home banking utilizând un sistem numit Videotex. Acest serviciu nu a fost unul de success, cu excepția Franței unde acest serviciu (denumit Minitel) a fost subvenționat de către furnizorul de telecomunicații și în Marea Britanie (Prestel), unde serviciul a fost folosit.

În Marea Britanie serviciul de online banking a fost introdus pentru prima dată de Bank of Scotland pentru clienții din Nottingham Building Society (BNS), în 1983. Sistemul folosit era bazat pe sistemul Prestel și folosea un computer, cum ar fi BBC Micro (BBC Microcomputers Sistem, o serie de microcalculatoare și periferice asociate construite de Acorn Computers pentru BBC Computer Literacy Project), sau tastatură conectate la sistemul de telefon și televizor. Sistemul (cunoscut sub numele de homelink) a permis vizualizarea online a declarațiilor, efectuarea de transferuri bancare și plata facturilor. Pentru a efectua transferuri bancare și plata facturilor, trebuia trimisă o instrucțiune scrisă oferind detalii ale destinatarului la BNS, care stabilea detaliile operațiunii pe sistemul Homelink. Majoritatea beneficiarilor erau companiile de gaze, electricitate și telefon și cu conturi la alte bănci. Detalii privind plățile care urmau să fie efectuate erau introduse în sistemul BNS de titularul de cont prin Prestel. O verificare era trimisă apoi de către BNS la beneficiar și un sfat oferind detalii de plată era trimis titularului de cont.

Mai târziu a fost folosit BACS (Bankers' Automated Clearing Services), care era un sistem de procesare electronică a tranzacțiilor financiare. Tranzacțiile prin BACS durau trei zile: datele erau introduse în sistem în prima zi, prelucrate în a doua zi și aprobate a treia zi.

Stanford Federal Credit Union a fost prima instituție financiară care a oferit servicii online de internet banking tuturor membrilor săi în octombrie 1994. Luând exemplul Stanford Federal Credit Union tot mai multe bănci au început să ofere servicii de internet banking, atât persoanelor juridice cât și persoanelor fizice.

2. INTERNET BANKING-UL ÎN ROMÂNIA

2.1. Internet banking – distribuția produselor și serviciilor bancare pe un canal de distribuție ieftin

Implementarea unor canale de distribuție extrem de ieftine a reprezentat mereu un obiectiv prioritar pentru băncile de retail. Concomitent cu revoluția tehnologică, au apărut numeroase dezvoltări ale sistemelor IT capabile să asigure accesarea serviciilor bancare de la distanță.

Unul dintre mediile cel mai des utilizate de transmitere a informațiilor între client și bancă îl reprezintă Internetul, care în fiecare an prezintă o tot mai mare popularitate. Astfel, această oportunitate nu poate fi pierdută de bănci, aflate permanent în căutarea eficientizării operaționale și a creșterii volumului vânzărilor de produse, concomitent cu sporirea clienților.

Pentru asigurarea unui serviciu performant de tip Internet Banking sau Home Banking, băncile au fost obligate să investească masiv în sistemele IT. Problemele de securitate, de acces neautorizat asupra bazei de date a băncii, erorile procedurale, neîncrederea clienților, toate acestea pot constitui aspecte critice ale dezvoltării internet banking-ului în general, dar care, fără investiții majore în sistemele IT de ultimă generație și campanii de promovare, nu poate da rezultate optime. Chiar dacă investițiile sunt masive, succesul anumitor instituții financiar-bancare i-a determinat pe mulți să speră ca vor obține un randament suficient de consistent, care să asigure o rentabilitate ridicată pe un termen mediu și lung.

În prezent, se pune o mare problemă în rândul băncilor de retail. După ce au fost realizate investiții de ordinul miliardelor de euro în sistemele IT capabile să asigure un nivel extrem de performant al internet banking-ului, nu este extrem de sigur că volumul clienților va atinge masa critică destul de repede. În special în activitățile de retail, numărul persoanelor care utilizează internet banking-ul și volumul operațiunilor derulate ar putea fi insuficiente pentru acoperirea investițiilor într-un orizont de timp nu foarte îndelungat.

Pe lângă acestea, în domeniul bancar, nu doar acoperirea investițiilor este esențială, ci atingerea unor venituri operaționale consistente pe termen mediu și lung.

Chiar dacă se vor menține o serie de costuri operaționale, inclusiv cele pentru îmbunătățirea permanentă a sistemelor și mentenanță, comparativ cu cele înregistrate de rețeaua de unități, internet banking-ul reprezintă un canal cu avantaj competitiv din punct de vedere al costului. Totul este însă dependent și de volumul operațiunilor derulate prin intermediul acestuia.

Introdus pe piața românească de marile bănci internaționale, ”funcționarul electronic” a ajuns să facă parte din ofertele majorității băncilor autohtone.

La început a fost electronic-banking-ul, a urmat Internet banking-ul, iar apoi în România a fost introdus și serviciul de mobile-banking. Toate cele trei servicii oferă clientului băncii, în principiu, cam aceleași facilități. Diferențele dintre ele constau în libertatea de mișcare oferită și în canalul folosit pentru a comunica cu banca.

Apărut de câțiva ani în România, promovat fiind de HVB Bank, iar la scurt timp după, de Banc Post, internet banking-ul marelui și mai mult gradul de libertate al celor care ordonă plăți și transferuri. Aceștia nu mai sunt legați, în relația cu banca, de drumul la ghișeu, dar nici măcar nu trebuie să se afle la sediul firmei.

Dacă la E-Banking serviciul nu se putea accesa decât de la calculatorul aflat în companie, internet banking-ul poate fi utilizat de la orice calculator conectat la internet, indiferent unde se află acesta. Practic, în cele mai multe cazuri, utilizatorul serviciului nici măcar nu trebuie să posede un calculator al lui, un internet-cafe fiind suficient. Operațiunile care se pot realiza sunt aceleași ca și în cazul e-banking-ului: transmiterea ordinelor de plată, transferuri, schimb valutar, vizualizarea situației conturilor, etc.

2.2. Internet banking

Internet bankingul este un serviciu pus la dispoziția clienților, persoane fizice, de către bănci, serviciu care facilitează operațiunile cu banca, prin efectuarea acestora prin intermediul internetului. Pentru folosirea acestui serviciu este nevoie de: un calculator, o conexiune internet, un nume de utilizator, un dispozitiv electronic, numit Token/Digipass (generator de coduri) și cont la bancă. Acest serviciu este disponibil 24 de ore pe zi, 7 zile pe săptămână.

În țara noastră serviciile bancare electronice (prin intermediul telefonului fix, mobil și al internetului) și în special internet bankingul s-au dezvoltat rapid în ultimii ani și sunt în continuare în curs de dezvoltare și extindere. Conform Ordinului Ministrului Comunicațiilor și Tehnologiei Informației numărul 389 din 27 iunie 2007 privind avizarea instrumentelor de plată cu acces la distanță majoritatea băncilor din România au fost avizate să presteze servicii de internet banking.

Serviciile de internet banking reprezintă serviciile bancare care pot fi puse la dispoziția persoanelor fizice și a companiilor de către o bancă prin mijloace electronice prin intermediul internetului. Aceste servicii permit administrarea totală sau parțială a unui cont bancar, efectuată de deținătorul contului, contul putând fi curent, la termen sau de card, fără a mai fi necesară deplasarea deținătorului de cont la ghișeuul băncii. Aceste servicii oferă acces la diverse informații de cont și financiar-bancare, în general, și pot permite efectuarea de transferuri de fonduri și plăți din cont. Deținătorii de conturi pot avea acces la aceste servicii dacă se înregistrează la bancă în acest scop și primesc, după acceptarea înregistrării, o modalitate de identificare unică (nume de utilizator, parolă, PIN – Personal Identification Number, expresii de control, dispozitiv special etc.), care să le permită o utilizare sigură a serviciilor.

Internet bankingul are în general, costuri operaționale și tranzacționale mai scăzute decât serviciile bancare obișnuite. Aceste servicii bancare nu este limitat numai la o locație fizică (physical site); există bănci care nu să au în mod fizic sucursale, cum ar fi, de exemplu, Telebank (Arlington, Virginia) și Banknet (UK). Mai mult, în anumite cazuri, website-urile băncilor nu sunt restricționate să-și realizeze tranzacțiile în cadrul frontierelor naționale și au capacitatea de a efectua tranzacții care implică sume mari de bani. În comparație cu canalele tradiționale prin care se oferă servicii bancare prin intermediul sucursalelor, acest serviciu bancar utilizează internetul pentru a distribui clienților lor servicii bancare tradiționale, cum ar fi: deschiderea de conturi, transferul de fonduri și plățile electronice de facturi.

În vederea utilizării internet bankingului, clienții au nevoie de acces la internet și de un program care să permită navigarea pe internet (web browser software). Contul clientului băncii și informația cu privire la tranzacție sunt depozitate într-o bază de date. Una dintre principalele probleme cu care se confruntă internet banking-ul o reprezintă securitatea. Fără încrederea clienților în securitatea sistemului, ei nu doresc utilizarea unei rețele publice, cum ar fi internetul, pentru a-și vizualiza informațiile financiare online și pentru a efectua tranzacții financiare. Unele dintre amenințările securității sunt furtul și violarea intimității individului și a confidențialității informațiilor. Băncile care utilizează internet bankingul oferă mai multe metode pentru a asigura un nivel ridicat de securitate:

- identificare și autentificare: utilizarea numelui de utilizator și a unei parole pentru a putea accesa conturile,
- criptare: chiar dacă informația este interceptată, hacker-ul să nu o poată vizualiza,

- firewall: bariere pentru protejarea servere-lor și a bazelor de date ale băncilor.
- Atât bancherii, cât și utilizatorii serviciilor bancare electronice cred că paleta acestor servicii va crește în viitor.

2.3. Două viziuni asupra internet banking-ului, BCR vs. BRD

2.3.1. Banca Comercială Română

Banca Comercială Română membră a Erste Group, este o bancă universală care deservește atât clienți retail, cât și clienți corporativi. Administrând active de peste 16 miliarde euro, BCR este principalul furnizor de servicii din România și cel mai valoros brand financiar românesc.

BCR este în prezent cel mai important grup financiar din România, incluzând operațiuni în străinătate, precum și de leasing, economisire, creditare în scopuri locative (bancă pentru locuințe) și subsidiare pentru pensii private. BCR oferă întreaga gamă de servicii bancare, incluzând soluții de internet, phone banking și e-commerce. Rețeaua băncii cuprinde peste 668 de unități și agenții retail (pentru persoane fizice și microîntreprinderi) în toate orașele cu peste 10.000 de locuitori.

Clienții corporate (IMM-uri și companii mari) sunt deserviți de 48 de centre de afaceri dedicate. BCR deține cea mai mare rețea națională de ATM-uri și POS-uri – peste 2.000 de bancomate și peste 17.000 de terminale electronice operaționale la comercianți pentru efectuarea plăților cu cardul.

Banca Comercială Română pune la dispoziția clienților săi serviciul de efectuare operațiuni prin canale alternative, acest serviciu oferă accesul la conturile clientului prin două canale alternative: telefon – Alo 24 Banking și internet – Click 24 Banking. Pentru o corectă înțelegere a procesului de efectuare operațiuni prin internet banking vom defini termenii utilizați:

- Token – dispozitiv ce permite clientului să se identifice și să autorizeze tranzacțiile efectuate prin intermediul Click 24 Banking. Dispozitivul este înmănat clientului de către consilierul client la unitatea bancară de la care acesta a solicitat achiziționarea serviciului. Dispozitivul Token este securizat printr-un cod PIN personalizat de către client la prima utilizare și care poate fi schimbat ulterior.

- One Time Password (OTP) – cod unic generat de dispozitivul Token prin selectarea tastei 1 și cu ajutorul căruia se realizează identificarea în aplicația Click 24 Banking.

- Digital Signature (DS) – cod unic generat de dispozitivul Token prin selectarea tastei 3 și cu ajutorul căruia se autorizează operațiunile efectuate prin Click 24 Banking.

- Nume de utilizator – este primit la achiziționarea serviciului de efectuare operațiuni prin canale alternative și reprezintă un număr de identificare format din 8 caractere numerice pe care clientul îl va utiliza împreună cu codul OTP, pentru accesul în aplicația Click 24 Banking.

Accesarea serviciului de internet banking se face direct de pe portalul BCR: www.bcr.ro/ "Conectare Click 24 Banking BCR".

În această fereastră se introduce numele/numărul de utilizator și codul OTP, generat de dispozitivul token. Modalitatea de obținere codului unic OTP este: se apasă tasta de pornire/ oprire ◀, se introduce codul PIN, pe ecranul dispozitivului apare mesajul "APPLI - ", se apasă tasta 1 pentru generarea codului OTP în vederea autorizării accesului la serviciul de internet banking. Odată ce sunt introduse numele de utilizator și un cod OTP valabil și se apasă butonul "Login" utilizatorul e logat la serviciul de internet banking.

În continuare pentru efectuarea diferitelor tranzacții: transferuri, ordine de plată, schimburi valutare; utilizatorul trebuie să autorizeze aceste tranzacții prin introducerea unui cod DS. Modalitatea de obținere a codurilor unice DS este: se apasă tasta de pornire/ oprire ◀, se introduce codul PIN; pe ecranul dispozitivului, în urma afișării mesajului "APPLI -", se selectează tasta 3; în primul câmp se introduce suma care se dorește să se transfere fără virgulă (spre exemplu: 123,45 euro – în dispozitivul token se introduce 12345), apoi se apasă lung pe tasta de pornire/ oprire ◀. În

cel de-al doilea câmp se introduc ultimele 4 cifre ale IBAN-ului beneficiar (dacă tranzacția nu conține IBAN beneficiar, spre exemplu: constituire depozit – se vor introduce ultimele 4 cifre ale IBAN-ului plătitor). Dacă IBAN-ul are ultimele 4 caractere alfanumerice - ex: RO06BPOS85xxxxx789ROL01, se va introduce 8901 iar apoi se va apăsa lung pe tasta de pornire/oprire ◀.

Codul generat va fi introdus în câmpul specific semnăturii digitale. Astfel tranzacția va fi autentificată. Se pot efectua transferuri de aceeași sumă către IBAN-uri care au aceeași terminație (ultimele 4 cifre identice), numai la o diferență de timp de cel puțin 5 minute.

Codurile unice OTP/ DS sunt valabile 36 de secunde. Dacă se vor apăsa alte taste, acel cod va rămâne pe ecran, dar valabilitatea sa expiră după 36 secunde. Dacă nu se apasa nici un buton, dispozitivul se închide după 25 secunde și va cere din nou PIN-ul la pornire.

Odată ce este logat la contul său utilizatorul poate vizualiza următoarele informații:

- Conturi curente (cu/fără card de debit atașat)/ conturi de economii: tipul contului curent, unitatea BCR la care s-a deschis contul, data deschiderii contului, soldul disponibil, dobânda curentă (debit și credit) ca procent, istoricul tranzacțiilor pe ultimele 90 zile, vizualizarea sumelor blocate, vizualizarea ordinelor de plată programate, tipul descoperitului de cont /valoarea acordată și valoarea utilizată a descoperitului de cont /valoarea descoperitului de cont disponibil, persoanele împuternicite, numărul cardurilor atașate, utilizatorii de card autorizați, cont de comisionare pentru serviciul de internet banking, comisioane restante, data activării contului în canale alternative, numărul de cont în format IBAN.

- Depozite la termen: numele depozitului, tipul depozitului, numărul de cont, soldul contului, unitatea de care aparține depozitul, data constituirii depozitului, modalitatea de plată a dobânzii, dobânda curentă, perioada de constituire a depozitului, istoricul tranzacțiilor, istoricul alimentărilor, persoane împuternicite, data constituirii, data scadenței, data activării contului în canale alternative.

- Certificate de depozit cu discount (CDD): numărul contului, unitatea de care aparține CDD, data constituirii CDD, soldul contului, numărul CDD-urilor achiziționate, istoricul tranzacțiilor, persoane împuternicite, data scadenței, valoarea nominală, valoarea de achiziție, valoarea de răscumpărare la data curentă, contul de rambursare, data activării în canale alternative.

- Credite contractate: numele creditului, tipul creditului, numărul de cont de credit, istoricul tranzacțiilor, coplătitori, moneda de acordare a creditului, numărul de cont în format IBAN al contului de rambursare, valoarea totală a creditului, soldul creditului, dobânda curentă, data contractării creditului, unitatea care a acordat creditul, durata creditului, rata lunară de plată, data ultimei scadențe, data lunară a scadenței, suma totală a restanțelor, întârzierea maximă (ca perioadă), data activării creditului în canale alternative.

Urmând aceeași cale clientul poate efectua următoarele operațiuni: deschidere cont curent, transferuri intra/interbancare în lei și valută inclusiv transferuri internaționale (între conturi deschise în aceeași monedă); inițierea transferurilor programate intrabancare (lei și valută) și interbancare în lei pentru o dată viitoare (cu/fără ciclicitate), modificarea/anularea transferurilor programate pentru o dată viitoare, schimb valutar între conturile aceluiași client, atașare card de debit la contul curent, setare instrucțiuni plată repetitivă, deschidere/închidere cont de economii, alimentare conturilor de economii, deschidere/închidere depozit, alimentare depozit, cumpărare CDD, răscumpărare CDD.

2.3.2. Banca Română pentru Dezvoltare - Groupe Societe Generale

BRD – Groupe Societe Generale, una din cele mai importate bănci de pe piața bancară românească, promovează o strategie de păstrare a echilibrului între portofoliul de servicii și profilul de risc pentru asigurarea dezvoltării și rentabilității pe termen lung, paralel cu menținerea eforturilor pentru asigurarea unei eficacități operaționale.

În cadrul serviciilor bancare la distanță BRD oferă serviciul de internet banking denumit BRD-Net, acest serviciu oferă posibilitatea accesării oricând și de oriunde a conturilor deschise la BRD de către titular sau împuternicit de cont.

Spre deosebire de alte bănci care folosesc un dispozitiv care generează coduri unice, accesarea paginilor securizate BRD-Net se efectuează pe baza unei parole de acces furnizată de către bancă. Parola poate fi modificată prin apăsarea butonului Schimbare Parolă, aceasta fiind numeric și conținând 6 caractere. Ca măsură de securitate contra interceptării parolei, aceasta este introdusă doar prin intermediul unei tastaturi virtuale. Parola folosită pentru acces la serviciul de internet banking este folosită și pentru validarea tranzacțiilor.

Acest serviciu este adresat tuturor clienților persoane fizice care au un cont deschis la BRD. Prin serviciul de internet banking se pot accesa: conturi curente, conturi colaterale, conturi de depozit, conturi de credit și conturi cu card de credit atașat.

Funcționalități consultative ale serviciului de internet banking: consultarea soldurilor conturilor, consultare extrase de cont, istoric tranzacții; posibilitatea obținerii unui document în format PDF, ce conține detaliile transferului inițiat prin serviciul de internet banking; afișare mesaje comerciale.

Funcționalități tranzacționale: transfer între conturile aderente, schimburi valutare între conturi, alimentarea contului cu card de credit atașat, constituire depozit la termen cu dobândă fixă sau variabilă, în lei sau valută; plăți facturi către furnizori de utilități și servicii, transferuri intra și interbancare către beneficiari indiferent de valută.

Alte funcționalități: schimbare parolă on-line, informații despre produse, informații despre statusul tratării operațiunilor la bancă și cauza neprocesării acestora dacă este cazul.

Accesul la BRD-NET este securizat printr-un sistem de codificare a datelor care presupune utilizarea unui sistem de operare și a unor soft-uri compatibile. Abonatul poate obține informații referitoare la aceste caracteristici prin conectarea la site. Accesul la BRD-NET este posibil numai cu utilizarea codurilor de securitate după cum urmează:

- Cod de utilizator (sau "Login") de opt cifre, atribuit abonatului de către bancă în momentul subscrierii la serviciul BRD-NET. Codul de utilizator nu poate fi modificat direct de pe site-ul www.brd-net.ro.

- Cod secret (sau "Parolă") de șase cifre atribuit abonatului de către bancă în momentul subscrierii la serviciul BRD-NET. Parola va fi transmisă de către bancă spre abonat la adresa de e-mail indicată de către acesta în formularul de aderare la serviciul BRD-Net.

Toate viramentele emise de abonat trebuie semnate pe baza parolei pentru a fi luate în considerare de către bancă. Verificările efectuate de BRD-NET vor fi făcute pe baza acestor coduri de securitate introduse de abonat. Abonatul este responsabil de toate consecințele care rezultă dintr-o eroare de transmitere sau de manipulare din partea sa.

Ca măsură de securitate, legătura cu BRD-NET este întreruptă după introducerea a trei parole eronate pentru același cod de utilizator. În caz de uitare sau pierdere a parolei aferente codului de utilizator, abonatul poate cere băncii atribuirea unei noi parole prin mijloacele puse la dispoziție în acest sens, mijloace prezentate pe site-ul www.brd-net.ro și în momentul încheierii contractului.

2.4. Online banking, un câștigător pe timp de criză

În ciuda unui an greu pentru ansamblul economiei și întreg sistemul bancar, serviciile de internet banking și-au continuat ritmul de dezvoltare rapid pe care s-au înscris în ultimii ani. Perioada economică dificilă pe care o traversăm a avut un efect de impulsioneare a acestor servicii, împingând atât băncile către o mai atentă promovare a lor, cât și clienții spre înțelegerea avantajelor tranzacțiilor bancare din fața computerului. Nevoia de reducere a costurilor a determinat băncile să încerce să „mute” o parte cât mai mare din operațiuni către canalele alternative, care asigură costuri mai mici. De cealaltă parte, clienții sunt mai atenți la prețul plătit pentru serviciile bancare, la timpul alocat, la

viteza și siguranța operațiunilor. Concluzia e simplă și adevărată: din asemenea servicii câștigă toată lumea!

Analiza anuală pe care revista e-Finance o realizează pe zona serviciilor de internet banking indică o creștere semnificativă a numărului de utilizatori ai acestor aplicații, demonstrând un interes constant și crescut al publicului față de astfel de servicii. Această dezvoltare se bazează în primul rând pe adoptarea și utilizarea aplicațiilor de online banking de către persoanele fizice. În același timp, analiza arată faptul că extinderea serviciilor de internet banking către tot mai mulți clienți nu se realizează cu o creștere proporțională a numărului de tranzacții realizate și a valorii acestora, acest defazaj remarcându-se în principal în zona companiilor, care au resimțit din plin criza.

BCR – cel mai extins serviciu de internet banking

Potrivit cifrelor furnizate de băncile participante la studiu, numărul clienților serviciilor de online banking din România a crescut cu 66% în 2009 față de anul anterior, până la aproape 2 milioane (vezi tabel 1).

TABEL 1. NUMĂRUL TOTAL DE CLIENȚI ÎNROLAȚI ÎN SERVICIILE DE INTERNET BANKING				
	Instituția de credit	Număr total clienți 2008	Număr total clienți 2009	Rată de creștere 2008/2009 (%)
1	BCR	438000	741650	69
2	Raiffeisen Bank România	168458	305194	81
3	BRD Groupe Société Générale	180900	272500	51
4	ING Bank România	163100	263650	62
5	Banca Transilvania	70000	110000	57
6	UniCredit Tiriac Bank	50459	81346	61
7	Volksbank România	22371	38630	73
8	Alpha Bank România	29000	37000	28
9	Bancpost	22593	33158	47
10	GarantiBank România	5209	28228	442
11	OTP Bank România	14000	18000	29
12	Intesa Sanpaolo România	3814	11112	191
13	Piraeus Bank România	6800	9100	34
14	Credit Europe Bank	6691	8481	27
15	Leumi Bank	4076	4890	20
16	Bank of Cyprus	1109	2067	86
17	RIB	249	1787	618
18	Libra Bank	872	967	11
19	ATE Bank România	159	673	323
	Total	1187860	1968433	66

Tabel nr. 1 – Numărul total de clienți înrolați în serviciile de internet banking²

² Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

La analiza realizată de revista e-Finance au participat 19 bănci din România, care dețin împreună peste 80% din activele sistemului bancar românesc. Performanțe au înregistrat atât platformele mature, cu mai mulți ani de funcționare pe piață și cu o bază largă de clienți, care au avut creșteri de peste 50%, precum și serviciile nou lansate în piață în cursul anului 2008, care au pornit astfel de la o bază redusă de clienți și au înregistrat avansuri explozive în 2009, de trei cifre, de peste 600% chiar. În acest din urmă caz vorbim despre trei bănci, care și-au lansat în a doua jumătate a lui 2008 serviciile de internet banking: Bank of Cyprus, ATE Bank și Romanian International Bank (RIB).

Cel mai mare număr de clienți pe serviciile de internet banking îl înregistrează BCR, care a ajuns la peste 740.000 de clienți, în creștere cu aproximativ 70% față de 2008. Lansată la jumătatea lui 2008, platforma Click 24 BCR (urmașul serviciului eBCR) a fost intens promovată de bancă în rândul clienților săi, iar anul trecut serviciul a fost extins și către clienții microîntreprinderi și persoane fizice autorizate. Un avans foarte rapid se remarcă în cazul Garanti Bank, instituție care și-a lansat serviciul de online banking încă din 2007, însă anul trecut a cunoscut maturizarea, ajungând de la 5.000 la aproape 30.000 de clienți, pe fondul unei strategii agresive de creștere a băncii pe segmentul de retail. Dintre noii veniți pe piață, cea mai rapidă creștere a venit din partea RIB (618%), care și-a adăugat astfel aproximativ 1.500 de noi clienți ai serviciilor de internet banking.

Creșterea numărului de clienți ai serviciilor de internet banking s-a realizat pe fondul avansului rapid al clientelei persoane fizice (vezi tabel 2). Această zonă a înregistrat o creștere medie de 69% în intervalul 2008-2009, față de doar 37% pe segmentul companii. Este de subliniat faptul că atât pe total, cât și pe segmente (persoane fizice/juridice), niciun jucător nu a înregistrat scăderi ale numărului de clienți, chiar dacă în unele cazuri dinamica a fost departe de media înregistrată la pe toate băncile analizate, de 20-30% sau chiar de o singură cifră.

TABEL 2. NUMĂR CLIENȚI PERSOANE FIZICE AI SERVICIILOR DE INTERNET BANKING				
	Instituția de credit	Număr clienți persoane fizice 2008	Număr clienți persoane fizice 2009	Rată de creștere 2008/2009 (%)
1	BCR	438000	741650	69
2	Raiffeisen Bank România	145092	272079	88
3	ING Bank România	160000	260000	63
4	BRD Groupe Société Générale	163000	250000	53
5	Banca Transilvania	50000	85000	70

Tabel nr. 2 – Număr de clienți persoane fizice ai serviciilor de internet banking³

Dacă pe zona de retail BCR deține supremația, pe segmentul serviciilor online banking pentru companii UniCredit Ţiriac Bank se poate lăuda cu cel mai mare număr de clienți, aproape 35.000, precum și o dinamică de creștere accelerată în 2009 (vezi tabel 3). Dintre primele 10 bănci din

³ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

sistem, Raiffeisen Bank se remarcă prin cea mai mare rată de creștere pe segmentul numărului de clienți care utilizează serviciile de internet banking.

TABEL 3. NUMĂR CLIENȚI PERSOANE JURIDICE AI SERVICIILOR DE INTERNET BANKING				
	Instituția de credit	Număr clienți 2008	Număr clienți 2009	Rată de creștere 2008/2009 (%)
1	UniCredit Tiriac Bank	22372	34539	54
2	Raiffeisen Bank Romania	23366	33115	42
3	Banca Transilvania	20000	25000	25
4	BRD Groupe Société Générale	17900	22500	26
5	Bancpost	9465	13499	43

Tabel nr. 3 – Număr clienți persoane juridice ai serviciilor de internet banking⁴

Creșterea tranzacțiilor se sprijină pe segmentul de retail.

Evoluția numărului de clienți nu s-a reflectat decât în parte în creșterea tranzacțiilor realizate prin intermediul platformelor de internet banking, ceea ce indică o mai slabă utilizare a acestor servicii în comparație cu extinderea lor. Numărul de tranzacții realizate în 2009 prin online banking la nivelul băncilor analizate a ajuns la aproape 24 de milioane, cu 28% mai mult decât în 2008 (vezi tabel 4). Această performanță mai slabă a zonei de tranzacții se datorează în principal segmentului dedicat companiilor. Numărul de tranzacții realizate de persoanele fizice s-a dublat în intervalul 2008-2009, având o pondere de aproximativ 30% în totalul tranzacțiilor. De cealaltă parte, tranzacțiile companiilor realizate prin online banking au înregistrat doar un avans marginal, de 1%.

Liderul tranzacțiilor este ING Bank, aproximativ o treime dintre tranzacții fiind realizate prin serviciile de internet banking ale instituției, care raportează 7,2 milioane de tranzacții la nivelul lui 2009, în creștere de aproape 50%. „Olandezii” au înregistrat un avans rapid al utilizării serviciului HomeBanking dedicat persoanelor fizice, acolo unde numărul de tranzacții a crescut cu peste 120%, în timp ce pe platforma dedicată companiilor, ING Online, creșterea a fost de 17%.

O performanță remarcabilă pe zona de retail au înregistrat cei de la BCR, acolo unde numărul de tranzacții realizat de clienți în 2009 prin serviciul Click 24 a avansat cu peste 1.000%, la aproximativ 1,7 milioane (vezi tabel 5). Practic, aceste două performanțe au stat la baza dublării numărului de tranzacții pe zona retail a serviciilor online banking. Eliminând aportul BCR și ING, restul sistemului a evoluat din punct de vedere al tranzacțiilor cu aproape 25%. Pe zona tranzacțiilor realizate de companii prin serviciile de online banking, stagnarea a fost determinată în primul rând de performanța mai slabă înregistrată de UniCredit Tiriac Bank, locul secund în această ierarhie, unde numărul operațiunilor a scăzut cu aproape 30% (vezi tabel 6).

⁴ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

TABEL 4. NUMĂR TOTAL DE TRANZACȚII REALIZATE PRIN SERVICIILE DE INTERNET BANKING				
	Instituția de credit	Număr total tranzacții 2008	Număr total tranzacții 2009	Rată de creștere 2008/2009 (%)
1	ING Bank Romania	4900000	7200000	47
2	UniCredit Tiriac Bank	6058895	4423453	-27
3	Raffaisen Bank Romania	1317365	2258372	71
4	BRD Groupe Société Générale	1343000	2125000	58
5	Banca Transilvania	1500000	2000000	33
6	BCR	145000	1714000	1082
7	Alpha Bank Romania	1200000	1400000	17
8	Bancpost	902018	1016998	13
9	Piræus Bank Romania	325000	475000	46
10	Credit Europe Bank	411868	464809	13
11	Volksbank Romania	75541	200231	165
12	Libra Bank	98299	145180	48
13	GarantiBank Romania	23068	143094	520
14	Leumi Bank	253777	138599	-45
15	Intesa Sanpaolo Romania SA	92741	125527	35
16	Bank of Cyprus	4564	33834	641
17	RIB	2173	27041	1144
18	ATE Bank Romania	2181	23248	966
	Total	18655490	23914386	28

Tabel nr. 4 – Număr total de tranzacții realizate prin internet banking⁵⁵ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

TABEL 5. NUMĂR TRANZACȚII REALIZATE DE PERSOANE FIZICE PRIN SERVICIILE DE INTERNET BANKING					
	Instituția de credit	Număr tranzacții 2008	Număr tranzacții 2009	Rată de creștere tranzacții 2008/2009	Număr mediu tranzacții/ utilizator 2009
1	ING Bank România	1 400 000	3 100 000	121	12
2	BCR	145 000	1 714 000	1 082	2,3
3	Raiffeisen Bank România	n.a.	1 040 204	n.a.	3,8
4	BRD Groupe Société Générale	630 000	870 000	38	3,4
5	UniCredit Țiriac Bank	645 598	504 518	-27	10,7

Tabel nr. 5 – Număr tranzacții realizate prin internet banking de persoane fizice⁶

TABEL 6. NUMĂR TRANZACȚII REALIZATE DE PERSOANELE JURIDICE PRIN INTERNET BANKING					
	Instituția de credit	Număr tranzacții 2008	Număr tranzacții 2009	Rată de creștere tranzacții 2008/2009	Medie tranzacții/ utilizator 2009
1	ING Bank Romania	3 500 000	4 100 000	17	1 123,2
2	UniCredit Țiriac Bank	5 413 297	3 918 935	-28	113,4
3	Banca Transilvania	1 200 000	1 500 000	25	60
4	BRD Groupe Société Générale	713 000	1 255 000	76	55,7
5	Alpha Bank Romania	1 060 000	1 235 000	17	98,8

Tabel nr. 6 – Număr tranzacții realizate prin internet banking de persoane juridice⁷

În ceea ce privește gradul de utilizare a serviciilor internet banking, lider este Libra Bank, unde media de tranzacții pe utilizator este de 150, la mare distanță față de următoarele poziții, Credit Europe Bank și UniCredit, care înregistrează 54 de tranzacții/client (vezi tabel 7).

Se remarcă însă creșterea utilizării serviciilor de internet banking de către utilizatorii persoane fizice, în condițiile în care numărul de tranzacții pe acest segment a avansat într-un ritm mult mai rapid (105%) decât cel al clienților (66%). Numărul mediu de tranzacții pe client în zona de retail este însă în continuare redus, sub 15 sau chiar 10 realizate într-un an la majoritatea băncilor.

⁶ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

⁷ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

TABEL 7. NUMĂRUL MEDIU AL TRANZACȚIILOR REALIZATE DE UTILIZATORI			
	Instituția de credit	Număr mediu tranzacții/client 2008	Număr mediu tranzacții/client 2009
1	Libra Bank	112,7	150,1
2	Credit Europe Bank	61,5	54,8
3	UniCredit Țiriac Bank	120	54,3
4	Piraeus Bank România	47,7	52,1
5	Alpha Bank România	41,3	37,8
6	ATE Bank România	13,7	34,5
7	Bancpost	39,9	30,6
8	Leumi Bank	62,2	28,3
9	ING Bank România	30,0	27,3
10	Banca Transilvania	21,4	18,1
11	Bank of Cyprus	4,1	16,3
12	RIB	8,7	15,1
13	Intesa Sanpaolo România	24,3	11,2
14	BRD Groupe Société Générale	7,4	7,7
15	Raffaelsen Bank Romania	7,8	7,3
16	Volksbank Romania	3,3	5,1
17	GarantiBank Romania	4,4	5
18	BCR	0,3	2,3

Tabel nr. 7 – Numărul mediu de tranzacții realizate de utilizatori ⁸

Criza și problemele generate în sectorul economiei reale au avut efecte nocive asupra serviciilor de internet banking, aspect ce se observă din analiza evoluției segmentului persoane juridice. Mai multe companii s-au îndreptat către utilizarea platformelor de online banking (+37%), atrase de costurile mai mici, însă au realizat mai puține tranzacții, ceea ce a făcut ca numărul acestora din urmă să rămână aproape constant. Vedem astfel un aplomb mai precaut și o putere financiară diminuată pe parcursul anului 2009.

La finalul lui 2009, nivelul cumulată al tranzacțiilor realizate de băncile care au raportat date în analiza e-Finance a fost de peste 350 de miliarde de lei (82,8 miliarde de euro), reprezentând aproximativ 70% din PIB-ul României pe 2009 (491,2 miliarde de lei) (vezi tabel 8). Dinamica

⁸ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

volumului tranzacțiilor în 2009 a fost de 21% (echivalent lei) și de 5% (echivalent euro), creșteri inferioare celor ale numărului de tranzacții sau de clienți. Astfel, avansul numărului de tranzacții nu a fost însoțit de o creștere proporțională a volumului sumelor acestora, operațiunile realizate fiind de o valoare mai redusă. Acest trend a fost generat de evoluția numărului și valorii tranzacțiilor realizate de persoanele fizice, în timp ce, la nivelul companiilor, valoarea medie a tranzacțiilor realizate de un client a crescut.

TABEL 8, VALOAREA TOTALĂ A TRANZACȚIILOR REALIZATE PRIN PLATFORMELE DE INTERNET BANKING							
	Instituția de credit	Valoare totală tranzacții 2008 (mil. RON)	Valoare totală tranzacții 2009 (mil. RON)	Valoare totală tranzacții 2008 (mil. EUR)	Valoare totală tranzacții 2009 (mil. EUR)	Dinamica valorii tranzacțiilor 2008/2009 (RON) %	Dinamica valorii tranzacțiilor 2008/2009 (EUR)%
1	UniCredit Țiriac Bank	121903,0	141976,3	33101,5	33506,3	16	1
2	ING Bank România	89649,4	100974,6	24343,4	23830,0	13	-2
3	Alpha Bank România	30785,5	37380,2	8359,5	8821,7	21	6
4	BRD Groupe Société Générale	13505,0	25910,5	3667,2	6114,9	92	67
5	Banca Transilvania	9577,9	11542,4	2600,8	2724,0	21	5
6	Bancpost	12285,5	10647,2	3336,0	2512,7	-13	-25
7	Raiffeisen Bank România	3526,9	7874,7	957,7	1858,4	123	94
8	Credit Europe Bank	3845,2	3551,1	1044,1	838,0	-8	-20
9	BCR	462,2	3117,7	125,5	735,8	575	486
10	Volksbank România	1215,5	2747,5	330,1	648,4	126	96
11	Libra Bank	1199,4	1419,1	325,7	334,9	18	3
12	Intesa Sanpaolo România	842,6	1053,9	228,8	248,7	25	9
13	GarantiBank România	155,0	869,5	42,1	205,2	461	388
14	Leumi Bank	1677,8	820,4	455,6	193,6	-51	-58
15	Bank of Cyprus	99,0	428,8	26,9	101,2	333	276
16	RIB	18,2	243,3	5,0	57,4	1235	1060
17	ATE Bank România	16,0	216,9	4,3	51,2	1259	1081
	TOTAL	290764,1	350774,0	78954,1	82782,4	21	5

Tabel nr. 8 – Valoarea totală a tranzacțiilor realizate prin platformele de internet banking⁹

⁹ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

TABEL 9, VALOAREA TRANZACȚIILOR REALIZATE ÎN RON PRIN PLATFORMELE DE INTERNET BANKING				
	Instituția de credit	Valoare tranzacționată 2008 (mil. RON)	Valoare tranzacționată 2009 (mil. RON)	Rată de creștere valoare tranzacționată 2008/2009 (%)
1	ING Bank România	60000,0	75000,0	25
2	UniCredit Tîriac Bank	76462,2	55011,1	-28
3	BRD Groupe Société Générale	12061,0	23681,0	96
4	Alpha Bank România	16000,0	18670,0	17
5	Bancpost	11611,8	9954,7	-14
6	Banca Transilvania	7000,0	9000,0	29
7	Raiffeisen Bank România	3366,0	7131,8	112
8	Credit Europe Bank	3332,0	3077,5	-8
9	BCR	400,4	2458,3	514
10	Volksbank România	906,2	1807,6	99
11	Libra Bank	1041,2	1225,6	18
12	Intesa Sanpaolo România	623,6	806,4	29
13	GarantiBank România	127,4	742,9	483
14	Leumi Bank	1259,4	585,2	-54
15	Bank of Cyprus	85,2	271,7	219
16	ATE Bank România	14,5	188,1	1059
17	RIB	13,9	169,7	1118
	TOTAL	194304,8	209781,6	8

Tabel nr. 9 – Valoarea tranzacțiilor realizate în monedă națională prin internet banking¹⁰

Cel mai mare volum de operațiuni a fost realizat prin intermediul serviciului de internet banking de la UniCredit, care a contabilizat tranzacții în valoare totală de 141 de miliarde de lei (33,5 miliarde de euro), având astfel o pondere de aproximativ 30% în total tranzacții. Locul secund este ocupat de ING, cu un volum al tranzacțiilor de 101 miliarde de lei (23,8 miliarde de euro). Practic, cele două companii dau peste 60% din valoarea tranzacțiilor realizate prin platformele de internetbanking.

La capitolul volum al tranzacțiilor se remarcă și cele mai divergente evoluții, de la scăderi de două cifre, la creșteri explozive, de chiar trei cifre, pentru servicii mature, precum BCR, Raiffeisen, BRD sau Volksbank. În cazul UniCredit se remarcă o evoluție contradictorie: o scădere a numărului de tranzacții, în paralel cu o creștere a numărului de clienți și a sumelor tranzacționate, aportul venind pe zona tranzacțiilor realizate în valută. Influența UniCredit a balansat practic evoluția tranzacțiilor în valută. Eliminând acest aport, volumul total al tranzacțiilor realizate în valută prin serviciile de inter-

¹⁰ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

net banking a scăzut cu 8%, evoluție apropiată de realitatea scăderii importurilor și a consumului în 2009 (vezi tabel 10).

TABEL 10. VALOAREA TRANZACȚIILOR REALIZATE ÎN EUR PRIN PLATFORMELE DE INTERNET BANKING				
	Instituția de credit	Valoare tranzacționată 2008 (mil. EUR)	Valoare tranzacționată 2009 (mil. EUR)	Rată de creștere 2008/2009 (%)
1	UniCredit Țiriac Bank	12339,0	20523,7	66
2	ING Bank România	8051,0	6130,0	-24
3	Alpha Bank România	4014,9	4415,6	10
4	Banca Transilvania	700,0	600,0	-14
5	BRD Groupe Sociétés Générale	392,1	526,2	34
6	Volksbank România	84,0	221,8	164
7	Raiffeisen Bank România	43,7	175,3	301
8	Bancpost	182,9	163,4	-11
9	BCR	16,8	155,6	828
10	Credit Europe Bank	139,4	111,8	-20
11	Intesa Sanpaolo România	59,5	58,4	-8
12	Leumi Bank	113,6	55,5	-51
13	Libra Bank	43,0	45,7	6
14	Bank of Cyprus	3,8	37,1	887
15	GarantiBank România	7,5	29,9	298
16	RIB	1,2	17,4	1390
17	ATE Bank România	0,4	6,8	1619
	TOTAL	26192,6	33274,1	27

Tabel nr. 10 – Valoarea tranzacțiilor în euro realizate prin internet banking¹¹

Cu puține excepții, numărul mediu de autentificări/client a scăzut ușor în 2009 sau a rămas în palier, ceea ce arată un interes cel mult egal al utilizatorilor față de utilizarea serviciilor de internet banking în 2009 față de 2008 (vezi tabel 11). Excepțiile se înregistrează la bănci precum BCR, RIB sau ATE Bank, pe fondul unui avans rapid al numărului de clienți ai serviciilor de online banking la nivelul acestor instituții. Lideri pe acest segment sunt bănci din eșalonul secund al pieței, Libra Bank și Credit Europe Bank.

¹¹ Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

TABEL 11. NUMĂRUL DE AUTENTIFICĂRI ÎNTR-UN AN LA SERVICIILE DE INTERNET BANKING					
	Instituția de credit	Număr total autentificări 2008	Număr total autentificări 2009	Număr mediu autentificări/ utilizator 2008	Număr mediu autentificări/ utilizator 2009
1	Libra Bank	n.a	301674	n.a	311,9
2	Credit Europe Bank	701491	815282	104,8	96,1
3	ATE Bank România	5804	61344	36,5	91,1
4	UniCredit Țiriac Bank	4274675	5947466	84,7	73,1
5	Leumi Bank	325125	350308	79,7	71,6
6	Bancpost	1725539	2225418	76,3	67,1
7	RIB	7603	75403	30,5	42,1
8	ING Bank România	9400000	11100000	57,6	42,1
9	GarantiBank România	74284	411089	14,2	14,5
10	BCR	1219520	5596115	2,7	7,5

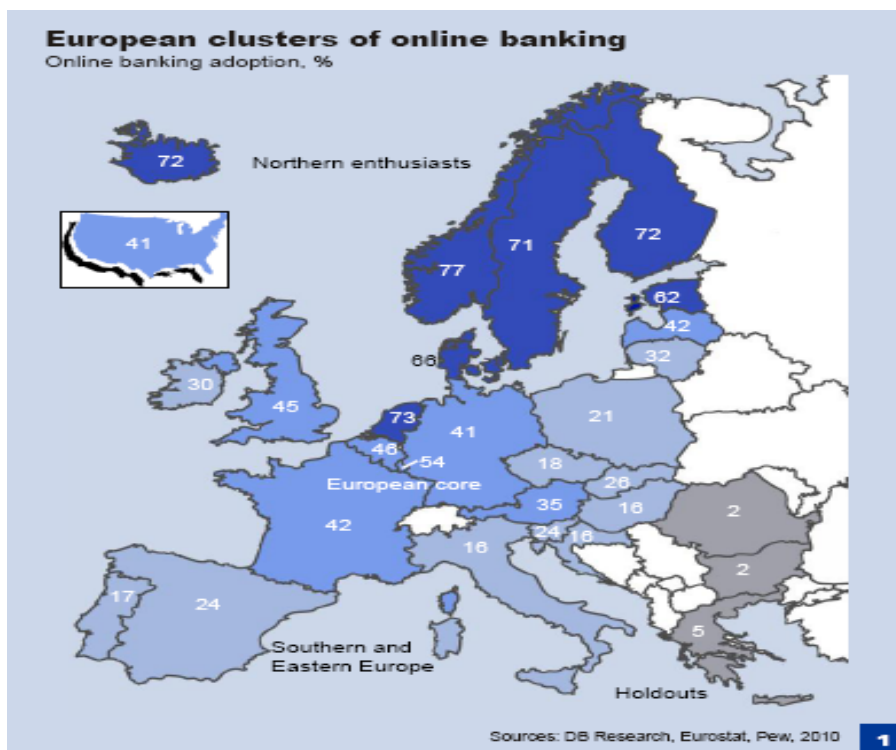
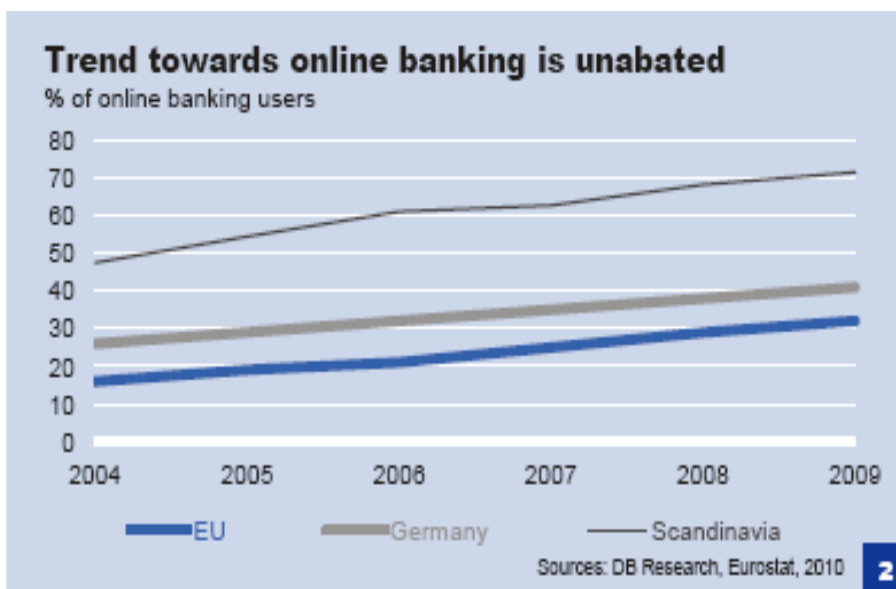
Tabel nr. 11 – Numărul de autentificări într-un an la serviciile de internet banking¹²

3. Internet banking-ul în Europa

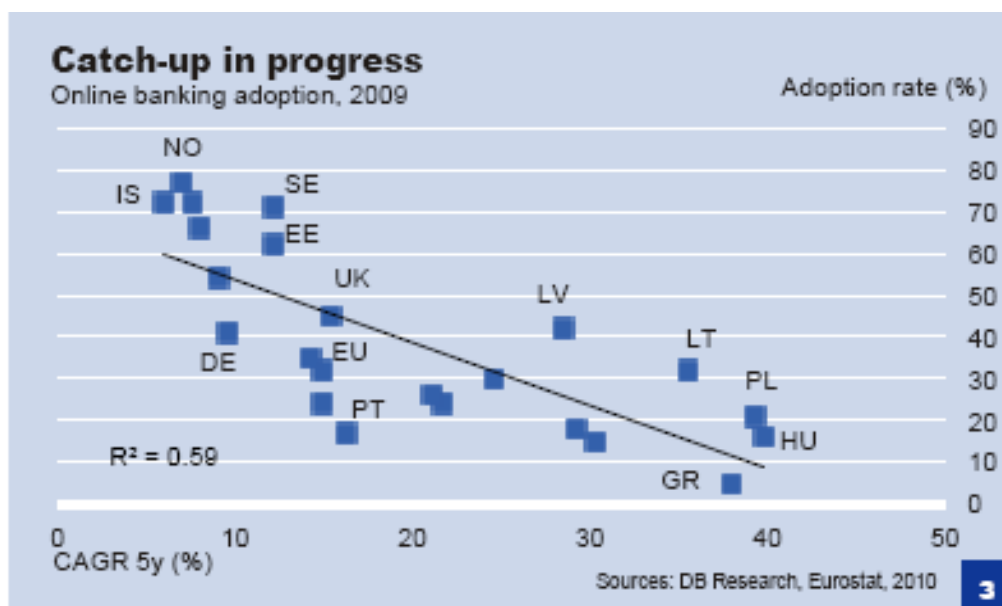
Adoptarea internet banking-ului în Europa se poate clasifica în patru grupuri. Țările nord europene sunt cele care folosesc cel mai des serviciile de internet banking cu o rată de adoptare de 62 - 77%. Țările central europene, (Germania, Franța, Marea Britanie) formează al doilea grup cu o rată de adoptare de 35 – 54%. Făcând abstracție de zona geografică studiată, SUA s-ar încadra în cel de-al doilea grup cu o rată de adoptare de 41%. Majoritatea țărilor cu rate de adoptare sub 32% sunt situate în Europa de Sud și de Est, singura excepție fiind Irlanda. Ultimul grup este format din țări emergente în care internet banking-ul este puțin folosit, grafic nr.1.

Perspectiva de răspândire a internet banking este una foarte optimistă. În prezent unul din trei europeni folosește internet banking, și se estimează că până în 2020, 60% dintre europeni vor folosi acest serviciu, graficele 2 și 3.

¹² Sursa: băncile comerciale prelucrare e-Finance

Grafic nr.1 – Rate de adoptare a internet banking în Europa¹³Grafic nr. 2 – Tendința de creștere a utilizatorilor de internet banking (în procente)¹⁴

¹³ Sursa: Cercetare Deutsche Bank, 2010/Online banking and research: the state of play in 2010

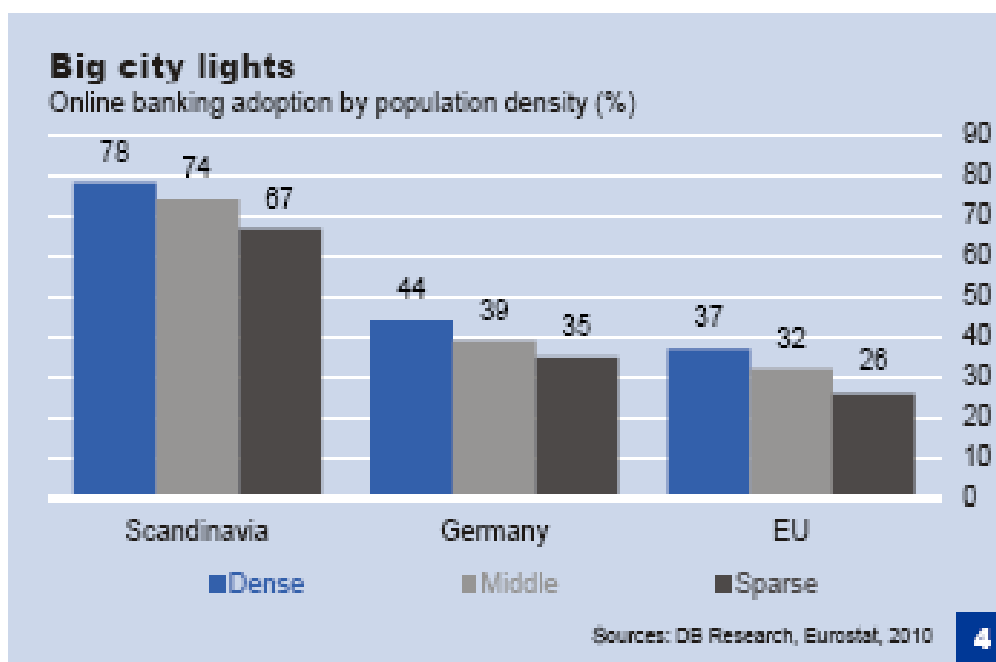


Grafic nr. 3 – Evoluția adoptării internet banking-ului¹⁵

Unele ipoteze susțin că țările nordice au o rată de adoptare mare datorită densității scăzute a populației și astfel datorită distanțelor mari dintre sucursale. Dar statisticile nu confirmă aceste ipoteze. Locuitorii din zonele cu densitate ridicată a populației folosesc mai des serviciul de internet banking, după cum se poate observa în graficul nr. 4.

¹⁴ Sursa: Cercetare Deutsche Bank, 2010/Online banking and research: the state of play in 2010

¹⁵ Sursa: Cercetare Deutsche Bank, 2010/Online banking and research: the state of play in 2010



Grafic nr. 4 – Adoptarea internet banking-ului în funcție de densitatea populației (în procente)¹⁶

4. Dispozitivul Token

Într-o eră în care atacurile informatice și fraudele cresc galopant și devin din ce în ce mai complexe, nevoia de întărire a securității autentificării devine critică, mai ales pe zona financiar-bancară, acolo unde tot mai multe tranzacții se realizează la distanță. Și în România, segmentul serviciilor de internet banking a cunoscut o creștere considerabilă în ultimii ani, necesitând o dezvoltare continuă a zonei de securitate. De la accesul inițial pe bază de user și parolă, tot mai multe bănci au ales să întărească partea de autentificare și autorizare prin folosirea de token-uri, pentru a face față noilor amenințări informatice care țintesc clienții lor.

Cele mai cunoscute și utilizate metode în autentificarea la platformele de e-banking sunt sistemele cu token-urile Vasco Token versiunea Digipass Pro 260 care generează coduri OTP (One Time Password) și DS (Digital Signature). Practic, aceste dispozitive generează un cod unic, pe baza unui anumit algoritm, cod valabil o singură dată și pentru o perioadă scurtă de timp – de regulă 30 de secunde – acesta fiind utilizat de client în procesul de autentificare.

În România, majoritatea băncilor folosesc tokenurile OTP pentru securizarea autentificării la serviciile de internet banking, în special pe zona de retail banking. Potrivit unui studiu realizat de compania Asseco, furnizoare de soluții în domeniul bancar, la nivelul a 20 de bănci din România, circa 75% dintre instituțiile analizate utilizează tokenurile de autentificare pentru aplicațiile de internet banking. Există însă în continuare un număr semnificativ de bănci care folosesc în procesul de autentificare la aplicațiile de internet banking sistemul pe bază de utilizator și parolă statică, învechit și foarte vulnerabil în fața noilor amenințări. Din punct de vedere al vendorilor, segmentul autohton al tokenurilor de autentificare pentru aplicațiile de internet banking este dominat de brandul

¹⁶ Sursa: Cercetare Deutsche Bank, 2010/Online banking and research: the state of play in 2010

Vasco, alături de care, într-o măsură însă mai mică, există și dispozitive Aladdin, RSA sau mai nou, Todos. „Tokenurile Vasco sunt cele mai răspândite în zona bancară. În jur de 70%-80% dintre bănci au implementat tokenuri Vasco în zona de internet banking. Cele mai uzitate sunt tokenurile <challenge response>, cu tastatură, întrucât au și un PIN asociat cu ele”, declară Gabriela Balaș, Product Manager în cadrul Scop Computers, unul dintre cei mai importanți venditori ai echipamentelor Vasco în România.

4.1. Dispozitivul Digipass Pro 260

Un dispozitiv Token (sau jeton de securitate/autentificare) este un dispozitiv fizic folosit de un utilizator de servicii informatice pentru a se autentifica. Token-ul este folosit pentru a dovedi electronic identitatea unei persoane. Este suficient de mic încât să poată fi transportat în buzunar sau în geantă, iar uneori este proiectat pentru a fi atașate la chei. Unele tokene pot stoca chei criptografice, cum ar fi o semnătură digitală, sau date biometrice, cum ar fi o amprentă digitală.

Token-ul permite identificarea utilizatorului și autorizarea tranzacțiilor efectuate prin intermediul internet banking-ului. Dispozitivul este securizat prin intermediul unui cod PIN ales de client la prima utilizare.

Dispozitivul prezintă taste numerice (de la 0-9) și o tastă de pornire/oprire (◀), reprezentată printr-o săgeată (în partea dreaptă jos). Pentru pornirea dispozitivului, se apasă o singură dată tasta de pornire. Pentru generarea codurilor unice de acces la internet banking, se va porni dispozitivul prin apăsarea tastei ▶ apoi se va apăsa numai tasta 1. Ulterior accesării serviciului, pentru generarea codurilor unice de autorizare a operațiunilor efectuate se va apăsa tasta 3. Codurile generate de dispozitivul Token sunt unice și sunt valabile doar pentru o singură utilizare. Valabilitatea codurilor este de 36 de secunde din momentul generării. De asemenea, dacă în cursul perioadei de valabilitate a codului, dispozitivul Token este închis și apoi redeschis, același cod unic OTP/ DS va fi afișat pe ecran. Dispozitivul Token se închide în caz de inactivitate după o perioadă de 30 de secunde. În cazul în care după generarea unui cod de autentificare/ autorizare (OTP/ DS) prin apăsarea oricărei taste numerice codul generat rămâne afișat o perioadă mai mare de timp decât perioada de valabilitate, dar acesta nu este acceptat pentru utilizare decât în perioada sa de valabilitate (36 secunde). Pentru obținerea unui nou cod unic OTP/ DS generat de dispozitivul Token, este necesară apăsarea tastei pornire/ oprire (▶) și din nou a tastei 1/3. În acest caz, nu mai este necesară introducerea codului PIN.

5. CONCLUZII ȘI PROPUNERI

Pe fundalul tehnologizării și informatizării economiei globale se constată o rată de adoptare a utilizării serviciilor bancare prin intermediul internet banking-ului tot mai mare. Avantajele acestui serviciu sunt: accesibilitate ridicată (24 de ore pe zi, 7 zile din 7), costuri scăzute atât pentru utilizatori cât și pentru bănci, economisirea timpului și a resurselor. În România majoritatea băncilor au fost autorizate să pună la dispoziția clienților servicii de internet banking. Serviciile bancare oferite prin intermediul internetului au cunoscut în România o adoptare continuă în ultimii ani, deși ne aflăm în partea inferioară a clasamentului european. Societățile bancare pronosticează că rata de adoptare a serviciilor de internet banking își va continua trendul ascendent.

Un aspect deloc de neglijat este faptul că serviciile de internet banking au cunoscut cea mai mare dezvoltare în România în perioada propagării crizei economice globale. Acest lucru s-a realizat datorită nevoilor băncilor de a scădea costurile, direcționând unele operațiuni bancare către platformele de internet banking. Pe de altă parte și clienții sunt mai atenți la prețul plătit pentru serviciile bancare, la timpul alocat, la viteza și siguranța operațiunilor.

Platformele de internet banking au cunoscut creșteri între 50% și 600%, ceea ce denotă o strategie acerbă de atragere a clienților către serviciile de internet banking. Concurența pe piața

românească este mare, marea majoritate din cele 42 de bănci autorizate de Banca Națională a României oferind servicii de internet banking.

Creșterea adopției serviciilor de internet banking s-a datorat în mare măsură segmentului de utilizatori persoane fizice. În comparație cu extinderea lor, gradul de utilizare este mai scăzut, ceea ce denotă un management performant al băncilor și un interes mai scăzut al clienților, cât și a utilizării scăzute a internet banking-ului de către segmentul persoane juridice.

În Europa în fruntea clasamentului privind rata de adoptare a serviciilor de internet banking se află țările nordice cu o rată de adoptare de 62 % - 77%. România se află în partea inferioară a clasamentului cu o rată de adoptare de 2%. Acest lucru ridică semne de întrebare, și ar fi necesar ca sectorul bancar să promoveze mai mult acest serviciu.

Asociațiile bancare ar trebui să organizeze dezbateri, seminarii, conferințe, pentru popularizarea utilizării internetului în efectuarea tranzacțiilor bancare. De asemenea ar trebui să se implementeze un program educațional în rândul elevilor și studenților pentru înțelegerea serviciilor bancare.

Banca Națională a României să acorde o mai mare atenție implementării serviciilor de internet banking, să emită studii și analize distincte privind tranzacțiile prin acest serviciu. Pentru o mai bună dezvoltare a acestor servicii trebuie transparentizate costurile internet bankingului.

Referințe Bibliografice

- Produse și servicii bancare – Prof. Univ. Dr. Alexandru Olteanu, Lect. Univ. Dr. Mihaela Sudacevski, Editura Cartea Studențească, București, 2006 ;
- Marketing financiar bancar - Prof. Univ. Dr. Alexandru Olteanu, Lect. Univ. Dr. Mihaela Sudacevski, Editura Cartea Studențească, București, 2007 ;
- Operațiuni bancare. Instrumente și tehnici de plată – Basno C. & Dardac N., Editura ASE, București;
- Managementul afacerilor pe internet - Oprean D., Oprean V., Racovitan D.M., Editura Risoprint, Cluj Napoca, 2007;
- Banking. Produse și operațiuni bancare - Ungureanu P., Editura Dacia, Cluj-Napoca, 2001;
- Online banking and research: The state of play in 2010 – Deutsche Bank Research, 2010;
- The financial performance of pure play internet banks - DeYoung R., Federal Reserve Bank of Chicago Economic Perspectives 25, 2001;
- Manual de utilizare a serviciului de efectuare operațiuni prin Canale Alternative BCR;
- Fisa BRD – Net, <http://www.brd.ro/&files/fisa-brd-net.pdf>;
- www.efinance.ro/articol.php?id_revista=201007&id_sectiune=ecards&ordine_sectiune=5;
- http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_banking;
- <http://www.vasco.com/verticals/banking/solutions/solutions.aspx>;

AGRICULTURA, NOUL PERFORMER AL PIETEI ECONOMICE MONDIALE

Viorel Marian SBORA*

Abstract

In recent years, mankind has been forced to confront the financial crisis that led to the decline of world economy and panic among all social categories, panic, prompting investors to stop pumping liquidity into the system, consumers can reduce their claims in for goods and services and the banks to stop lending, which obviously led to the blocking of the economy. Through this work we aim to demonstrate that in times of crisis, one of the few sectors not affected in terms of profits for the investors was the agricultural sector even more, we see that this sector was actually a state of constant evolution as a result of numerous factors that acted simultaneously on supply and demand of agricultural products. The main factors contributing to the growth of the agricultural sector have been numerous, but those who have made significant contributions were the development of biofuels production, increased growth of the two largest countries in the world and, perhaps most important factor, inelasticity of agricultural supply, something which will be explained in the paper.

Cuvinte cheie: piețele alimentare, oferta inelastică, creștere economică, criza alimentară, biocombustibili

1. Introducere

Agricultura este știința, arta sau practica care se ocupă cu procesul producerii de hrană vegetală și animală, fibre, respectiv diverse materiale utile prin cultivarea sistematică a anumitor plante și creșterea animalelor, termenul de agricultură provenind din cuvintele latinești *ager* desemnând câmp și *cultura* însemnând cultivare, în sensul de prelucrare mecanică și chimică a solului pentru a fi apt pentru cultivarea plantelor.¹

Deși, omul modern s-a dezvoltat cu mult înainte ca migrația din Africa să înceapă cu aproximativ 55.000 de ani în urmă, nici o activitate agricolă nu s-a desfășurat până în urmă cu 10.000 de ani. În timpul epocii de Bronz, cu 9.000 de ani în urmă, domesticirea plantelor și animalelor transformă profesia vechilor homo sapiens din vânătoare și cules în vânat selectiv, păscutul vitelor și în final în agricultură.²

Practicile agricole au permis mai târziu stabilirea unor așezăminte permanente și extinderea urbelor. Cultivarea marchează tranziția de la societățile nomade pre-istorice la stilul de viață neolitic bazat pe așezăminte, undeva în urmă cu 7000 de ani.

De-a lungul timpului o serie de inovații au condus la evoluția agriculturii; un prim pas a fost curățarea câmpurilor de buruieni și pregătirea acestora pentru a fi plantate, după care a venit cu aproximativ 6.000 de ani în urmă, invenția plugului, marcându-se astfel trecerea de la agricultura bazată în exclusivitate pe forța de muncă a oamenilor la folosirea forței animale în cultivarea pământului.

Tot în urmă cu aproximativ 6.000 de ani în urmă, fermierii s-au mutat pe malul Nilului, motiv pentru care fermierii din Africa de Nord sau Estul Apropiat al lumii medievale, sunt creditați cu invenții precum: irigațiile bazate pe principiile hidraulice și hidrostatice precum morile de apă, barajele sau rezervoarele.

* Student, Facultatea de Finanțe, Asigurări, Bănci și Burse de Valori, Academia de Studii Economice din București; (sboraviorel@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Moraru Liviu

¹ Holldobler, B., și Wilson E.O. „The Ants”. Cambridge MA, Cambridge, 1990

² Feynman, Joan, and Alexander Ruzmaikin. "Climate stability and the development." Climatic Change. Pasadena, California, Octombrie 2007.

În ultimii 2.000 de ani, inovații precum rotația culturilor în 3 etape din timpul mișcării renascentiste, îngrădirea terenurilor agricole pentru protejarea culturilor de animalele sălbatice, mecanizarea prin introducerea tractoarelor, creșterea selectivă a animalelor și rotația culturilor în 4 etape de la începutul Revoluției Industriale³ au condus la ceea ce numim în zilele noastre agricultura modernă.⁴

Agricultura a jucat un rol cheie în dezvoltarea civilizației umane având în vedere că până la Revoluția Industrială marea majoritate a oamenilor lucrau în agricultură, însă dezvoltarea tehnicilor agricole a dus la o creștere rapidă a productivității și implicit numărul muncitorilor din agricultură a început să scadă, perioada de timp în care s-au dezvoltat aceste tehnici fiind adesea numită revoluția agricolă.

Ca răspuns la noile schimbări tehnologice, tehnicile agricole s-au modificat și ele radical; în particular, metoda de sintetizare a amoniului nitrat a lui Haber-Bosch a făcut practicile tradiționale de reciclare a nutrienților prin cultura rotațiilor și resturilor animale mai puțin necesare.

Toate inovațiile în domeniu au condus la o creștere a câștigurilor din agricultură la sfârșitul secolului XX, mai întâi în SUA și în țările dezvoltate iar mai apoi și în celelalte țări prin acțiunea intitulată Revoluția Verde⁵, care a presupus exportarea tehnologiilor din țările dezvoltate în țările în curs de dezvoltare. În acea perioadă unii cercetători printre care și Thomas Malthus au prezis că Pământul nu va putea suporta populația în creștere, dar tehnologii precum cele transferate prin Revoluția Verde au permis creșterea producției de mâncare.⁶

Multe guverne au acordat de-a lungul timpului subvenții pentru agricultură pentru a asigura o rezervă de hrană suficientă, aceste subvenții agricole fiind adesea legate de producția bunuri precum orezul, laptele, grâul, soia. În țările dezvoltate, aceste subvenții au fost considerate însă drept protecționiste, ineficiente și dăunătoare mediului⁷. În secolul trecut, agricultura a fost caracterizată de o productivitate ridicată, folosirea fertilizatorilor sintetici și a pesticidelor, mecanizărilor și de subvențiile acordate agriculturilor.

Apărători ai cultivării organice precum Sir Albert Howard au argumentat în secolul XIX că folosirea excesivă a pesticidelor și a fertilizatorilor sintetici dăunează fertilității pe termen lung a solului. În timp ce acest sentiment care a stagnat decenii întregi, pe măsură ce temerile în legătură cu mediul au crescut în secolul XXI, a existat o mișcare favorabilă agriculturii sustenabile din partea unor fermieri și consumatori. De curând, sesizându-se efectele agriculturii bazate pe îngrășăminte chimice asupra mediului și a apei, a luat naștere mișcarea organicistă, o forță majoră în spatele acestei mișcări fiind UE, care a certificat pentru prima oară produsele organice în 1991 și a început să reformeze Politica Comună a Agriculturii în 2005 prin eliminarea subvențiilor. Creșterea agriculturii organice a reînnoit cercetările în tehnologii alternative precum selectarea soiurilor și soluții integrate de protecție împotriva dăunătorilor.

În 2007, aproape 1/3 din populația totală a lumii era angajată în cadrul sectorului agricol, el fiind depășit în acest sens de sectorul serviciilor⁸. În ciuda forței de muncă numeroase, producția agricolă reprezintă doar 5% din Produsul Internațional Brut.

³Revoluția Industrială este perioada dintre secolul XVIII și XIX, în care schimbările majore în agricultură, producție, minerit și transport au contribuit la îmbunătățirea condițiilor socio-economice și culturale începând în Marea Britanie, pentru ca mai apoi să se răspândească în toată lumea

⁴Hamilton, Richard. "Agriculture's sustainable future: breeding better crops." *Scientific American*, Iunie 2009.

⁵Revoluția Verde este inițiativa unor state dezvoltate, între anii 1943-1970, de a transfera studii științifice și tehnologie către statele în curs de dezvoltare pentru creșterea productivității și a producției globale de alimente

⁶Barrionuevo, Alexei, and Keith Bradsher. "Sometimes a Bumper Crop Is Too Much of a Good Thing." *The New York Times*. New York, Decembrie 8, 2005

⁷Schneider, Keith. "Science Academy Recommends Resumption of Natural Farming." *The New York Times*. New York, Septembrie 8, 1989

⁸"Key Indicators of the Labour Market Programme". *International Labour Organization*. <http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/kilm/index.htm>, Septembrie 7, 2009

La sfârșitul anului 2007, câțiva factori au condus la creșteri alarmante în prețul principalelor produse agricole, astfel că prețul grâului crescuse cu 58%, al boabelor de soia cu 32%, și a porumbului cu 11%⁹ ¹⁰, conducând la creșteri ale prețului cerealelor cu circa 40% dar și a altor produse agricole așa cum se poate observa în

Fig. 1. În ultimii 6 ani, creșterile cerealelor s-au dublat, în timp ce prețurile grâului și orezului s-au triplat.¹¹

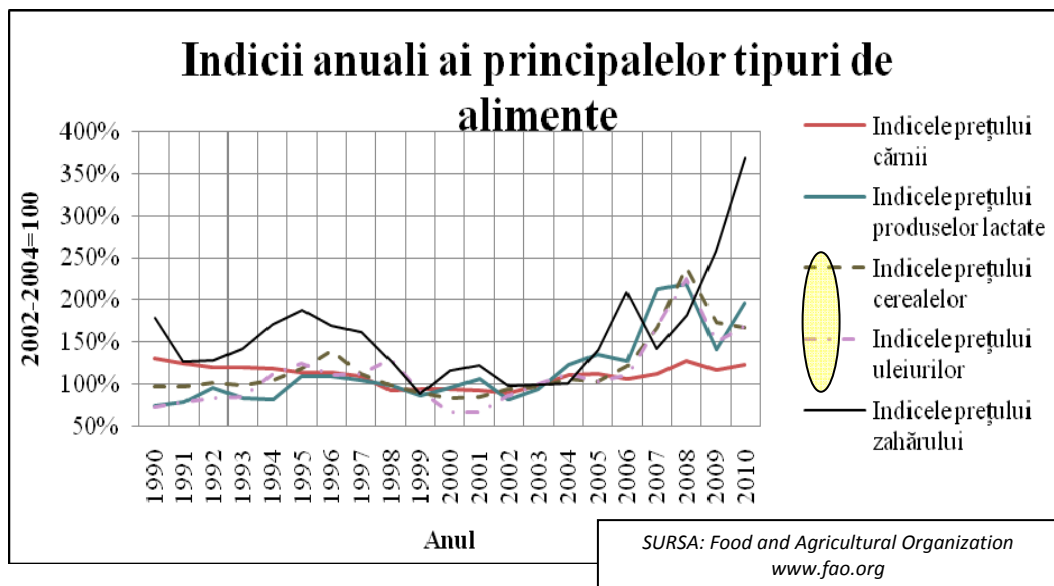


FIG. 1

Ca urmare a acestor creșteri de preț, mâncarea a devenit un bun din ce în ce mai scump conducând la creșterea numărului de oameni care nu își mai permitau să mănânce, astfel că în anul 2008 au avut loc câteva revolte, în special în Africa și în Asia, cauzând îngrijorări din partea autorităților privind o nouă criză alimentară.

Proiecțiile asupra prețului făcute de IFPRI¹² arată că prețurile cerealelor vor crește cu încă 30-50% înainte de 2050, și că, în aceeași perioadă prețurile cărnii vor crește cu mai mult de 20-30% față de maximele actuale.¹³

2. Cauzele care au dus la supraviețuirea și dezvoltarea agriculturii în timpul crizei

Agricultura a fost deci de importanță vitală pentru supraviețuirea și evoluția rasei umane de-a lungul istoriei, ea constituind de fapt și în zilele noastre una dintre cele mai stabile ramuri ale economiei, tocmai datorită faptului că oamenii sunt dependenți de produsele agriculturii, dar și

⁹ McMullen, Allia. "Forget oil, the new global crisis is food." Financial Post. Toronto, Ianuarie 7, 2008

¹⁰ "At Tyson and kraft Grain Craft Cost Limit Profit." The New York Times. Bloomberg. New York, Septembrie 6, 2007

¹¹ Evans, A. „Rising Food Prices: Drivers and implications for development.” Catham House. Februarie 2008

¹² International Food Policy Research Institute

¹³ von Braun, J. „The World Food Situation: New Driving Forces and Required Actions.” Food Policy Report. Washington D.C.: International Food Policy Research Institute, 2008.

faptului că populația se află într-o continuă evoluție numerică în timp ce suprafețele agricole necesare desfășurării activităților agricole se află într-un proces continuu de degradare cantitativă și calitativă. În prezent se estimează că aproximativ 40% din terenurile agricole ale lumii sunt serios degradate¹⁴. De asemenea, o epidemie de rugină a grâului izbucnită în Uganda, și denumită UG99 (numele țării și anul în care a izbucnit) se răspândește în Africa și în Asia ar putea afecta grav producțiile acestor țări.^{16 17}

Folosirea pământului de către oameni în scopul câștigării de bunuri și servicii, este cea mai frecventă modalitate prin care omul modifică ecosistemul, și este considerată ca fiind forța ce conduce la distrugerea biodiversității. Estimările asupra suprafețelor de pământ lucrate de oameni se apropie de 50%¹⁸ din suprafața totală a Pământului. Degradarea pământului, declinul pe termen lung în funcționarea și productivitatea ecosistemului, este estimată a se întinde pe aproximativ 24% din suprafața pământului în întreaga lume proporție care va crește în viitor.¹⁹

Ca urmare, prețurile produselor agricole au un comportament opus celui al celorlalte tipuri de produse al căror preț se reduce pe măsură ce crește cantitatea oferită date fiind costurile implicate de creșterea ofertei de produse agricole care sunt crescătoare deoarece în agricultură, majoritatea terenurilor fertile sunt deja utilizate, așa că fiecare unitate de pământ folosită în plus față de cea curentă va fi mai puțin productivă sau cel puțin mai costisitoare de folosit.

Astfel se poate spune că oferta de produse agricole este inelastică, deoarece producătorii trebuie să primească un preț mai mare pentru a fi determinați să folosească mai mult pământ astfel încât să-și poată acoperi costurile de producție așa cum o demonstrează studiul lui Ned W. Schmidt, și cum se observă în

Fig. 2.

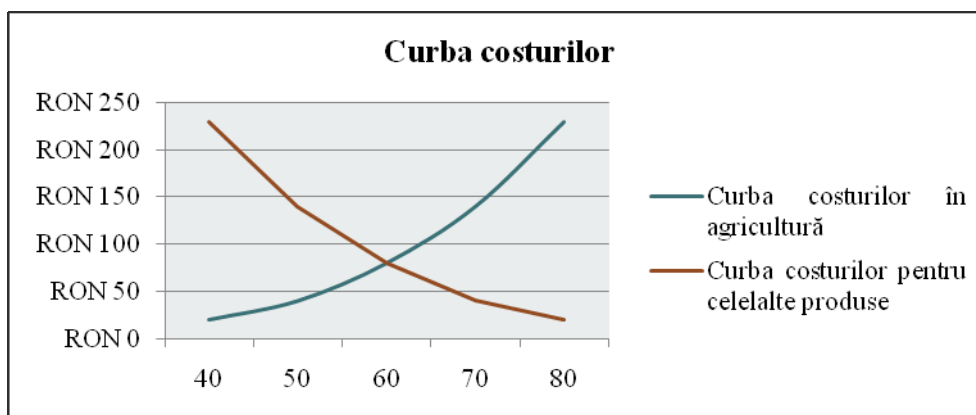


FIG. 2

¹⁴ Mortished, Carl. "Already we have riots, hoarding, panic: the sign of things to come?" *The Times*. Londra, Martie 7, 2008.

¹⁵ Watts, Jonathan. "Riots and hunger feared as demand for grain sends food costs soaring." *The Guardian*. Londra, Decembrie 4, 2007.

¹⁶ Leonard, K.J. "Black stem rust and threat to wheat growers." *United States Dept. of Agriculture*. Minnesota, Februarie 8, 2008.

¹⁷ McKie, Robin, and Xan Rice. "Millions face famine as crop disease rages." *The Observer*. Londra, Aprilie 22, 2007.

¹⁸ Vitousek, P.M., H.A. Mooney, J. Lubchenco, and J.M. Melillo. "Human Domination of Earth's Ecosystems." *Science*. 1997.

¹⁹ Bai, Z.G., D.L. Dent, L. Olsson, and M.E. Schaepman. *Global assessment of land degradation and improvement*. Roma: FAO/ISRIC, 2008.

Datorită acestei anomalii, prețurile produselor agricole au început să crească începând cu anul 2001 (vezi

Fig. 3), având ca bază în primul rând țările asiatică²⁰ care și-au început în aceeași perioadă ascensiunea economică și implicit au determinat creșterea cererii având în vedere că oferta de produse agricole din aceste țări mai poate crește doar prin inovații tehnologice.

Creșterile rapide în prețurile alimentelor de pe piețele naționale și globale din ultimii ani, au contribuit la creșterea temerilor regulatorilor și analiștilor economici pe probleme de agricultură în legătură cu sistemele globale de alimente și ecosistemul care le suportă. Creșterile rapide în prețurile bunurilor alimentare de bază precum porumbul, grâul, orezul, soia au oglindit creșterea în prețurile produselor energetice, și au întărit ideea că sectorul agricol și cel energetic devin din ce în ce mai legate.²¹

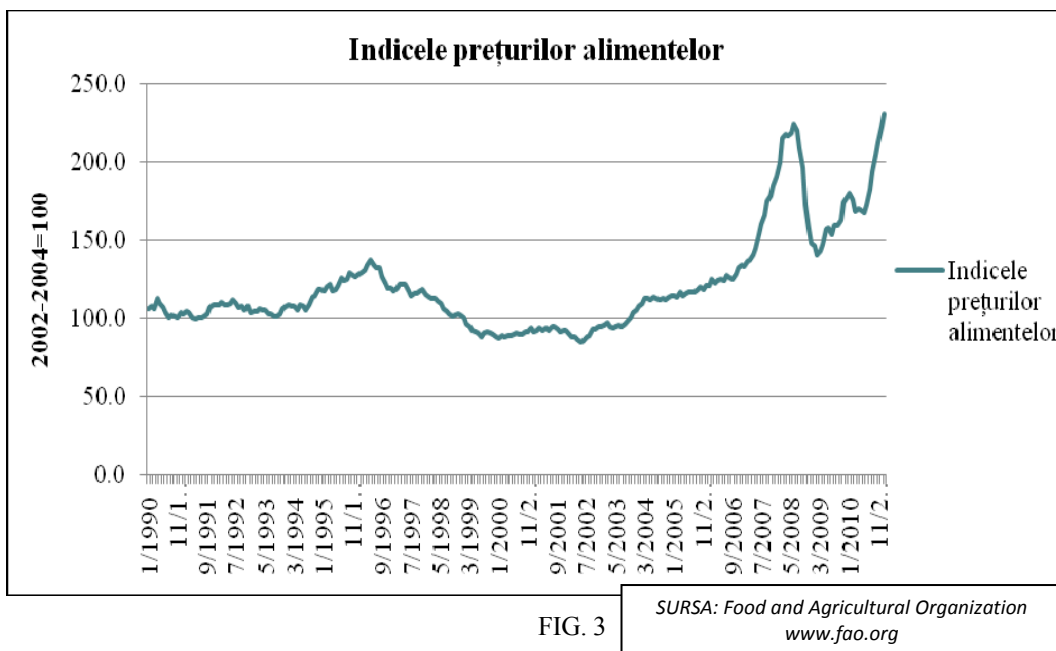


FIG. 3

Începând cu luna august a anului 2008, prețurile au început însă să scadă, ca reacție la scăderea prețului petrolului folosit în cantități mari în această industrie, dar și a fertilizatorilor, care reprezintă și ei o parte importantă din costurile de producție.

Literatura de specialitate, mai pune accentul în special pe creșterea rapidă a producției de biocombustibili care a început tot undeva în jurul anilor 2000, dar și pe creșterea acțiunilor speculative în piețele alimentelor. Câteva discuții care au apărut în literatură recent, încearcă să explice contribuția fiecăruia dintre acești factori - luând în calcul și principalii indicatori macroeconomici.

Majoritatea autorilor nu consideră totuși că o singură cauză a condus la situația creată, ci mai degrabă un ansamblu de factori care au acționat simultan, astfel printre factorii respectivi amintim:

²⁰ Reprezentative pentru aceste țări sunt mai ales China și India care împreună au o populație ce reprezintă 38% din populația totală a lumii, produc aproximativ 30% din produsele agricole la nivel internațional și în același timp consumă 45% din aceste produse.

²¹ Schmidhuber, J. „Impact of an increased biomass use on agricultural markets, prices and food security: A longer term perspective.” Simpozionul "Europa Noastră". Paris, Noiembrie 2006.

1. Cererea de cereale și porumb pentru producția de biocombustibili. O parte semnificativă de porumb în Statele Unite ale Americii, semințe de ulei în Europa și zahăr în Brazilia sunt utilizate pentru producerea de biocombustibili, deseori cu ajutorul a variate măsuri și politici guvernamentale care vizează reducerea poluării.

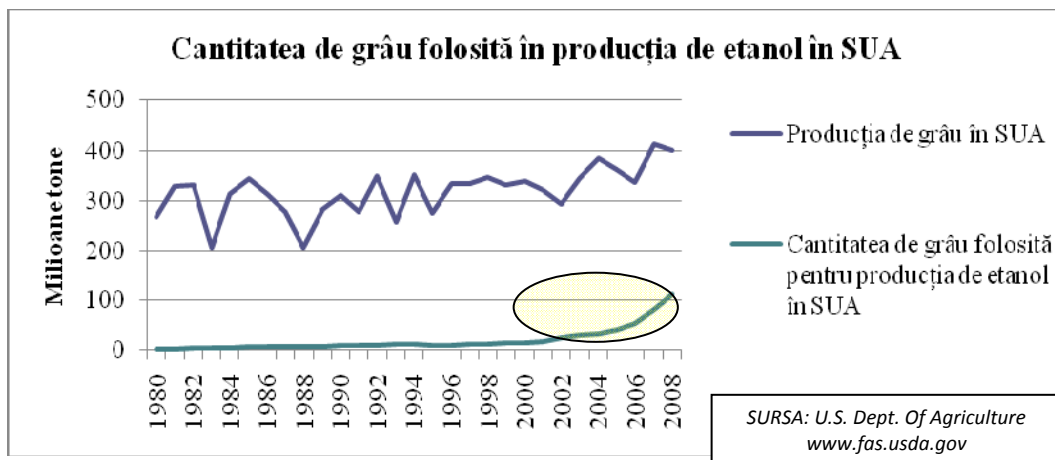
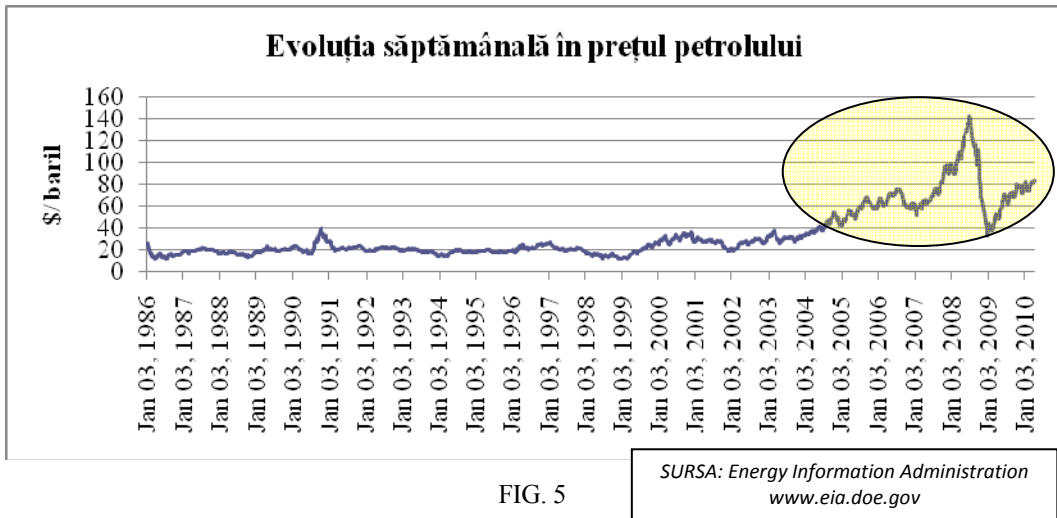


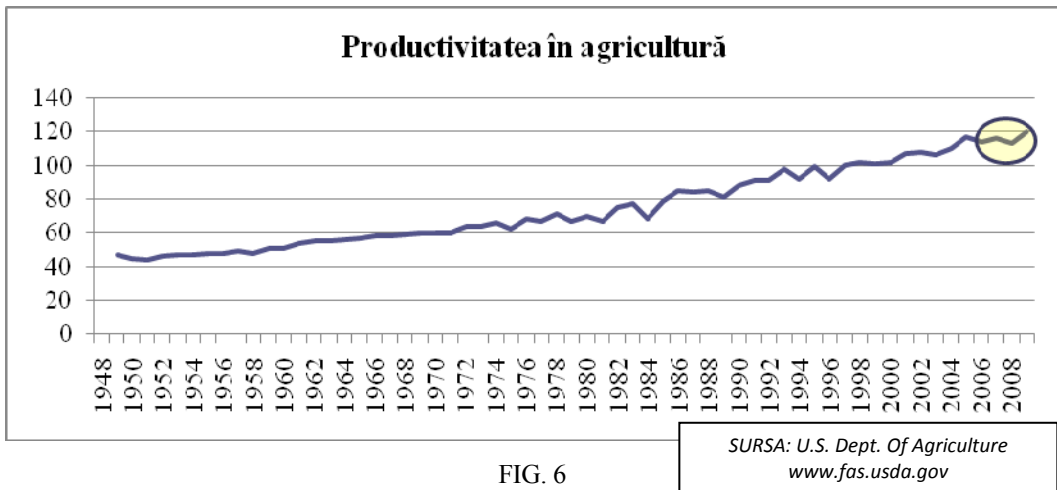
FIG. 4

Acest lucru a contribuit deci semnificativ la creșterea cererii pentru produsele agricole, iar în mod indirect a contribuit la creșterea cererii pentru alte bunuri care sunt folosite în producția acestora, precum pământul. Dar cum această problematică nu este tocmai recentă, este puțin probabil ca acesta să fi fost un factor major în creșterea rapidă a prețurilor, mai degrabă ea a avut decât un efect de amplificare prin cumulare cu ceilalți factori.

2. Creșterile în prețul petrolului. Prețul petrolului a început să crească în 2004, și a continuat să crească de-a lungul ultimilor ani, înainte de declinul din 2008. Motivul acestor creșteri a fost creșterea cererii din partea țărilor în dezvoltare cu economii bazate pe factorul energetic. Creșterea prețului petrolului a implicat creșterea costurilor de producție din agricultură și transport, inducând o cerere mai mare pentru energii alternative, care în contextul temerii în creștere asupra schimbării climatului a creat o cerere puternică pentru biocombustibili. Aceasta în schimb a dus la creșterea cererii pentru produse agricole necesare la producția de biocombustibili astfel că prețurile bunurilor agricole și în special cele folosite la producerea de biocombustibili au urmat aceeași tendință ceea ce ne face să credem că există o legătură accentuată între prețul petrolului și cel al bunurilor agricole ceea ce ar fi fost unul dintre factorii principali care au contribuit la creșterile și scăderile bruște în prețul bunurilor agricole.



3. Ratele reduse de creștere a productivității. De-a lungul ultimilor ani de la ultima mare criză a alimentară, prețurile acestor bunuri s-au depreciat în termeni reali datorită creșterilor ratelor productivității. În ultima perioadă însă, agricultura a fost neglijată în majoritatea țărilor în curs de dezvoltare, după cum Banca Mondială arată în raportul World Development. Neglijarea nu numai că implică stagnarea productivității, datorită investițiilor scăzute, dar de asemenea a creat și impresia că oferta de produse agricole nu a fost o problemă într-o lume a prețurilor mici și a populației în continuă creștere.



4. Declinul progresiv în stocurile de produse agricole. Partea din stocurile de cereale destinată consumului populației a scăzut considerabil în perioada 2000-2008. Pentru cele mai importante bunuri agricole, acest declin putând proveni în mare din scăderea stocurilor Chinei și Indiei.

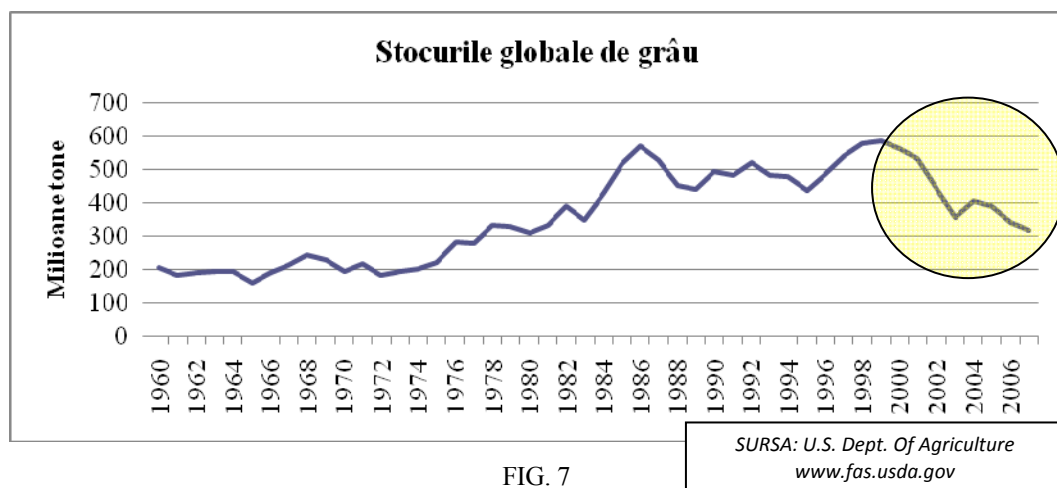


FIG. 7

5. Speculațiile de pe piețele bunurilor agricole. Acest factor a fost evidențiat de majoritatea analiștilor și politicienilor, ei având o atitudine prin care au blamat schimburile de bunuri efectuate cu scopul determinat de a crește prețurile. Specula este un fapt în toate piețele de bunuri, și este un ingredient necesar al comerțului cu bunuri, orice agent care cumpără un contract pentru bunuri (în piețele efective sau contract futures²²) cu intenția de a vinde mai târziu pentru un profit fiind considerat speculator. Intrarea în scenă a marilor fonduri de investiții în ultimii ani a ridicat, însă, semne de întrebare asupra utilității schimburilor organizate și asupra rolului speculei în creșterile prețurilor. Analize detaliate ale evenimentelor trecute²³ sugerează că există o singură dovadă și aceea destul de evazivă, asupra faptului că fondurile au contribuit la creșterea prețurilor.

6. Factorii macroeconomici. În timp ce majoritatea analiștilor din piețele bunurilor, caută factori fundamentali pentru a explica creșterile prețurilor pentru fiecare bun în parte, există o serie de factori macroeconomici care afectează toate bunurile și care au avut partea lor de influență. Recenta explozie a prețurilor bunurilor a implicat toate tipurile de bunuri nu numai cele agricole. Unul din factorii cheie care a alimentat o asemenea explozie se pare că a fost o perioadă în care se câștigau destul de ușor bani, care a rezultat într-o expansiune rapidă a lichidității globale, un dolar slab și rate de dobândă scăzute. Este de notat că boom-ul precedent a fost de asemenea precedat de o perioadă lichiditate crescătoare alimentată de deficite bugetare mari ale SUA și politici monetare pierzătoare, asemănător anilor trecuți.

Există în fapt o serie de factori care conduc la trend-uri pe termen lung în cererea și oferta care au contribuit de asemenea la o consolidare a piețelor alimentare în ultimul deceniu. Aceste trend-uri sunt determinate de schimbări de mediu și socio-economice, precum și de politicile de reglementare a agriculturii și sectorului energetic, incluzându-le pe acelea care încurajează producția de biocarburanți din produsele agricole.²⁴

²² Contractele futures sunt instrumente financiare derivate ce au la baza active suport - acțiuni, obligațiuni, curs valutar, mărfuri, indici. Cel care intră într-un contract futures se obligă să cumpere (poziție long) / să vândă (poziție short) activul suport la prețul stabilit în momentul tranzacției la o dată prestabilită (scadență). Ele au fost folosite pentru prima dată de agricultori, ca o garanție împotriva variațiilor de preț datorate sezonității produselor

²³ Gilbert, C.L. *Commodity speculation and commodity investment*. New York: Journal of Commodity Markets and Risk Management, 2009

²⁴ ²¹ Msangi, Siwa, și Mark Rosegrant. „World agriculture in a dynamically-changing environment: IFPRI's long-term outlook for food and agriculture under additional demand and constraints.” *FAO Expert Meeting on How to feed the World in 2050*. Iunie 2009.

Lucrarea recentă a lui Ivanic și Martin²⁵, a arătat că impactul prețurilor ridicate ale mâncării a avut un efect diferit asupra diferitelor clase sociale. În analiza lor, o țară ca Vietnam ar putea cunoaște (de fapt așa s-a și întâmplat) o reducere netă a sărăciei, datorită faptului că prețurile ridicate ale orezului au pus persoanele care erau vânzători neți într-o poziție mult mai favorabilă ca înainte. De asemenea, Peru va cunoaște reducerea ratei sărăciei, datorită prețurilor ridicate ale porumbului, iar în Pakistan prețurile orezului și ale grâului vor contribui la reducerea sărăciei. Așa că impactul variază în funcție de regiune și de produs, dar și de particularitățile economiei naționale, mai exact ale economiei agrare. Majoritatea efectelor pozitive pe care prețurile ridicate le produc favorizează în opinia lui Ivanic și Martin zonele rurale, în timp ce menajele urbane sunt nevoite să suporte impactul negativ al prețurilor ridicate. În studiul lor, ei au luat în calcul și efectele veniturilor, care vor fi mai pronunțate (și pozitive) pentru menajele rurale care vând forță de muncă sectorului agricol.²¹

3. Studiu de caz

Pentru a întări veridicitatea ideilor expuse în capitolul anterior, am considerat necesar să facem o analiză a entităților care operează efectiv în domeniu și care au avut de beneficiat de pe urma crizei. Modelul după care am făcut analiza a constatat în extragerea datelor referitoare la veniturile și cheltuielile celor mai reprezentative entități pentru industrie, respectiv cele listate la bursele de valori locale, și care ocupă în același timp poziții fruntașe după criteriile: mărimea cifrei de afaceri precum și numărul de salariați. Transpunând datele în grafice se vede faptul că anul în care a început criza economică, a fost cel în care firmele și-au mărit proporția profitului brut, această proporție menținându-se și în 2008 pentru cinci din cele șase firme analizate.

În plus, am mai trasat și o linie de trend cu ajutorul programului MS Excel 2007, și am observat că la toate entitățile analizate profitul brut a fost situat în perioada 2007-2008 peste această linie de trend care ne arată cum ar trebui să evolueze în condiții normale profitul brut.

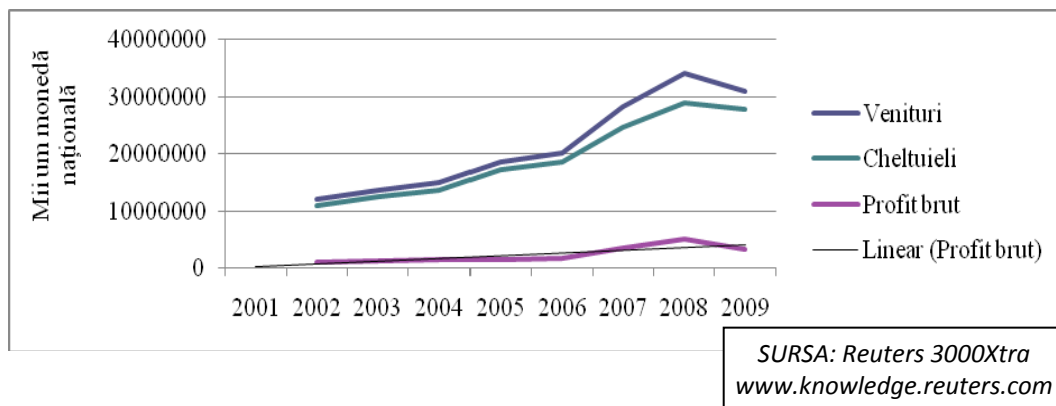


FIG. 8 SIME DARBY BHD CU SEDIUL ÎN MALAEZIA
100 000 DE ANGAJAȚI CU PRODUCȚIE PREDOMINANTĂ DE ULEI DE PALMIER

²⁵ Ivanic, M., și W. Martin. Implications of higher global food prices for poverty in low-income countries. Washington DC.: The Development Research Group of the World Bank, 2008.

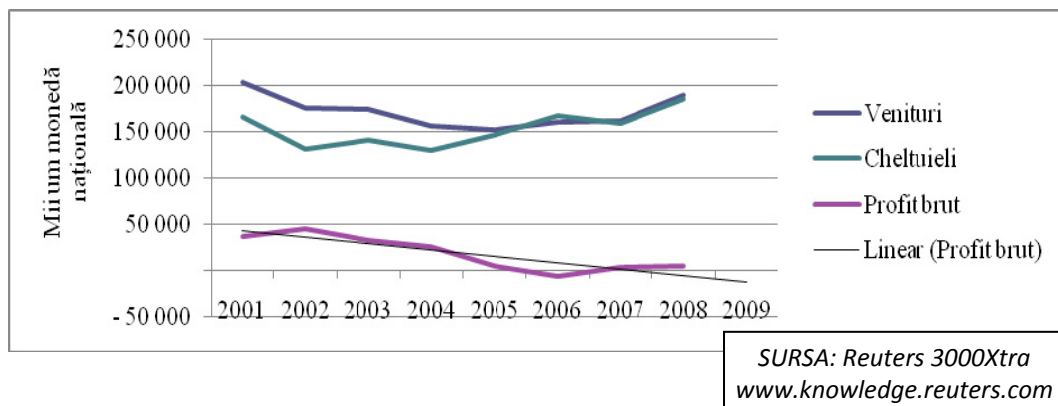


FIG. 9 CAMELLIA PLC. CU SEDIUL ÎN MAREA BRITANIE
75 000 DE ANGAJAȚI

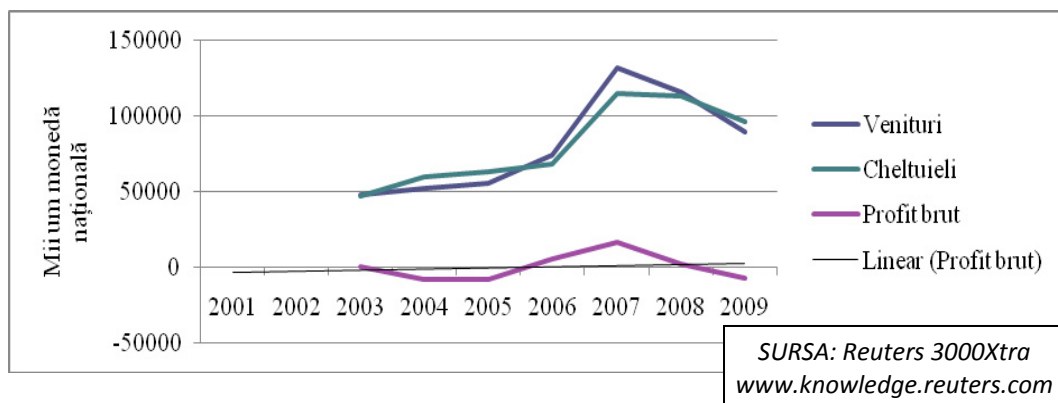


FIG. 10 ALICO INC. CU SEDIUL ÎN SUA, CU CIFRA DE AFACERI DE APROXIMATIV 120
MIL. DOLARI PRODUCE TRESTIE DE ZAHĂR, CITRICE

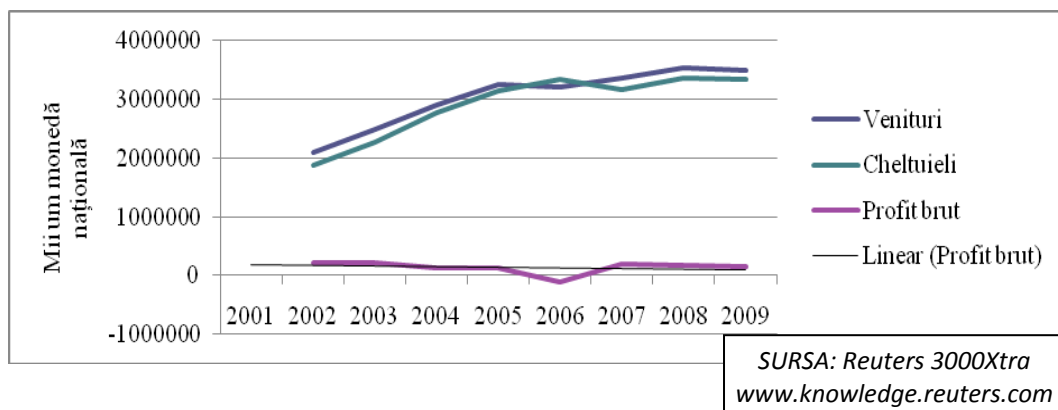


FIG. 11 FRESH DEL MONTE INC CU SEDIUL ÎN SUA, CU 44 000 DE ANGAJAȚI ȘI
OBIECTUL DE ACTIVITATE PRODUCȚIA ȘI DISTRIBUȚIA DE FRUCTE, LEGUME,
BĂUTURI NATURALE, BĂUTURI ALCOOLICE, GRÂU, PORUMB, SOIA ȘI ALTELE

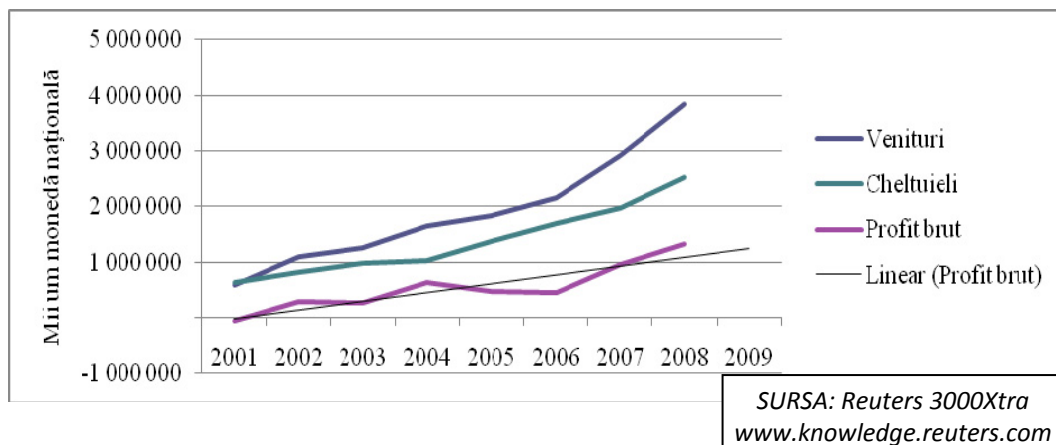


FIG. 12 PERUSAHAAN PERKEBUNAN TBK PT CU SEDIUL ÎN INDONESIA, CU O CIFRĂ DE AFACERI DE APROXIMATIV 50 MLN. EURO OBIECT DE ACTIVITATE PRODUCȚIA DE PRODUSE PE BAZĂ DE PALMIER, CAUCIUC, CACAO ȘI CEAI

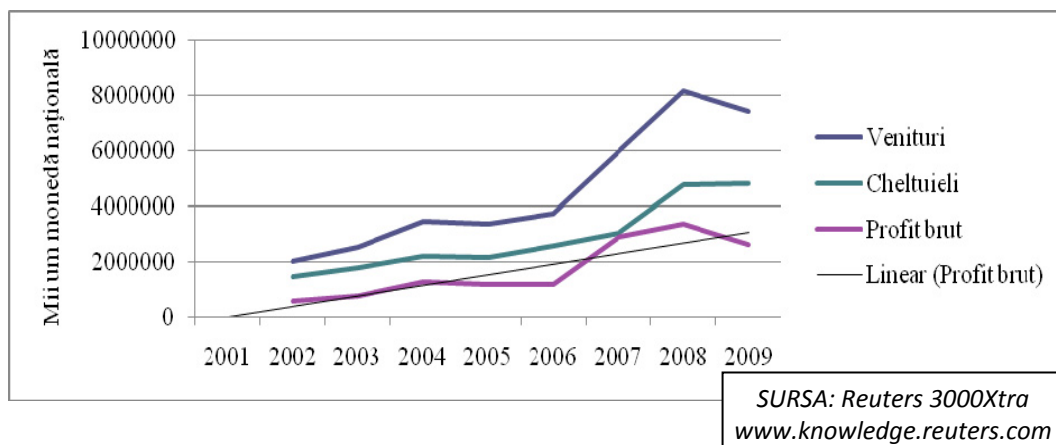


FIG. 13 ASTRA AGRO LESTARI TBK PT CU SEDIUL ÎN INDONESIA, CU 25 000 DE ANGAJAȚI ȘI OBIECTUL DE ACTIVITATE PRODUCȚIA ULEI DE PALMIER

4. Concluzii

Ceea ce rămâne deci o certitudine este că prețurile bunurilor agricole au început să crească aproximativ în același timp cu debutul crizei financiare, ajungând la maximele istorice de după prima criză alimentară și au scăzut în aproximativ doi ani, însă chiar și după această scădere, prețurile tot au rămas mult peste nivelul celor de la începutul lui 2007.

Unii specialiști consideră că factorul major care a contribuit la creșterile prețurilor, în piețele alimentare a fost creșterea economică a țărilor asiatice, în special India și China, care și-au început ascensiunea economică în undeva în jurul anului 2000 (relativ în aceeași perioadă în care prețurile alimentelor au început să ia avânt). Prin ascensiunea economică, populația respectivelor țări a dobândit forța economică necesară pentru a-și asigura măcar necesarul minim de alimente, care de altfel nu putea fi asigurat înainte de 2000, însă oferta de bunuri alimentare a întârziat să apară

datorită unui fenomen aparte întâlnit în această piață și anume inelasticitatea ofertei, care constă în aceea că la un moment dat se ajunge la o situație în care majoritatea terenurilor fertile sunt folosite iar folosirea unei unități suplimentare presupune costuri mari ceea ce îl determină pe producător să pretindă un preț mult mai mare pentru a putea mări oferta.

Alții consideră că aceste creșteri în prețurile produselor alimentare au survenit ca urmare a acțiunii întâmplătoare a unui ansamblu de factori, printre care:

1. Cererea în creștere de biocombustibili
2. Creșterea prețului petrolului
3. Creșterea prețului fertilizatorilor
4. Ratele reduse de creștere a productivității din ultimii 4 ani
5. Declinul progresiv, dar sigur în stocurile de produse agricole
6. Speculațiile din piețele alimentare
7. O serie de factori macroeconomici

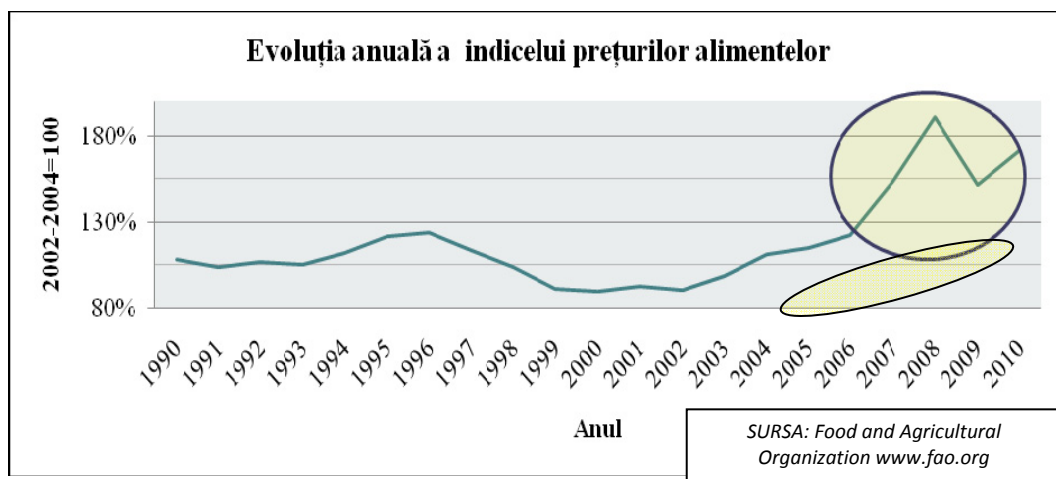


FIG. 14

Ceea ce am demonstrat în lucrarea de față este că prețurile au crescut mai mult decât costurile, contribuind semnificativ la creșterea profiturilor sau cel puțin la stagnarea la nivelul de dinainte de începerea crizei, făcând astfel ca sectorul agricol să fie unul dintre singurele sectoare care nu au fost afectate de criza financiară.

Având în vedere că am demonstrat deja că prețurile au crescut în ritmuri alarmante în perioada 2007-2008 ca urmare a acțiunii simultane a mai multor factori, am verificat dacă nu cumva costurile entităților au crescut mai mult decât au făcut-o prețurile, iar singurul mod în care se putea realiza acest lucru a fost să comparăm rezultatele brute ale celor mai reprezentative entități pentru acest sector luând ca perioadă de referință perioada 2001-2009.

Dovada că sectorul agricol a fost unul profitabil a fost foarte bine evidențiată cu ajutorul graficelor generate având ca bază datele referitoare la veniturile, cheltuielile și profitul brut. Am văzut că în cinci din cele șase entități analizate profitul brut a atins maximele istorice în perioada 2007-2008, și am mai observat cu ajutorul liniei de tendință, pentru profitul brut, că toate entitățile analizate au înregistrat profit brut care s-a situat deasupra liniei de tendință.

O altă faptă care stă mărturie celor susținute de noi este că în ultimul timp au început să ia amploare investițiile internaționale în pământ, astfel menționăm achizițiile de terenuri din Africa de

către state din Golf pentru producerea de alimente precum și interesul companiilor europene și nord americane față de oportunitățile de a investi în acest domeniu.

Oricum, ceea ce a rămas după acea perioadă a prețurilor ridicate ale alimentelor este că s-a adus în atenția țărilor necesitatea unor investiții pentru menținerea și creșterea capacității sectorului agricol pentru a îndeplini cerințele unei populații în creștere. Posibilitatea îmbunătățirii productivității împreună cu previziunile asupra bunurilor agricole impune practic necesitatea investiției publice în producția principalelor alimente, pe de altă parte însă, și rolul sectorului privat va fi crucial în păstrarea raportului dintre ofertă și cerere, chiar dacă nu este încă clar că investițiile private vor avea intensitatea necesară.

REFERINTE BIBLIOGRAFICE

- Key Indicators of the Labour Market Programme". *International Labour Organization*. <http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/kilm/index.htm>, 7 Septembrie 2009.
- „At Tyson and kraft Grain Craft Cost Limit Profit.” *The New York Times. Bloomberg*. New York, 6 Septembrie 2007.
- Bai, Z.G., D.L. Dent, L Olsson, și M.E. Schaezman. *Global assessment of land degradation and improvement*. Roma: FAO/ISRIC, 2008.
- Barrionuevo, Alexei, și Keith Bradsher. „Sometimes a Bumper Crop Is Too Much of a Good Thing.” *The New York Times*. New York, 8 Decembrie 2005.
- Evans, A. „Rising Food Prices: Drivers and implications for development.” *Catham House*. Februarie 2008.
- FAO. „Soaring Food Prices: Facts, Perspectives, Impacts and Actions Required.” *FAO*. Roma, 2008.
- Feynman, Joan, și Alexander Ruzmaikin. „Climate stability and the development.” *Climatic Change*. Pasadena, California, October 2007.
- Gilbert, C.L. *Commodity speculation and commodity investment*. New York: Journal of Commodity Markets and Risk Management, 2009.
- Hamilton, Richard. „Agriculture's sustainable future: breeding better crops.” *Scientific American*, Iunie 2009.
- Harmsen, Karl. „Director of UNU's Ghana-based Institute for Natural Resources in Africa.” *mongabay.com*.
- Holldobler, B., și E.O. Wilson. „The Ants.” *Cambridge MA*. Cambridge, 1990.
- Ivanic, M., și W. Martin. *Implications of higher global food prices for poverty in low-income countries*. Washington DC.: The Development Research Group of the World Bank, 2008.
- Leonard, K.J. „Black stem rust and threat to wheat growers.” *United States Dept. of Agriculture*. Minnesota, 8 Februarie 2008.
- McKie, Robin, și Xan Rice. „Millions face famine as crop disease rages.” *The Observer'*. Londra, 22 Aprilie 2007.
- McMullen, Allia. „Forget oil, the new global crisis is food.” *Financial Post*. Toronto, 7 Ianuarie 2008.
- Mortished, Carl. „Already we have riots, hoarding, panic: the sign of things to come?” *The Times*. Londra, 7 Martie 2008.
- Msangi, Siwa, și Mark Rosegrant. „World agriculture in a dynamically-changing environment: IFPRI's long-term outlook for food and agriculture under additional demand and constraints.” *FAO Expert Meeting on How to feed the World in 2050*. Iunie 2009.
- Schmidhuber, J. „Impact of an increased biomass use on agricultural markets, prices and food security: A longer term perspective.” *Simpozionul "Europa Noastră"*. Paris, Noiembrie 2006.
- Schneider, Keith. „Science Academy Recommends Resumption of Natural Farming.” *The New York Times*. New York, 8 Septembrie 1989.
- Vitousek, P.M, H.A. Mooney, J. Lubchenco, și J.M. Melillo. „Human Domination of Earth's Ecosystems.” *Science*. 1997.
- von Braun, J. „The World Food Situation: New Driving Forces and Required Actions.” *Food Policy Report*. Washington D.C.: International Food Policy Research Institute, 2008.
- Watts, Jonathan. „Riots and hunger feared as demand for grain sends food costs soaring.” *The Guardian*. Londra, 4 Decembrie 2007.

SCHIMBAREA STRUCTURII ACTIVELOR TRANZACȚIONATE LA BURSĂ

Elena Rotaru¹

Abstract

This study highlights the evolution of the stock market over the past three years and the crisis effects on the structure of traded assets on the stock market. In recent years the Romanian capital market has entered a new cycle stock where fixed income assets has a greater trading value than the shares.

The period of time in which Bucharest Stock Exchange indicators will confirm the onset and development of this new cycle depends on many factors that can influence the dynamics of stock markets, factors that are influenced both by internal developments, and international. There are uncertainties about the evolution of economic and financial processes and how it will affect the future stock market in Romania. In this uncertain context, the main objectives of the Bucharest Stock Exchange are increasing liquidity and strengthening the recovery trend of investors returning to local markets. An upward trend in the market of fixed-income instruments is registered by bonds, this trend is largely due to massive investment of bond funds with low risk. Bond funds are invested in government bonds, municipal and corporate investment, more than 70% of these funds are in bonds. The importance of financial derivatives has increased in the last year, being placed on the stock market services of making market, a beneficial move to the volume of traded assets. In conclusion Bucharest Stock Exchange must find new ways to prevent losses caused by cyclical stock.

Cuvinte cheie: bursă, active bursiere, obligațiuni, piață de capital, indici bursieri.

1. INTRODUCERE

Orice economie națională, indiferent de nivelul său de dezvoltare, este caracterizată de existența și funcționarea unor piețe specializate, unde se întâlnesc și se reglează, liber sau dirijat, cererea și oferta de active financiare, necesare creării de resurse pentru dezvoltarea producției de bunuri și servicii în cadrul firmelor. În economia financiară circuitul activelor financiare are loc între mulțimea ofertanților de fonduri (investitorii) și mulțimea utilizatorilor acestora, în vederea realizării unicului scop: satisfacerea nevoii economice, a cărei finalizare este profitul.

Evoluțiile pieței bursiere autohtone din ultimii doi ani sugerează că piața de capital autohtonă se află în fața unui nou ciclu bursier. Intervalul de timp în care indicatorii BVB vor confirma debutul și dezvoltarea acestui nou ciclu depinde însă de o multitudine de factori care pot influența dinamica piețelor bursiere, factori care țin atât de evoluții interne, dar și internaționale. Există încă multe incertitudini cu privire la fenomenele economice și financiare din anul 2011 și de aceea este dificil de a creiona modul în care piața de capital din România va evolua pe parcursul acestui an. Într-un astfel de context intern și internațional caracterizat în primul rând prin incertitudine, principalele obiective ale BVB au în vedere creșterea lichidității și consolidarea tendinței de revenire a investitorilor în piață. Adoptarea unui nou model operațional care să includă conturi individuale și globale, introducerea împrumutului de acțiuni care să permită debutul operațiunilor de tip „short selling”, lansarea pe piață a produselor financiare structurate sau autorizarea unui sistem alternativ de tranzacționare care să fie administrat de către BVB sunt doar câteva măsuri care au fost realizate în anul 2010. Pentru aceasta este însă nevoie și de o colaborare mult mai strânsă între toate instituțiile pieței de capital din România.

Dacă anii bursieri 2009 - 2010 ar trebui să primească totuși o marcă distinctivă, o denumire care să-i diferențieze de ceilalți ani de funcționare ai BVB, atunci ar putea fi numiți „anii

¹ Masterand, Facultatea de Științe Economice, Specializare Finanțe – Asigurări, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București. Studiul a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ. dr. Mărgulescu Serghei

instrumentelor financiare cu venit fix². Numărul total al tranzacțiilor cu obligațiuni s-a apropiat în anul 2009 de pragul de 1.000 de operațiuni, în condițiile în care rulajul pe piața obligatară a înregistrat la BVB un record absolut: peste 300 milioane EUR. Acest nivel este de aproape cinci ori mai mare decât valoarea tranzacțiilor cu obligațiuni din anul anterior și se situează chiar și peste nivelul maxim de lichiditate care fusese atins în anul 2006. În anii 2009 – 2010, tranzacțiile bursiere secundare cu obligațiuni au dominat piața și au avut ca principal motor tranzacțiile cu titluri de stat.

2. BURSA DE VALORI BUCUREȘTI ÎN PERIOADA 2008 – 2010

Bursa de valori este una din cele mai importante instituții ale economiei de piață, un segment al pieței financiare, o piață secundară organizată, transparentă și supravegheată, pe care se încheie tranzacții referitoare la valori mobiliare, derivate ale acestora. „Legea Madgearu”² – definește bursele ca fiind „instituții publice create în scopul de a reuni pe comercianți, industriași, producători, armatori și asigurători în vederea negocierii valorilor publice și private, monedelor, devizelor, mărfurilor, produselor, închirierii vaselor și acoperirii riscurilor de tot felul”. Prin urmare bursa este o piață, care se particularizează prin obiectul tranzacțiilor și modul de organizare și funcționare.

Bursa de Valori București a fost creată ca o piață care să reunească elita firmelor listate și tranzacționate din țara noastră, selectate pe baza unor criterii riguroase de performanță și eficiență. Bursa de Valori București a fost înființată la 21 aprilie 1995 prin decizia Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare, ca instituție de interes public investită cu personalitate juridică ce își desfășoară activitatea pe principiul autofinanțării.

Chiar dacă în ultimele decenii știința economică a cunoscut progrese spectaculoase iar autoritățile guvernamentale sau monetare și-au diversificat mult paleta de instrumente care să le permită anticiparea și influențarea evoluțiilor economice, totuși criza financiară internațională din ultimii ani a demonstrat încă o dată că economia în ansamblul său și diversele piețe care o compun păstrează încă multe zone insuficient descifrate. În categoria fenomenelor care prin evoluția lor continuă să surprindă economiștii ar putea fi incluse și ciclurile economice.

Deși teoria ciclurilor economice este astăzi larg acceptată, rămâne în continuare aproape imposibil de precizat „ex-ante” care este durata unui ciclu economic sau când urmează să se declanșeze o anumită etapă a acestuia. De asemenea, ciclicitatea rămâne un fenomen care se manifestă nu doar la nivelul economiei reale, dar și în evoluția diverselor piețe care o compun, inclusiv a piețelor financiare. Nu fac excepție nici piețele bursiere, indiferent că este vorba de o piață bursieră internațională dezvoltată sau de o bursă emergentă.

Pierderile importante produse la sfârșitul anului 2008, anul 2009 și începutul lui 2010 de acțiunile listate la Bursă justifică reorientarea investitorilor către alte instrumente, cu riscuri mai mici și randamente acceptabile. Criza financiară a schimbat coordonatele privind preferințele investiționale. Dacă în anii trecuți acțiunile erau cele mai căutate, oferind un randament superior dobânzilor bancare sau obligațiunilor, în anii 2009 - 2010 s-a văzut o fugă a investitorilor de plasamentele riscante și acceptarea unor mai sigure, chiar cu randamente mai scăzute. Investițiile în instrumente purtătoare de dobândă sunt deja la mare căutare pentru că randamentele plătite de băncile românești atât pentru sumele în lei, cât și pentru cele în euro sunt atractive. Chiar dacă un astfel de câștig este comparabil cu media anuală a unui investitor pe termen lung la bursă, garantarea depozitelor în limita a 100.000 de euro și riscul indiscutabil mai redus fac ca investitorii mici și medii să prefere depozitele bancare.

După un an în care obligațiunile au adus printre cele mai bune randamente, investitorii activi de la Bursa de Valori București (BVB) ar trebui să-și reorienteze atenția către instrumentele cu venit fix. Având la dispoziție și titlurile de stat, problema nu ar trebui să fie dificilă, deși lichiditatea este

² „Legea română asupra burselor” din 1929

mult prea redusă pentru potențialul pieței. Atingerea unui nivel de dezvoltare a pieței obligatizare similar celui existent pentru bursele vecine ar putea să mai întârzie încă 3-5 ani. Și instrumentele financiare derivate au reușit în anii 2009 și 2010 să își crească importanța în economia generală a pieței bursiere (până la aproape un procent), deși numărul de contracte tranzacționate a fost inferior celui din anul precedent.

Pe toate segmentele Bursei de Valori București rulajele au acumulat 2,15 miliarde de euro în 2010, în creștere cu 29% față de 2009.

Tabel nr. 1³

A. Indicatori bursieri de baza / Main market indicators			
Indicator/ Market Indicator	Unitatea De Masura/ Unit Of Measure	Valoare Absoluta/ Absolute Value	Variatie % Fata De Luna Precedenta / Variation % Compared To Last Month
Valoarea totala tranzactionata/ Total turnover	mil. RON	440,91	51,34%
	mil. EUR	102,74	51,41%
	mil. USD	135,82	46,26%
Valoarea medie zilnica a tranzactiilor/ Daily average turnover	mil. RON	22,05	66,47%
	mil. EUR	5,14	66,55%
	mil. USD	6,79	60,89%
Capitalizarea bursiera/ Market Capitalization	mil. RON	102.442,62	11,38%
	mil. EUR	23.892,21	11,29%
	mil. USD	31.662,07	13,12%
Nr de titluri tranzactionate/ Traded no. of financial instruments (shares, bonds, rights and futures)	Nr./No.	282.464.029	-9,4%
Nr tranzactiilor/ No. of trades	Nr./No.	39.564	-18,55%
Indicele BET/ BET Index	Puncte/index points RON	5.268,61	3,43%
	Puncte/index points EUR	4.293,96	3,41%
	Puncte/index points USD	1.245,09	4,86%
Indicele BET-FI/ BET-FI Index	Puncte/index points RON	21.980,58	6,31%
	Puncte/index points EUR	11.158,17	6,29%
	Puncte/index points USD	17.136,07	7,78%
Indicele BET-XT/ BET-XT Index	Puncte/index points RON	470,61	4,03%
	Puncte/index points EUR	381,28	4,01%
	Puncte/index points USD	380,97	5,47%
Indicele ROTX/ ROIX Index	Puncte/index points RON	10.864,58	5,62%
	Puncte/index points EUR		
	Puncte/index points USD		
Indicele BET-NG/ BET/NG Index	Puncte/index points RON	771,97	4,35%
	Puncte/index points EUR	625,56	4,33%
	Puncte/index points USD	625,05	5,8%
Indicele BET-C/ BET-C Index	Puncte/index points RON	3.111,17	3,9%
	Puncte/index points EUR	1.984,08	3,88%
	Puncte/index points USD	819,50	5,34%

Cotațiile acțiunilor tranzacționate la Bursa de Valori București (BVB) au avut, în general, evoluții pozitive în anul 2010. Indicele BET, care arată evoluția celor mai lichide zece titluri listate la BVB, a plusat 12,3% până la 5.268,61 puncte, BET-C a urcat cu 14,6% până la 3.111,17 puncte, iar BET-NG a urcat cu 29,5% până la 771,97 puncte. BET-XT a încheiat la 470,61 puncte, cu o creștere de 1,9%, după cum se poate observa în tabelul 1.

³ Raport lunar Bursa de Valori București, decembrie 2010.

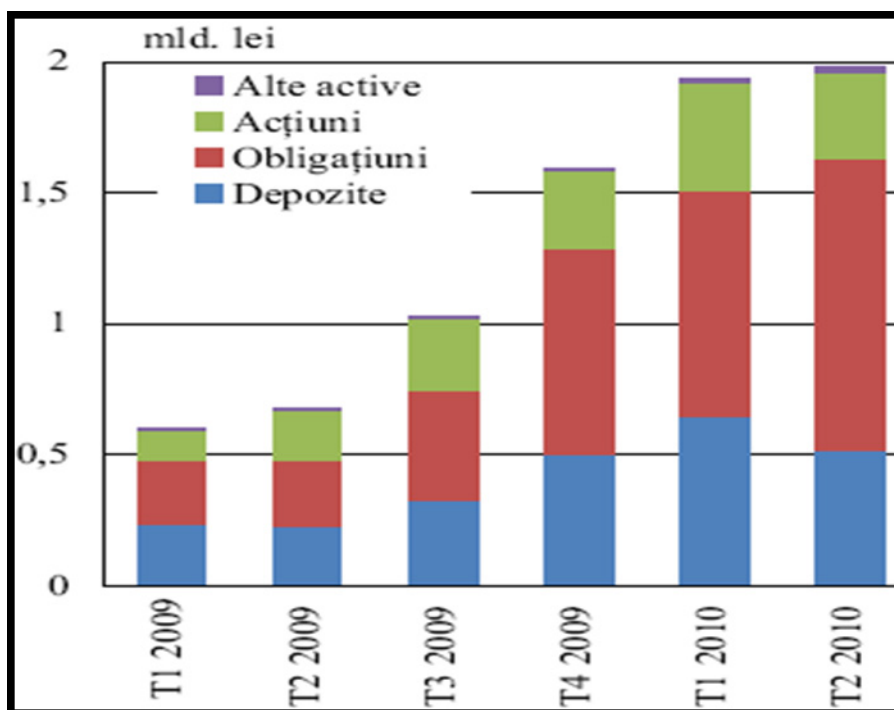
Indicele BET-FI, al celor cinci societăți de investiții financiare (SIF), a fost singurul indice care a înregistrat scăderi și a închis anul 2010 la 21.980,58 puncte după un declin de 8%, iar indicele ROTX, jucat la Bursa din Viena a crescut cu 0,28%, până la 10.864,58 puncte.

Obligațiunile, o opțiune tot mai căutată.

O tendință ascendentă pentru piața instrumentelor cu venit fix în contextul actual nefavorabil pentru acțiuni. Condiția de bază este ca randamentele obligațiunilor aflate la vânzare să rămână la niveluri atractive. Însă există și o problemă pentru piața obligațiunilor, aceea că majoritatea emisiunilor de obligațiuni corporative (inclusiv cele mai tranzacționate din ultima perioadă, BIRD și BCR) ajung la scadență anul acesta. Piața de capital a trecut peste etapa de panică, acum intrând în cea de re-orientare și restructurare a portofoliilor. Cum apetitul la risc din urmă cu un an nu se compară deloc cu cel actual, instrumentele monetare - mai ales obligațiunile - pot reprezenta soluții eficiente de plasament. În plus, ne aflăm într-un moment favorabil pentru investitorii străini ca să efectueze investiții în instrumente în lei (raportul EUR/RON fiind la maxime istorice), fapt care menține interesul la cumpărare pe obligațiuni pe un trend crescător.

Sfârșitul anului trecut a demonstrat deja o creștere a lichidității pieței obligațiunilor. Au fost câteva zile din decembrie și ianuarie în care valoarea tranzacționată pe piața obligațiunilor a depășit-o pe cea de pe piața acțiunilor, fapt care s-ar putea repeta și în perioada următoare. Obligațiunile, spre deosebire de depozite - oferă în general un randament puțin mai ridicat și o lichiditate mult mai bună, în condițiile în care plasamentul poate fi lichidat înainte de maturitate prin vânzare directă pe piață.

Grafic nr.1 Structura activelor nete⁴

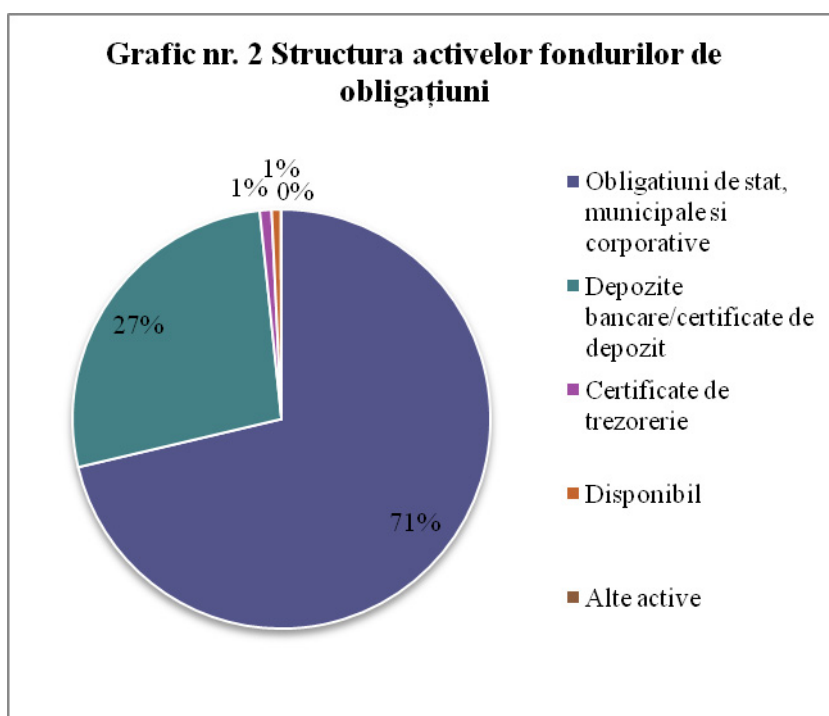


Fondurile de obligațiuni au înregistrat printre cele mai mari ritmuri de creștere din industria fondurilor mutuale, din punctul de vedere al activelor atrase de la investitori. În graficul numărul 1 se

⁴ Raport asupra stabilității financiare, BNR, anul 2010

poate observa că începând cu anul 2008, fondurile de obligațiuni au crescut simțitor, aproape triplându-și activele în fiecare an. Chiar și de la începutul acestui an, fondurile de obligațiuni au beneficiat de creșteri ale activelor de 13%. Motivele pentru care fondurile de obligațiuni înregistrează un succes atât de mare sunt:

1. Momentul care a marcat startul creșterii accelerate a investițiilor în fondurile de obligațiuni coincide cu “prăbușirea” bursei locale. Astfel, în 2008, investitorii care achiziționau în mod tradițional acțiuni, s-au reprofilat odată cu scăderea bursei, alegând să își mute investițiile în fondurile de obligațiuni, instrumente cu un grad de risc mult mai scăzut. În consecință, deși randamentele anuale erau aproximativ de 30%, scăderile de până la 70% de pe bursa locală i-au determinat pe investitori să se refugieze în instrumente mai sigure și mult mai puțin expuse la volatilități.



Sursa datelor: Asociația Administratorilor de Fonduri din România

Fondurile de obligațiuni investesc într-o proporție ridicată în obligațiuni, fie că acestea sunt obligațiuni de stat, municipale sau corporative, după cum se poate observa în graficul numărul 2. Restul banilor sunt investiți în alte instrumente cu grad scăzut de risc, cum ar fi depozitele bancare. Datorită faptului că agregă sume mari, administratorii fondurilor de obligațiuni negociază cu băncile rate ale dobânzii ridicate pentru depozitele plasate, contribuind astfel la creșterea randamentului fondului.

Printre cele mai convingătoare argumente legate de riscul scăzut al fondurilor de obligațiuni se numără faptul că nu au voie să investească în acțiuni. Conform noii clasificări a fondurilor de investiții (preluată după standardele EFAMA) fondurile de obligațiuni trebuie să investească 90% din active în instrumente cu venit fix, restul portofoliului putând fi investit în alte instrumente mai puțin acțiuni. În acest moment exista pe piața românească 5 fonduri de obligațiuni, dintre care doar unul investește în acțiuni, însă până la data de 30 iunie 2010, a trebuit să își alinieze politica de investiții pentru a se încadra în normele specifice categoriei fondurilor de obligațiuni.

2. Randamentele oferite de fondurile de obligațiuni sunt extrem de atractive pentru cei cu aversiune față de risc. Fondurile de obligațiuni au fost performerele pieței înregistrând randamente de până la 14%. De altfel, randamentul fondurilor de obligațiuni s-a situat de-a lungul timpului cu mult deasupra ratei inflației și ratei medii a dobânzii practicate la depozitele bancare pe un an. În anul 2010 fondurile de obligațiuni au avut o performanță cuprinsă între 6.93% – 11.79%, randament superior atât ratei inflației (7,88 %) estimate cât și ratei medii a dobânzii la depozitele pe un an (aproximativ 3%).

3. Strategiile de vânzare ale administratorilor bancari și-au pus cu siguranță amprenta asupra intrărilor de bani în fondurile de obligațiuni. Administratorii de fonduri care fac parte din rețele bancare extinse au intensificat eforturile de atragere de investiții în aceste fonduri prin intermediul rețelilor bancare, așa încât cele mai mari adeviziuni în fondurile de obligațiuni au fost înregistrate în cazul administratorilor din această categorie.

Tabel nr. 2 – Indicatorii bursieri pentru anii 2009-2010⁵

Indicatorii principali	An			
	2009		2010	
	Mil. Ron	Mil. EUR	Mil. RON	Mil.EUR
Total piata				
Valoare tranzactionata totala	6464,87	1527,49	6477,37	1562,35
Societati admise la tranzactionare				
Numar societati	69		72	
Capitalizarea bursiera	80074,50	19052,65	92012,86	21664,87
Valoarea tranzactionata	5082,95	1201,49	4145,07	997,50
Rata lichiditatii (val. tranz./capitalizare)	7,93		4,98	
PER piata	14,42		11,37	
PER piata/Valoare nominala	1,04		1,02	
Rata dividendului	2,81		1,44	
Societati nelistate				
Numar societati nelistate	31		27	
Valoare tranzactionata	9,74	2,31	5,27	1,26
Obligatiuni				
Numar obligatiuni	60		56	
Valoare tranzactionata	1177,62	277,78	2224,15	539,21
Unitati de fond				
Numar instrumente	2		3	
Valoare tranzactionata	2,76	0,65	6,36	1,53
Produse structurate				
Numar instrumente	0		9	
Valoare tranzactionata	0,0	0,0	3,38	0,79
Futures				
Numar instrumente	42		42	
Valoare tranzactionata	67,05	15,88	93,15	22,06
Oferte publice primare				
Valoare tranzactionata	124,75	29,37	0,0	0,0

Pe piața acțiunilor valoarea de tranzacționare a totalizat 1,48 miliarde euro, cu 10,7% mai mare față de 2009. Anul care tocmai s-a încheiat a determinat un vârf de tranzacționare pentru piața obligațiunilor, care a totalizat 539,21 milioane euro în creștere față de 2009. Pe segmentul futures,

⁵ Sursa: Bursa de Valori București

2010 a fost cel mai bun an de la lansare, din 2007. Valoarea de tranzacționare a fost de 22,06 milioane euro. Și unitățile de fond tranzacționate au cunoscut o creștere față de 2009, atingând un nivel de 1,53 milioane euro. Noul instrument financiar al BVB din 2010, produsele structurate, a înregistrat o evoluție semnificativă, atingând un nivel al valorii tranzacționate de 0,79 milioane euro corespunzător unui număr de 12.706 tranzacții pentru 1,2 milioane de unități tranzacționate.

Pe fondul diminuării valorii tranzacțiilor cu acțiuni, creșterea lichidității din cadrul segmentului de piață dedicat instrumentelor financiare cu venit fix a schimbat semnificativ structura tranzacțiilor realizate la BVB. Astfel, ponderea tranzacțiilor cu obligațiuni în rulajul total al Bursei a urcat în primele luni ale anului curent la 18%. În marea lor majoritate, rulajul înregistrat din tranzacțiile cu instrumente financiare cu venit fix au avut ca obiect titlurile de stat. Și instrumentele financiare derivate au reușit în anul 2010 să își crească importanța în economia generală a pieței bursiere (până la aproape un procent), deși numărul de contracte tranzacționate a fost inferior celui din anul precedent. Modificările din structura tranzacțiilor bursiere au adus unele schimbări și în structura activității de intermediere pe piața bursieră, care a rămas însă și în anul 2010 una destul de concentrată. Astfel, primele 10 din cele 74 de firme de investiții (societăți de servicii de investiții financiare sau instituții bancare) care au realizat tranzacții la BVB au concentrat peste 60% din totalul sumelor rulate pe piață.

Piața derivatelor administrată de BVB a marcat în anul 2010 evenimente importante, de natură să asigure creșterea susținută a lichidității contractelor futures listate. Introducerea în anul 2009, a serviciilor de market making pe această piață s-a dovedit a fi benefică pentru creșterea volumelor tranzacționate. Astfel, s-au înregistrat cele mai importante volume și valori de tranzacționare pe această piață de la debutul său, dacă luăm ca referință valoarea noțională tranzacționată totală. Pe piața derivatelor sunt disponibile la tranzacționare un număr de 42 contracte futures (cu suport activ pe acțiuni, indici și curs valutar), cu un total de 40 serii listate (după numărul de scadențe trimestriale disponibile). Bursa de Valori București vrea să stimuleze piața derivatelor, astfel, din 1 decembrie 2010 până la 31 decembrie 2011 market makerii vor fi scutiți de la plata tarifelor aplicabile participanților la piața derivatelor doar pentru contractele tranzacționate pe contul house. De asemenea, în 2011, participanții prezenți pe această piață vor fi scutiți de taxe.

Sfârșitul anului 2008, 2009 și 2010 se caracterizează ca ani dificili pentru piețele financiare în ansamblul lor, evoluția piețelor de capital fiind determinată de prudența maximă înregistrată în rândul investitorilor. Semnalele scăderii PIB, volatilitatea ridicată a cursului de schimb, temeri legate de evoluții inflaționiste, intrarea în recesiune a unor economii dezvoltate sunt doar câțiva factori care au influențat comportamentul investițional. Totuși, o notă pozitivă s-a făcut resimțită în a doua jumătate a anului 2010 când nivelul piețelor de capital au început să recupereze și să revină treptat față de nivelurile scăzute atinse la sfârșitul anului 2008, 2009 și prima parte a lui 2010. Acesta a fost reliefat întocmai de evoluția indicatorilor generali ai Bursei de Valori București, dar și de valorile de tranzacționare ridicate înregistrate de piața instrumentelor cu venit fix. De aceea, s-au alocat resurse pentru proiecte viabile care să vină în întâmpinarea nevoii investitorilor de noi produse și instrumente financiare.

Aderarea unor companii de pe Rasdaq la criteriile de transparentă impuse de piața reglementată, ce a condus ulterior la listarea lor pe această piață cum ar fi SC Farmaceutica Remedia SA Bistrița, SC Boromir Prod SA Buzău, SC COMCM SA Constanța, oferta publică inițială (IPO) derulată de primul fond de investiții cu capital garantat OTP WiseRO, introducerea în premieră a serviciului de market making pentru contractele futures EUR / RON reprezintă pași în evoluția pieței de capital românești în această perioadă de criză. Toate acestea au fost completate de noi mecanisme bursiere și inițierea proiectelor de dezvoltare a pieței produselor structurate și a sistemului alternativ de tranzacționare. Aceste etape au adus un plus de diversitate în procesul investițional. Scopul ce a stat la baza dezvoltării lor a fost creșterea lichidității pieței.

BVB va continua și în 2011 diversificarea gamei de instrumente financiare disponibile la tranzacționare și va conlucra cu actorii pieței pentru a contribui la dezvoltarea pieței de capital

românești pe principii de eficiență și transparență. În acest sens, pe parcursul anului, compania BVB a realizat pași importanți în vederea listării pe propria piață reglementată în 2010.

3. CONCLUZII ȘI PROPUNERI

Bursa de Valori București încheie o etapă importantă din evoluția sa și se află într-un proces de transformare care pregătește dezvoltarea viitoare a pieței de capital din România și integrarea sa în ansamblul de piețe financiare din Uniunea Europeană.

Chiar dacă interesul pentru obligațiuni este în creștere, dificultăți apar atunci când se dorește cumpărarea acestora de la BVB. Având în vedere că practica investitorilor pe piața instrumentelor cu venit fix este de a subscrie în cadrul ofertei publice inițiale și a deține titlurile până la maturitate, ordinele de cumpărare pe piața secundară sunt greu de executat. Sunt doi factori care vor duce la sporirea lichidității obligațiunilor listate: pe de o parte, nevoia de lichiditate a băncilor poate să le determine să-și vândă o parte din portofoliul de obligațiuni deținut, iar pe de altă parte, nevoia de finanțare a companiilor și municipalităților, care vor apela la piața de capital pentru atragerea de fonduri prin intermediul unor noi emisiuni de obligațiuni din cauza blocajului creditului bancar.

O structură de emitenți (corporativi) mai bogată și mai diversă va duce și la creșterea lichidității. Încurajarea emitenților prin practicarea de către autoritățile pieței a unor costuri încurajatoare și o promovare mai mare a acestor produse de către BVB și brokeri sunt două dintre modalitățile prin care s-ar putea majora lichiditatea acestui segment. O alternativă ar fi noi emisiuni pe piața primară, autoritățile publice locale și societățile comerciale fiind tentate să se orienteze spre acest tip de finanțare. O altă problemă care ține departe investitorii de calibrul este valoarea emisiunilor. Cu excepția emisiunilor Băncii Internaționale pentru Reconstrucție și Dezvoltare (525 milioane lei), BEI Luxemburg (300 milioane lei) și BCR (242,8 milioane lei), celelalte oferte au valori mult prea reduse.

Deși la BVB se constată o creștere a interesului pentru piața obligațiunilor, până la nivelul existent în restul statelor est-europene mai este cale lungă. Pe piețele dezvoltate se tranzacționează o gamă mai largă de instrumente, de la noi lipsind creanțele securizate și tranzacționate de tipul obligațiunilor ipotecare, care totuși au determinat declanșarea actualei crize. Raportându-ne la situația externă, ar trebui să mai treacă vreo 3-5 ani până când BVB va atinge un nivel de dezvoltare similar. O creștere de proporții pe segmentul pieței obligațiunilor poate apărea deocamdată doar în ritmul în care piața de capital în general se va maturiza și în România la nivelurile din țările vest-europene. Produsele sofisticate ar putea fi primite cu greu de investitori, având în vedere că piața din România este reticentă la produsele foarte complexe în această perioadă, dar, dacă ar fi găsite soluții tehnice de deblocare a creditării, acestea ar crește semnificativ interesul investitorilor și al potențialilor emitenți.

Principalele direcții în care ar trebui să acționeze Bursa de Valori București în următorii ani ar fi: să creeze condiții optime de manifestare a cererii și ofertei de instrumente financiare și să stimuleze prezența pe piața bursieră a factorilor care dau substanță oricărei burse: emitenții, investitorii și instrumentele financiare. Cea mai sintetică modalitate de exprimare a succesului demersurilor pe care ar trebui să întreprindă Bursa de Valori București în viitor pentru dezvoltarea pieței bursiere din România să obțină prin raportare la cifrele care vor fi consemnate în dreptul a doi indicatori cantitativi: capitalizarea bursieră și valoarea tranzacțiilor.

Referințe Bibliografice

- Buletine lunare, Bursa de Valori București, 2010;
- www.BNR.ro;
- Asociația administratorilor de fonduri din România – Raport de analiză Bursa de Valori București.

DINAMICA ȘOMAJULUI ȘI IMPACTUL ECONOMIC-SOCIAL

Beatrice Andreea BIRJARU*

Abstract

Unemployment is an imbalance which is an excess of supply over demand levels and ways of working with different countries and periods of evolution, having initially temporary, and in recent decades, a permanent one, but not totally and permanently exclude the existence full employment of labor.

Cuvinte cheie : șomaj, economie, impact, repercursiuni.

1. Introducere

Șomajul este astăzi unul din fenomenele cele mai puțin acceptate care afectează economiile tuturor țărilor.

Noțiunea de șomaj provine de la cuvântul “chomage” din limba franceză, la rândul său preluat din limba greacă “cauma” care înseamnă “caldura mare” din cauza căreia se întrerupea orice activitate. La origine noțiunea de șomaj reprezenta întreruperea lucrului din cauza temperaturilor ridicate. Șomajul se poate caracteriza ca o stare negativă a economiei care afectează o parte din populația activă disponibilă prin neasigurarea locurilor de muncă. Șomerii sunt toți acei apti de muncă, dar care nu găsesc de lucru și care pot fi angajați, parțial sau în întregime, numai în anumite momente ale dezvoltării economice. Ei reprezintă, un surplus de forță de muncă, în raport cu numărul, celor angajați, în condiții de rentabilitate impuse de economia de piață.

Șomajul a devenit o problemă, odată cu dezvoltarea industrială, începând cu a doua jumătate a secolului al XVIII-lea, în perioadele de recesiune, când întreprinderile industriale își micșorau producția și, ca urmare, eliberau un număr important de muncitori, care deveneau șomerii.

Cel mai adesea, șomajul contemporan este abordat și analizat ca un dezechilibru al pieței muncii la nivel național, ca un loc de întâlnire, și de confruntare între cererea globală și oferta globală de muncă.

Șomajul apare ca rezultat exclusiv al ofertei de muncă sau de forță de muncă, cererea nefiind luată în considerare. Numai în corelarea cererii cu oferta de locuri de muncă permite aprecierea mai corectă asupra situației de pe piața muncii, dacă există sau nu șomaj. O creștere a ofertei concomitentă cu scăderea cererii determină o deteriorare a situației ocupării forței de muncă. Șomajul, dacă nu a existat până la acest moment, apare, iar dacă există, crește. Dimpotrivă, creșterea cererii și scăderea ofertei de muncă se traduc printr-o diminuare a șomajului.

2. Șomajul în România

Piața muncii nu funcționează, ca piața obișnuită atât din cauza restricțiilor legislative (patronat, sindicate) și a raportului de forțe dintre aceștia. Piața contemporană a muncii se poate afla fie în situația de echilibru, adică de subocupare sau supraocupare. Prin politicile sociale promovate de guvernele tuturor țărilor, se tind spre realizarea unui grad de ocupare (deplină) a populației active cât mai apropiat de ocuparea deplină. Potrivit opiniilor diferiților economiști români și străini, realizarea unui grad de ocupare deplină este considerată aproape imposibilă, declarând că este satisfăcător un grad de ocupare 97-98%, respectiv de neocupare de 2-3%.

* Student Birjaru Beatrice Andreea, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (beea_deea87@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ.dr. Nicoleta Jula

Conform “Biroului International al Muncii” este somer orice persoana care are mai mult de 15 ani si indeplineste concomitent urmatoarele conditii:

- este apt de munca;
- nu are loc de munca;
- esta disponibil pentru o munca salariata;
- cauta un loc de munca.

In ce priveste structura pe sectoare, dupa toate aparentele, populatia ocupata este supraestimata in mediul rural prin indrumarea acestor ajutoi familiari. Dimpotriva, industria, localizata in zonele urbane, a concediat 10% din angajati, in conditiile cresterii productiei cu 1,3%. Aceste concedieri corespund mai mult surplusului de forta de munca decat unor reale transformari structurale. La ora actuala se remarca ca o rata de activitate feminina ridicata in comparatie cu multe tari vestice 57,2% fata de 71,2%, pentru barbati. Totusi, femeile si barbati nu au comportamente similare pe piata fortei de munca, femeile au statutul de ajutoi familiali in proportie de 24% fata de 7,4% la barbati. Somerii, in proportie de 52% iau contact cu prietenii, rudele, colegii, sindicatelor pentru a gasi o slujba sau iau direct legatura cu patronii (45%). Abordarea directa este deci preferata de catre solicitantii de locuri de munca, lasand la urma oficiile de forta de munca sau anunturile la ziare. Bucurestienii sunt mult mai inclinati (in raport cu provincia) sa inceapa o astfel de activitate (pe cont propriu, urmare a institutionalizarii proprietatii private) 9,3% dintre ei se gandesc sa se aseze pe propriile picioare. Mai mult, este nevoie de un capital pentru a putea incepe o afacere, si, se pare ca bucurestienii au mai des acest capital.

Amplourea somajului in Europa Centrala si de Est

	11.2008	10.2009	11.2010
ROMANIA	11.1	11.3	9.3
BULGARIA	15.4	16.2	16
CROATIA	-	16.34	-
UNGARIA	11.8	12.2	13.2
LETONIA	6.6	6.5	5.2
LITUANIA	-	1.4	-
POLONIA	15.7	16	14.4
SLOVENIA	-	15.1	-

Sursa “Cotidianul” 10.11.2010

MASA ȘOMERILOR

Cei apti de munca si care nu sunt totusi inclusi in forta de munca sunt fie batrani, fie casnice sau poate fi vorba de indivizi care doresc sa lucreze dar au fost descurajati de de greutatile intampinate in gasirea unui loc de munca. Pe noi ne intereseaza in mod special acea parte a fortei de munca reprezentata de someri. In fiecare moment exista un numar dat de someri, acest numar scazand si crescand necontentit.

Exista patru modalitati prin care o persoana poate deveni somera:

1. Este nou intrata pe piata muncii - pentru prima oara in cautarea unei slujbe - sau revine pe aceasta piata - reintra din nou in forta de munca dupa ce renuntase la cautarea unui loc de muncatimp de 4 saptamani;
2. Persoana a fost eliberata temporar din functia detinuta.Este vorba de o suspendare de peste o saptamana, fara plata, initiata de angajator, fara a cauza prejudicii angajatului;
3. Este vorba de o persoana care paraseste un anumit post in vederea gasirii unui alt loc de munca, inregistrandu-se ca somera in perioada intermediara;

4. Muncitorul își pierde definitiv slujbe fie pentru că a fost concediat fie pentru că firma pentru care a lucrat a dat faliment. Aceasta situație este cunoscută sub numele de 'demisia voluntară' sau mai simplu, pierderea serviciului.

Cresterea numărului de someri este compensată de ieșirile din masa somerilor. Există în esență 3 moduri de ieșire din somaj:

1. persoana este angajată într-un nou post;
2. o persoană temporar suspendată este rechemată la lucru;
3. persoana respectivă aflată în somaj încetează să-și mai caute de lucru și, prin definiție, părăsește forța de muncă. S-ar putea ca nu peste multă vreme persoana în cauză să înceapă să-și caute din nou un loc de muncă.

Piata forței de muncă se află în continuă schimbare. Care sunt factorii care determină rata somajului și numărul total al somerilor? Somajul crește atunci când intrările depășesc ieșirile. Astfel somajul crește odată cu sporirea numărului demisiilor, al suspendărilor și al noilor intrări pe piața muncii, deoarece noii intrări au nevoie în mod obișnuit de o perioadă mai lungă de timp pentru a se angaja. Reducerea somajului se realizează prin majorarea ritmului angajărilor și prin creșterea numărului celor ce părăsesc forța de muncă.

NECESITATEA UNUI INDICATOR AL SUFERINTEI

Astăzi este unanim recunoscut că mulți indivizi neangajați, descurajați sau subangajați suferă pierderi substanțiale economice. Alții, incluzând somajul fantomă suferă pierderi minime. Facând distincție între aceste 2 grupuri, este necesar ca salariul unui individ să fie comparat cu nevoile familiei sale. Indivizii ale căror salarii sunt prea scăzute ca să satisfacă nevoile economice ale familiei lor, vor fi socotite ca fiind cazuri de suferință. Aceste venituri scăzute vor rezulta din orice combinație a somajului cu salarii mici și descurajare. Un astfel de indice al suferinței va îmbunătăți înțelegerea pierderilor noastre microeconomice asociate cu somaj și va completa statisticile referitoare la somaj.

CONSECINTE MICROECONOMICE ALE ȘOMAJULUI

Termenul "munca" nu se referă la alt factor de producție decât la oameni. Neutilizarea în totalitate a forței de muncă disponibile înseamnă că cineva este fără slujbă. Aceasta poate fi bine pentru o zi sau chiar o săptămână, dar dacă nu este nevoie de un venit pentru a întreține corpul, sufletul, ori lungind somajul poți suferi. Același lucru este adevărat pentru uzina și echipamentul sau pamant. Dacă mașinile disponibile sau pamantul fermei nu sunt utilizate, atunci venitul cuiva poate fi în pericol. Dacă compania sau ferma pierde din venit, ea se poate închide concediind mulți oameni. Extinderea acelei societăți având preocupare pentru bunăstarea indivizilor, utilizând în totalitate resursele productive - locuri de muncă total ocupate - este un adevărat scop social. Impactul imediat al somajului cu indivizii este o pierdere de venit asociată cu munca. Pentru muncitorii care ar fi someri pe perioade lungi de timp, astfel de pierderi pot duce la dezastrul financiar. În acest caz, un somer trebuie să se bizuie pe o combinație de economii, venitul altor membri ai familiei, și beneficiile somajului prin sprijinul financiar al guvernului. Dacă aceste surse de ajutor sunt epuizate, bunăstarea publică este eventual ajutorul social.

Desigur, nu toți somerii cunosc altfel de dezastră financiară. Studenții care încearcă să se angajeze vara, au posibilități reduse să termine semestrul următor în bunăstare. Tot alți întretinuți vor suferi mari pierderi economice din cauza somajului. Toate acestea, experiența somajului - nefiind capabile să găsești o slujbă când îți dorești una - poate fi încă dureroasă. Pe lângă presupunerea unei pierderi de venit de asemenea mulți oameni neangajați suferă importante efecte sociale și psihologice. Nereușind să găsească o slujbă pe neașteptate se pot considera nefolositori, au un simțământ de amaraciune și ratărire. Psihologii au observat că mulți oameni neangajați se simt concediați de adevărate instituții sociale în care ei au avut o singură dată investită încrederea. Aceasta senzație nu este uitată cu ușurință, chiar dacă după aceea au găsit în final o slujbă.

Cauzele:

Apariția și accentuarea somajului au o multitudine de cauze obiective, dar și subiective.

-Ritmul de crestere economica, in conditiile unei productivitati a muncii ridicate, nu mai este capabil sa creeze noi locuri de munca, astfel incat sa asigure o ocupare deplina. Pe piata muncii, decalajul intre cererea de munca si oferta de munca este in defavoarea ultimei. Dezechilibre de amploare se manifesta pe segmentul de piata al fortei de munca tinere, care au drept cauza lipsa nu numai de locuri de munca, ci si a unei pregatiri profesionale, in discordanta cu structura cererii pietei muncii. Exista si cauze de ordin subiectiv, ce tin de comportamentul retinut al agentilor economici de a angaja tineri fie din cauza lipsei lor de experienta, fie ca acestia nu se incadreaza in disciplina muncii.

In randul tinerilor, somajul apare si ca urmare a tendintei de a cauta locuri de munca platite cu un salariu mai mare, fapt ce intarzie integrarea lor activa.

-Progresul tehnic, pe termen scurt, este generator de somaj, intr-o proportie mai mare sau mai mica, in functie de capacitatea financiara a tarilor de a asimila noutatile cercetarii stiintifice. In perioada postbelica, revolutia stiintifica si tehnica in domeniul productiei si serviciilor a accentuat tendinta de suprimare a unui important numar de locuri de munca.

Pe termen lung, procesul tehnic genereaza noi nevoi, care sunt acoperite prin produse rezultate din activitati noi generatoare de locuri de munca. Exemplul tarilor dezvoltate confirma teza ca introducerea progresului tehnic nu numai suprima, dar si creaza locuri de munca chiar daca rata somajului a crescut si ea.

-Criza economica, caracterizata prin scaderi sau stagnari ale activitatii economice, sporeste numarul de someri, iar integrarea lor, in perioada de boom, poate fi la un nivel scazut. Absorbirea unui numar cat mai mare de someri depinde de posibilitatile reale ale fiecarei tari de a stimula agentii economici in cresterea investitiilor de capital, de capacitatea de utilizare eficienta a pârghiilor economice in conditii de criza.

In România, criza economica de lunga durata a generat un somaj de mari proportii cu perspective reduse de reintegrare.

-Modificarile de structura a ramurilor si sectoarelor economice, sub impactul diversificarii cererii de bunuri, al crizei economice, conduc inevitabil pentru o perioada indelungata la reducerea cererilor de munca.

In România, somajul are la originea sa, partial, si transformarea de structura a economiei nationale, dupa criteriul de eficienta, in vederea adaptarii la mediul concurential.

-Imigrarea - emigrarea influenteaza asupra starii pietei muncii. Imigrarea unei parti a populatiei active in vederea angajarii in diferite tari va spori oferta de forta munca in cadrul acestora. Emigrarea are un efect invers, de scadere a fortei de munca in zona de originea.

-Conjunctura economica si politica internationala nefavorabila, datorita oscilatiilor ritmului cresterii economice, conflictelor armate, promovarii unor politici de embargou influenteaza negativ asupra relatiilor economice vizand importul - exportul, deteriorand activitatile economice in tarile din zona si contribuind la somaj. Embargoul impus Romaniei fata de Irak si Iugoslavia a avut efecte negative asupra exportului, ceea ce a condus la retragerea activitatilor multor unitati economice. Pierderile se cifreaza la zeci de miliarde de dolari.

Consecintele:

Pe plan economic, se disting consecintele negative ale somajului la nivel national si la nivel de individ - familie.

" Pe plan national, excluderea unei parti a fortei de munca influenteaza dinamica marimii PIB, in sensul ca instruirea, calificarea celor aflati in somaj au presupus cheltuieli din parte individului si societatii, care nu vor fi recuperate in situatia somajului de lunga durata; aceasta forta de munca, iesita din populatia activa ocupata, nu contribuie la cresterea BIP; societatea suporta costurile somajului pe seama contributiei la fondul de somaj, din partea agentilor economici, salariatilor; existenta unui somaj de lunga durata mai ales in randul tinerilor, poate genera acte de violenta, infractiuni, poate accentua criminalitatea, cu impact asupra integritatii societati.

" La nivel de individ - familie, somajul se repercuteaza negativ asupra venitului.

Indemnizația de somaj este mai mică decât salariul. Prolungirea duratei somajului erodează și economiile, dacă există. Se deteriorează calitatea forței de muncă și este mai greu de găsit un loc de muncă.

Un rol aparte revine stării morale și psihice, care afectează individul devenit somer mai mult decât latura economică. Apar complexe de neutilitate pentru societate și familie. Starea de somaj poate afecta coeziunea și armonia unei familii. Totodată, somajul cronic și de lungă durată, care generează sărăcia unui grup important din populația activă, poate antrena conflicte sociale profunde. Este de înțeles că "bulversarea vieții sociale și a celei de familie poate provoca o adevărată criză de identitate".

Multitudinea de efecte negative ale somajului pentru societate și individ justifică pe deplin îngrijorarea guvernelor statelor lumii în fața acestui flagel și preocuparea pentru a găsi soluții de ocupare a forței de muncă la un grad cât mai înalt.

Existența în România a unui somaj cronic de lungă durată, ce a generat criza ocupării forței de muncă, impune cu necesitate o politică activă de ocupare, care să vizeze obiective la nivel micro și macroeconomic.

Politici de combatere a somajului

Politicile active constă în măsuri care să contribuie la (re) integrarea somerilor în diferite activități și prevenirea somajului în rândul celor ocupați.

Principalele acțiuni, măsuri de promovare a politicilor active sunt:

-organizarea de cursuri de calificare pentru cei care vin pe piața muncii fără o calificare corespunzătoare și recalificarea somerilor în concordanță cu structura profesională a locurilor de muncă;

-stimularea agenților economici, prin pârghii economico-financiare, în extinderea activității economice.

-incurajarea investițiilor, prin acordarea de facilități în vederea relansării și creșterii economice, a creării de noi locuri de muncă;

-acordarea de facilități întreprinderilor care angajează someri de lungă durată, precum și tineri

-incurajarea efectuării unor lucrări de utilitate publică, pe plan local și național;

-dezvoltarea serviciilor publice în limite rationale, a serviciilor industriale etc.;

-extinderea ocupării atipice: ocuparea pe timp de muncă parțial, ocuparea temporară, munca la domiciliu, munca independentă și alte forme de ocupare.

În vederea atenuării somajului și a consecințelor lui sunt importante și alte măsuri, acțiuni, ca: acordarea de facilități care să stimuleze mobilitatea forței de muncă de la o zonă la alta, de la un sector de activitate la altul; incurajarea somerilor de a se lansa în activități pe cont propriu; dezvoltarea cercetării științifice, a sectoarelor de concepție; acordarea învățământului la tendințele ce se conturează în diviziunea muncii interne și internaționale, formarea și specializarea tineretului în domenii de perspectivă îndelungată, care să le ofere o mobilitate profesională ridicată; dezvoltarea sau crearea de unități în sectoare ce țin de: producerea de instalații, utilaje de depoluare, reciclarea materialelor și materialelor utile, protecția resurselor, gestionarea pădurilor, a deșeurilor, depoluarea râurilor; introducerea de restricții privind imigrarea și trimiterea forțată a imigranților în țara de origine; unele guverne acordă acestor persoane facilități banesti pentru a le stimula să plece fără intervenție brută din partea organelor administrative.

Politici pasive. Acestea se concretizează în măsuri și acțiuni care să asigure somerilor involuntari un anumit venit pentru un trai decent sau de subsistență.

Venitul asigurat somerului se numește indemnizație de somaj sau în cazul țării noastre, ajutor de somaj. El se acordă pe o perioadă determinată de timp; nivelul indemnizației reprezintă un procent din salariul primit în ultima perioadă de muncă, de regulă în ultimele șase luni de activitate.

În România costul somajului pentru patronat reprezintă 5%, raportat la fondul de salarii, iar pentru salariați, 1%, raportat la salariul brut. În unele țări, costul somajului este suportat și de bugetul de stat în scopul asigurării celor aflați în somaj, a unui venit suficient pentru un trai decent.

În România, perioada de acordare a ajutorului de somaj este de 9 luni, iar a alocației de sprijin, 18 luni.

În România, somajul poate fi redus prin creșterea investițiilor, care să reechilibreze piața bunurilor și serviciilor. Sfera serviciilor, care deține încă o pondere redusă în PIB, în condițiile țării noastre, spre deosebire de țările dezvoltate, poate constitui o sursă importantă de absorbție a unui număr important de someri. Dar pentru aceasta, sunt necesare câteva condiții, și anume: sporirea investițiilor și creșterea unor structuri moderne ale acestui sector, tarife raționale și creșterea veniturilor reale ale agenților economici, ale populației. Comerțul exterior a fost proclamat, prin Constituție, monopol de stat, numai întreprinderile mandatate putând efectua import-export de marfuri și servicii. Pentru a nu deregla nivelul prețurilor pe piața internă - cu aceleași prețuri fixe la toate marfurile și serviciile pentru întreaga țară -, produsele exportate și importate ieșeau și intrau pe piața internă cu prețuri "planificate". Politica economică a relațiilor externe a urmărit la import, creșterea volumului de tehnică și tehnologie necesară industrializării, pentru înzestrarea tehnică a proceselor de producție, sporirea productivității sociale și recuperarea întârzierii dezvoltării; accentul s-a pus pe importul de mijloace de producție - utilaje, mașini, fabrici -, concomitent cu diminuarea, până la eliminare, a bunurilor de consum industriale. Exportului i-au fost destinate produse de industrie manufacturieră, parțial mașini și instalații, dar și produse agroalimentare și ale industriei forestiere.

3. Concluzii

" De la începutul anilor 90, politica macroeconomică a funcționat conform principiului stop-and-go, fiind când mai expansivă, când limitativă, dar de la finele lui 1996 a devenit doar limitativă.

" Printre problemele de restructurare economică un loc important îl ocupă cele din sectorul industrial. Motivele principale pentru care se manifestă probleme în acest sector sunt lipsa cronică a eficienței, supradimensionarea capacităților, precum și intenția administrației de păstrare a angajaților. În loc de a se face o restructurare eficientă, problemele financiare ale întreprinderilor au fost "imblanzite" prin diferite instrumente ale politicii economice, ca de exemplu: reducerea impozitului, credite cu dobândă preferențială, sau prin alte forme de sprijin acordate de stat. În baza experienței din anii anteriori, întreprinderile știu că orice ar face administrația le va ajuta, astfel încât să scadă respectarea disciplinei financiare.

" A existat în permanență în restructurarea economiei o relație negativă între macroeconomie și politica structurală. Acest lucru explică de ce au avut o viață așa de scurtă politicile de stabilizare macroeconomică aplicate.

" Numeroși factori de risc generează, în continuare, greutăți. Printre aceștia se numără posibilitatea unor mari mișcări sindicale și conflictele de la granițele României.

" Strategia economică - politică adoptată de administrație până în prezent poate fi caracterizată ca fiind, în primul rând, una de supraviețuire. Este necesar un program concret și coerent de creștere a unei economii realtate moderne și eficiente, astfel încât să sporească optimismul și încrederea populației în reformă.

Economia românească va cunoaște fenomenul de somaj structural - persoane care vor să muncească, dar nu au calificarea minimă cerută de locurile de muncă disponibile.

Ca un corolar al concluziei anterioare, vom avea someri și lipsa de forță de muncă - metodologia actuală de calcul a ratei somajului pur și simplu nu are în vedere acest lucru.

Ca să se reducă distanța dintre cele 2 Români (cea urbană și cea rurală) trebuie găsite mijloace pentru un program național de formare continuă. Habar nu am cum s-ar putea face asta, dar știu sigur cum nu se va face - prin ANOFM...

În vederea desfășurării unei activități eficiente în ramura comerțului, la nivelul firmei, **trebuie avute în vedere următoarele:**

-**creșterea volumului desfacerilor** pentru creșterea masei profitului;

- **minimizarea consumului de resurse** sau rationalizarea diferitelor categorii de cheltuieli;
- **perfectionarea sistemului de conducere economica** (a procesului de luare a deciziilor cu privire la alocarea resurselor si la organizarea activitatii economice);
- **perfectionarea tehnologiilor comerciale** prin modernizarea metodelor de stocare a marfurilor în depozite, prin utilizarea sistemului de evidenta a marfurilor dupa principiile si instrumentele informaticii si progresului informational;
- **perfectionarea metodelor de depozitare si vânzare** prin: constituirea unor stocuri optime de marfuri, alegerea si sortarea marfurilor în functie de marime, calitate, pret, culoare etc., vehicularea rapida a marfurilor pe sortimente comerciale catre clienti, vânzarea marfurilor direct din depozite, primirea si executarea automatizata a comenzilor clientilor;
- **cresterea eficientei tehnicilor de recrutare si relatii, în paralel cu perfectionarea personalului de vânzare** prin evaluarea calitatii activitatii personalului de vânzare în vederea cunoasterii de catre agentul de vânzare a produselor, clientilor, teritoriului si a obiectivelor sale specifice.

Îmbunatatirea sistemului de indicatori ai eficientei economice din comerț trebuie sa aiba în vedere atât perfectionarea celor existenti, cât si introducerea altor indicatori cu rol benefic în masurarea eficientei economice. **Indicatorii propusi** în aceasta lucrare au fost definiti si utilizati în alt context, dar pot fi folositi si în analiza eficientei, astfel: indicatorii marginali ai consumurilor si ai veniturilor, valoarea de piata a firmei (good will), indicatorii de bonitate ai firmei (lichiditate, solvabilitate, rentabilitate), indicatorii de caracterizare a cererii si ofertei etc.

În acest sens, **este necesara** perfectionarea modalitatilor de culegere a datelor interne primare si secundare, ca de exemplu introducerea experimentului statistic, în paralel cu perfectionarea colectarii datelor si transmiterii lor utilizând, în principal, rețelele de calculatoare.

Alaturi de dezvoltarea sistemelor informationale **este nevoie de dezvoltarea în comerț a sistemului de urmarire a miscarii marfurilor asistat de calculator**, care ar permite cresterea eficientei sistemului informational.

În conditiile actuale de consolidare a economiei de piata, profitabilitatea firmelor comerciale nu poate fi sporita numai pe seama unei conjuncturi favorabile a pietei, ci este **nevoie de o restructurare radicala a nivelului microeconomic al activitatii comerciale**.

Obiectivul principal al activitatii firmelor comerciale se bazeaza pe sistemul de relatii între cele trei domenii de activitate care structureaza piata:

- **productia** (realizarea de bunuri),
- **consumul de bunuri** (pentru satisfacerea nevoilor utilizatorilor finali),
- **distributia** (transmiterea de bunuri prin tranzactii comerciale de la producator la consumator).

Masurarea eficientei economice a firmelor cu profil de comerț trebuie sa tina seama de relatiile de conexiune între cele patru componente ale mixului de marketing (produsul comercializat, pretul produsului, distributia produsului, ponderea produsului).

În România, însa, piata este sufocata de obstacole, multe încurajate de catre reglementarile guvernamentale sau de lipsa unor reactii prin politici sistematice si strategice. Experienta româneasca din ultimii ani confirma faptul ca pietele nu reprezinta în mod automat sau inevitabil interesele consumatorilor ci pe cele ale comerciantilor.

O combinatie adecvata a politicilor macro si microeconomice cu politici fiscale si monetare poate, în cele din urma, determina calea catre succes a reformelor orientate catre piata.

Optiunile strategice care au stat la baza configurarii politicilor economice, fundamentând prognoza pe termen mediu, **propunem sa se concentreze** pe urmatoarele tinte prioritare:

- **relansarea cererii**, fara a neglija rolul cererii externe,
- **o politica a veniturilor care sa sustina procesele de dezinflatie**,
- **îmbunatatirea utilizarii resurselor de munca** si reducerea ratei somajului,
- **dezvoltarea unui mediu de afaceri functional si atractiv**,

-**reducerea arieratelor financiare** si dezvoltarea unei politici bugetare relaxate,
-**revigorarea productiei interne** si stimularea dezvoltarii acelor ramuri si sectoare cu un aport sporit de valoare adaugata,
-**îmbunatatirea sensibila a raportului dintre componentele cererii interne**, în favoarea acumulării etc.

Elaborarea si folosirea metodelor de calcul si analiza a eficientei economice la nivelul firmei comerciale de gros analizata (balantelor, ratelor, indicilor, marjelor) s-au bazat pe documentele de sinteza statistico-contabile.

Pornind de la premisa ca indicatorii analizati nu-si modifica semnificativ nivelurile de la o perioada la alta decât ca urmare a unor cauze obiective, s-a stabilit legatura dintre indicatorii din bilantul contabil si contul de profit si pierdere si variatia în timp, în functie de modificarea factorilor de influenta prin îmbinarea metodei balantelor cu metoda indicilor ca o **propunere de îmbunatatire a activitatii firmei comerciale**.

Referințe bibliografice:

- Abraham-Frois G.,1990,Dynamique,Dalloz,Paris
- Becker G.,1957,The Economics of Discrimination,Chicago,The University of Chicago Press
- Constanta Popescu "*Economie, note de curs*
- Diulio E.,1978,Theorie macroeconomique,McGraw-Hill Inc.,New York,Paris
- Dorin Jula,Nicoleta Jula - Macroeconomie
- *Ghidul indicatorilor economici* – Editura Teora
- Holt C.C.,1970,Job Search,Philips Wage Relation and Union Influence
- Micro-economic Foundation of Employment and Inflation Theory,New York
- Institutul de Statistica,2004,Anuarul statistic al Romaniei-2003,Bucuresti
- Robinson,J.,1937,Introduction to the Theory of Employment,Mac Millan
- Samuelson P.,Nordhaus W.,2000,Economie politica,Editura Teora,Bucuresti
- Solow R.,1964,The Nature and Source of Unemployment in the United States,Stockholm,Almqvist and Wicksell

DINAMICA INFLATIEI SI IMPACTUL ECONOMICO-SOCIAL

Alina Georgiana COTOVANU*

Abstract

Inflation is a monetary imbalance, excess money in circulation without eigenvalue over the real needs of the economy, manifested by generalized, continuous and self-sustaining in the average level of prices over a long period.

Inflation is one of the most common structural imbalances in transition economies, while representing one of the most complex and controversial economic issues.

Cuvinte cheie: *Inflatie, impact, remedii*

Introducere

Într-o economie de piață, prețurile bunurilor și serviciilor se pot modifica oricând. Unele prețuri cresc, altele scad. Se poate vorbi de inflație atunci când se înregistrează o creștere generalizată a prețurilor bunurilor și serviciilor, nu doar ale unor articole specifice. În consecință, cu un euro se poate cumpăra mai puțin, respectiv un euro valorează mai puțin decât valoarea anterioară.

Inflația în România

Inflația-dezechilibru macroeconomic complex

Inflația este un dezechilibru care atinge toate economiile naționale. De aceea, se cuvine să se precizeze ce cuprinde această noțiune.

Se impune o analiză a cauzelor inflației, înainte de a lua orice fel de măsuri de politică economică specifice combaterii acesteia.

Sursele inflației sunt foarte numeroase și una din problemele esențiale este aceea de a ști dacă acestea se produc urmarea a unui tip de dezechilibru fundamental care ar afecta din ce în ce mai mult și mai violent economiile dezvoltate.

Accentuarea fenomenului inflaționist ar putea lăsa impresia că nu există doar o singură schimbare a ritmului, dar că, poate, în mod egal, ar exista o schimbare a rotirii procesului inflaționist.

Multi oameni asociază inflația cu creșterile prețurilor bunurilor și serviciilor specifice. Trebuie să fim foarte atenți pentru a distinge fenomenul inflației din creșterile prețurilor pentru bunuri și servicii. Inflația este o creștere în nivelul mediu al prețurilor, nu o schimbare în orice preț specific.

Nivelul mediu al prețului se poate prăbuși, tot atât de bine așa cum poate să și crească.

O scădere în prețurile medii-deflația-se petrece când prețurile scad la unele bunuri și servicii cu pondere mai mare decât creșterile prețului la toate celelalte din „cosul reprezentativ”

Deoarece inflația și deflația sunt măsurate în termenii nivelurilor medii ale prețului, este posibil ca prețurile individuale să crească sau să scadă continuu în afara schimbării în nivelul mediu al prețului.

Schimbările în prețurile relative pot avea loc într-o perioadă cu prețuri medii stabile. De fapt, în economie, unde milioane de bunuri și servicii sunt schimbate pe piețele factorilor și produselor, prețurile relative sunt întotdeauna în schimbare.

Intr-adevăr, schimbările prețului relativ sunt un element esențial al mecanismului pieței.

Reamintim că se întâmplă când prețul de piață al serviciilor caracteristice crește relativ față de alte bunuri și servicii. Acest preț (relativ) crescut pune alertă producătorii să crească producția lor, diminuând alte activități de producție sau de petrecere a timpului liber.

* Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (y0_aly@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Nicolae-Marius Jula

Aceasta crestere in pretul relativ exprima cresterea cererii consumatorului pentru acest produs. Asemenea schimbari in structura productiei sunt de dorit.

Inflatia generala-o crestere in nivelul mediu al pretului-nu indeplineste aceeasi functie de piata. Daca toate preturile cresc in acelasi ritm (cu aceeasi rata), cresterile pretului pentru bunuri specifice au o valoare mai mica, ca semnale ale productiei.

Possibilitati de masurare a inflatiei

In expunerea consecintelor macro si microeconomice ale inflatiei, masurarea sa serveste doua scopuri:

- sa estimeze rata medie a inflatiei;
- sa identifice principalele „victime”

Modul de masurare cel mai obisnuit al inflatiei este indicele pretului consumatorului (IPC), deoarece acesta este un mecanism pentru masurarea schimbarilor in pretul mediu al bunurilor si serviciilor consumate.

IPC nu se refera la pretul oricarui bun, ci mai curand la pretul mediu al tuturor bunurilor consumate.

„Pretul mediu” al bunurilor consumate nu este o marime foarte utilizata. O data ce noi stim pretul mediu al bunurilor consumate, putem observa cresterile medii-aceasta daca inflatia exista. Prin observarea proportiilor cu care preturile cresc, putem calcula rata inflatiei.

Pe langa IPC mai exista si indicele preturilor producatorului (IPP) care urmeaza frumul preturilor medii platite de producatori.

Acest indice include materiile prime, alte materiale intermediare si ultimele adaugiri ale bunurilor finale. IPP nu include toate preturile producatorilor, ci in primul rand, acelea din ramurile principale ale economiei.

De-a lungul unei perioade de timp, IPP si IPC in general refelecta aceeasi rata a inflatiei.

Pe perioade mari de timp, in mod obisnuit IPP creste inaintea IPC, deoarece ia timp pentru ca, marimea pretului producatorului sa fie reflectat in preturile care sunt platite de consumatori. Pentru acest motiv, IPP este privit mai degraba ca un punct de reper al schimbarilor potentiale in preturile cu amanuntul.

Cel mai cuprinzator indice de pret este deflatorul PNB. Deflatorul PNB inglobeaza toata productia, inclusiv bunurile de consum, bunurile investitionale si serviciile guvernamentale. Spre deosebire de IPC si IPP, deflatorul PNB nu se bazeaza pe un „cos” fix de bunuri si servicii, permitand continutului cosului sa se schimbe o data cu consumul indivizilor si comportarile investitiilor.

Deflatorul PNB nu realizeaza de aceea, o masurare exacta a schimbarilor pretului. Valoarea sa reflecta atat schimbarile de pret, cat si raspunsurile pietei la aceste schimbari, refelectate in noile moduri de cheltuire. De aici, deflatorul PNB inregistreaza in mod obisnuit o rata a inflatiei mai scazuta decat IPC.

Tipuri de inflatie

Inflatie prin cerere

Cea mai obisnuita forma a inflatiei este numita inflatie determinata de cerere, adica cresterea nivelului pretului datorata unei cereri agregate crescute.

Numele sugereaza ca cererea „trage” (intinde) in sus nivelul pretului, si aceasta este cam ceea ce se intampla. Daca cererea pentru bunuri si servicii creste mai repede decat productia, acolo in mod natural nu vor fi suficiente bunuri si servicii peste tot.

Preturile vor creste, deoarece consumatorii incearca sa ofere mai mult pentru oferta existenta. In acest proces, nivelul pretului se va misca si va fi impovarat cu inflatia.

Bineinteles, nu numai consumatorii sunt potentiali vinovati in inflatia determinata de cerere.

Exista trei categorii de participanti pe piata-consumatorii, firmele, guvernul-si toti dolarii lor sunt priviti la fel. Astfel, un val mare in cererea agregata poate fi determinata prin cresterea cheltuielilor la oricare din aceste grupuri.

Cererea de care vorbim aici este cererea totală, suma consumurilor menajurilor, a insitutiilor, a întreprinderilor, a cheltuielilor publice ale administrațiilor și a exporturilor destinate „restului lumii”

Pentru a analiza corect inflația prin cerere, cel mai simplu este să se facă referire la schema echilibrului keynesian.

Cresterea cererii totale, pentru o perioadă dată, poate fi datorată mai multor factori:

- creșterea consumului menajurilor prin utilizarea încasărilor monetare crescute sau a creditelor pentru consum

- creșterea cheltuielilor publice (salarii, mari lucrări, subvenții) și apariția sau agravarea unui deficit bugetar

- creșterea cererii private pentru investiții

- creșterea exporturilor pe baza scăderii ratelor de schimb

În concluzie, dacă nivelul cererii totale depășește nivelul ofertei totale - dacă, cu alte cuvinte, în condițiile deplinei utilizării, oferta nu este suficient de elastică pentru a răspunde cererii - apar tensiuni inflaționiste în economie.

Inflație prin costuri

Analiza tradițională a inflației cu ajutorul costurilor de producție este axată pe creșterile salariilor ca sursă de creștere a prețurilor.

Dar inflația poate să ia naștere dintr-un exces de profituri la baza cărora stă decizia întreprinzătorilor, în afara de creșterea salariilor sau a cererii.

Cresterea salariilor și a prețurilor este manifestarea caracteristică inflației salariale.

Pentru a înțelege acest lucru este important mai întâi să vedem care este mecanismul inflației prin salarii.

Inflația prin creșterea salariilor pleacă de la faptul că aceste venituri nu mai sunt, în economiile moderne, determinate pe piața muncii prin confruntarea ofertei cu cererea.

Atunci când creșterea salariilor se produce în afara penuriei de forță de muncă și aceasta este superioară creșterii productivității muncii, are loc o creștere a costurilor de producție în întreprinderi. Acestea din urmă nu mai consimt să livreze pe piață un volum de bunuri și servicii la prețul anterior.

Datorită creșterii salariilor, menajurilor beneficiază de o creștere a veniturilor, ceea ce le permite să-și mărească cererea de bunuri de consum.

Prețurile cresc, deci sub o dublă presiune: cea a întreprinderilor care caută să-și mențină profiturile și cea a menajurilor care-și măresc consumul.

Atunci când creșterea salariilor este superioară creșterii productivității muncii trebuie să ne așteptăm la o creștere a prețurilor bunurilor de consum, deoarece am putea presupune că întreprinderile doresc să-și mențină profiturile.

De aceea, cea mai mare dorință a responsabililor cu politica economică este să vadă cum crește productivitatea, iar acțiunea lor cea mai prestantă este de a limita creșterea salariilor sub creșterea castigurilor anuale ale productivității.

Inflație prin profituri

Prețurile administrate, fixate de antreprenori în afara legii ofertei și cererii de pe piață, favorizează inflația prin creșterea profiturilor: creșterea marjelor beneficiare se poate face în afara creșterii cererii sau salariilor.

Putem remarca totuși că o creștere a profiturilor are câteva șanse de a antrena revendicări salariale, ele însele fiind preludivul unei noi creșteri a profiturilor.

Analizele inflației prin costuri presupun în general că acestea din urmă (costurile) cresc în mod autonom. Ele neglijează legătura care poate exista între inflația prin cerere și inflația prin costuri. Ori, într-o economie în dezvoltare, cele două modalități de inflație se combină în cea mai mare

parte a timpului într-o „spirală pret-salarii” (sau pret-profit) unde toate excesele cererii au repercusiuni asupra evoluției costurilor și reciproc.

Inflație importată

Trei teze au fost avansate pentru a explica procesul importării inflației: teza creșterii costurilor, cea a lichidității și cea a veniturii.

Teza creșterii costurilor

Atunci când prețul materiilor prime, al semifabricatelor sau al bunurilor de consum importate crește, întreprinderile înregistrează o creștere a costurilor de producție care se reflectă mecanic în prețul de vânzare intern.

Teza lichidității

Această teză este legată de teoria cantitativă a monedei, susținând că un aflus de devize mărește lichiditatea economiei și provoacă variații în același sens asupra nivelului prețurilor. Acest aflus provine din excedentul balanței de plăți curente sau din mișcările autonome ale capitalurilor, produse prin diferențele nivelului dobânzilor între piețele financiare și prin previziunile reevaluării.

Teza veniturii

Atunci când o economie înregistrează o creștere a cererii străine și când balanța sa de plăți devine excedentară, surplusul exporturilor determină o creștere a veniturii naționale și a cererii totale interne. În perioada de deplină utilizare a factorilor de producție, acest exces de cerere este inflaționist. Această teză apelează la efectele multiplicatoare ale schimburilor externe asupra veniturii naționale.

Efectele microeconomice ale inflației

Trebuie să distingem între prețurile medii și prețurile relative (comparative), dacă dorim să înțelegem adevăratele consecințe ale inflației.

Cu toate acestea, opinia populară consideră, în mod natural, că nu oricine este afectat în rău când prețurile cresc. Deși inflația face unor oameni mai mult rău, ea face altora mult bine. Unii oameni chiar devin mai bogați când prețurile cresc.

Consecințele la nivelul micro ale inflației se reflectă în redistribuirile veniturilor și bogăției, nu în declinuri generale în fiecare mărime a bunăstării noastre economice.

Aceste redistribuiri se petrec pentru că oamenii cumpără diferite combinații de bunuri și servicii, în proporții diferențiate și vând bunuri și servicii variate (inclusiv munca).

De aceea, impactul inflației asupra indivizilor depinde de prețurile bunurilor și serviciilor, de cum cumpără și vinde fiecare persoană în realitate. În acest sens, inflația acționează precum o taxă, luând din venitul sau bogăția unor oameni și dând altora. Această taxă este o percepere de impozite prin schimbări de prețuri, schimbări în venituri și în bogății.

Efectul prețului

Schimbările prețului sunt cel mai mult asimilate cu suferințele inflației.

Dacă la universitățile particulare, de exemplu, taxele au crescut de 10 ori în ultimii 5 ani, nu trebuie ca întregul curs de economie să descifreze implicațiile acestor taxe ridicate.

Pentru a învăța la aceste universități trebuie ca studentul (sau părintii săi) să renunțe la creșterea consumului altor bunuri și servicii. În acest timp nu se pot cumpăra multe bunuri și servicii care se puteau cumpăra înainte ca taxele să fi crescut.

Efectul creșterii taxelor asupra bunăstării economice a individului este reflectat în diferența dintre venitul nominal și cel real.

Venitul nominal este cantitatea de bani primiti într-o perioada data de timp; se masoara in mod obisnuit in moneda nationala.

Venit real este puterea de cumparare a acestor bani; se masoara prin cantitatea de bunuri si servicii ce pot fi cumparate cu banii detinuti.

Daca suma de bani primita in fiecare an este aceeași, venitul real va scadea cand taxele cresc.

Deși taxele ridicate reduc venitul real al studentilor si familiilor lor, cei care nu sunt studenti nu au probleme pentru ca taxele au crescut.

O persoana care nu e student cu un venit nominal X poate continua sa cumpere aceleasi bunuri si servicii ce le cumpara inainte ca taxele sa fi crescut. De fapt, chiar daca taxele s-ar dubla, celor care nu sunt studenti nu le pasa. Ei pot continua sa cumpere acelasi volum de bunuri si servicii pe care le cumparau tot timpul. Cu alte cuvinte, cresterea taxelor reduce veniturile reale numai persoanelor ce merg la facultate.

In acelasi mod, cand preturile cresc la dulciuri, copiii sunt afectati mai mult.

Nu toate preturile cresc cu aceeași rata in timpul inflatiei. In exemplul nostru, taxele au crescut substantial, in timp ce alte preturi au ramas stabile. De aici, rata medie a cresterii pretului nu poate fi reprezentativa pentru orice bun si serviciu. Unele preturi cresc foarte repede, altele mai putin, iar altele deloc.

Nu toti sufera in mod egal datorita inflatiei. Aceasta rezulta din prima noastra observatie, si anume ca sunt afectati doar oamenii care consuma bunuri si servicii ce au cresteri mai rapide in pret; veniturile lor reale scad mai mult.

Concluzionam deci: cresterile pretului asociate cu inflatia redistribuie venitul real. In exemplele discutate, studentii sfarsesc cu mai putine bunuri si servicii, ei doresc apoi sa infranga drumul inflatiei. Alti consumatori pot continua sa cumpere cel putin atatea bunuri ca inainte, poate mai multe. Astfel, produsele sunt efectiv redistribuite de la student spre altii, si bineinteles mai multi studenti nu sunt fericiti cu acest rezultat.

Efectul venitului

Efectele redistributive ale inflatiei nu sunt limitate la schimbarile de pret. Dimpotriva, ati observat ca schimbarile in preturi influenteaza in mod automat veniturile nominale.

-Venitul real al studentilor va scadea, relativ fata de nestudenti (presupunand veniturile nominale constante);

-Venitul real al nestudentilor va creste, relativ fata de studenti (presupunand veniturile nominale constante);

-Venitul nominal al colegiilor si universitatilor va creste.

Ce arata pretul pentru comparator, arata venitul pentru vanzator. Daca toti studentii platesc taxe ridicate, universitatea va incasa un venit mai mare. Prin extindere, rezulta ca veniturile nominale ale colegiilor si universitatilor cresc mai rapid decat preturile medii, ele beneficiaza de inflatie.

Ele sfarsesc prin a putea cumpara mai multe bunuri si servicii (incluzand cladiri, carti etc.) dupa o perioada de inflatie, decat au putut inainte. Venitul lor real a crescut.

In valoarea medie, veniturile oamenilor tin pasul cu inflatia. Aceasta este o consecinta a fluxului circular: cand o persoana plateste mai mult, cineva incaseaza in plus.

Daca preturile cresc, veniturile trebuie sa creasca de asemenea. Daca salariile medii au o crestere sensibil mai mare fata de preturi, nu are sens sa spunem ca “inflatia loveste pe toata lumea”.

Ca medie, nu suntem afectati in mai rau cand preturile cresc, daca veniturile noastre cresc in acelasi timp.

In realitate, veniturile unor oameni cresc mai repede decat inflatia, in timp ce ale altora cresc mult mai incet. De aici, efectele de redistribuire ale inflatiei creeaza rate variate de crestere a venitului nominal. Daca venitul oricui creste cu rata inflatiei, inflatia nu are un efect de redistribuire mare.

In realitate, veniturile nominale cresc cu rate diferite.

Daca,de exemplu,profesorii,invatatorii,functionarii nu au avut mare success in competitia pentru un venit mai mare,veniturile lor reale au scazut.Dimpotriva,muncitorii care au negociat cu success salarii nominale mai inalte decat preturile crescute,au obtinut o crestere a veniturilor lor reale.

Efectul prosperitatii

Diferitele moduri ale redistribuirii se petrec intre cei care detin diferite forme de avutie si cei care nu detin.

Inflatia tinde sa redistribuie avutia de la oamenii care inchiriaza case si apartamente la acei care au proprietatile lor.Preturile pietii la locuinte tind sa creasca in ultimul timp tot atat de repede ca si inflatia.Deci,valoarea reala a locuintelor nu este diminuată de inflatie.Valoarea reala a locuintelor si posesiunilor,de obicei,creste in timpul inflatiei.

Oamenii care iau cu chirie case si apartamente descopera de obicei ca inflatia ii forteaza sa cheltuiasca o parte tot mai mare din veniturile lor pentru inchirierea locuintelor;astfel venitul lor real scade.

Prin modificarea preturilor relative,a veniturilor si a valorii reale,a avutiei,inflatia tinde sa fie un mecanism de redistribuire a veniturilor.

Mecanismele acestui proces sunt simple:

-Efectele venitului.Oamenii ale caror venituri nominale cresc mai repede decat rata inflatiei,realizeaza o parte mai mare a venitului total.

-Efectele pretului.Oamenii care prefera bunuri si servicii ale caror preturi cresc mai lent realizeaza un venit real mai mare.

-Efectele avutiei.Oamenii care au in proprietate bunuri de prēt care cresc in valoarea reala acumuleaza cu mult mai mult decat altii.

Pe de o parte,oamenii ale caror venituri nominale nu tin pasul cu inflatia un volum mai mic al disponibilului total.Acelasi lucru este adevarat pentru acei care se bucura de bunuri care cresc cel mai repede in prēt sau care detin bunuri de valoare a caror valoare scade.

In acest sens,inflatia actioneaza exact ca o taxa,luand din venitul sau avutia unui grup si dand altora.Dar nu avem asigurarea ca aceste taxe particulare se comporta exact ca un haiduc,luand de la cei bogati si dand la cei saraci.

Mult mai important este ca aceasta taxa nu este subiectul controalelor social-politice,este o taxa incostanta.

Efectele tensiunii sociale

Din cauza efectelor redistribuirii,inflatia creste tensiunile sociale si economice.Tensiuni au loc intre angajati si cei care conduc,intre guvern si populatie,iar consumatorii pot copleși societatea si institutiile sale.

O semnificatie reala a costului inflatiei consta tocmai in ceea ce face inflatia pentru starea de spirit,peu coerenta sociala si pentru atitudinile populatiei(a oamenilor) unii fata de altii.

Societatea este construita pe legaturi implicite si explicite.Ele sunt legate de ideea ca banul inseamna totul.

Aceasta este ceea ce a simtit populatia Romaniei dupa 1989,cand valoarea economiilor lor a fost stearsa de o inflatie brusca si fara precedent.

Chiar in situatii mai putin extreme,nu este prea tarziu sa vedem cum poate fi inflatia tulburatoare.Cu preturile schimbându-se tot timpul,deprinderile confortabile ale persoanei sunt tulburate.Oamenii sunt obligati sa faca fata la o intreaga si noua dimensiune de nesiguranta.trebuie sa continue sa salveze o parte din veniturile lor,desi valoarea reala a economiilor este in scadere?Trebuie ei sa cumpere diferite bunuri si servicii?Cum poti ridica venitul cand inflatia urca?Toate aceste ingrijorari par a se acumula rapid cand preturile incep sa creasca rapid.

Psihoterapeuții aduc la cunoștință că așa-numitul “stress al inflației” conduce spre frecvente certuri în familie; crește pesimismul, se diminuează încrederea în propriile puteri. În consecință, oamenii se îndreaptă către infracțiuni ca o cale de a se elibera de stresul inflației.

Chiar și acei oameni ale căror venituri nominale cresc o dată cu inflația se simt adesea împovărați de creșterea prețurilor. Ei se simt pacaliți când descoperă că, în ciuda salariilor înalte (nominale) nu pot cumpăra marfuri în plus, cu toate că nu suferă o pierdere a venitului real. Acesta este un fenomen numit de economiști “iluzia banilor”.

Efectele macroeconomice ale inflației

Deși redistribuirea venitului și bogăției sunt o primă consecință a inflației, inflația are efecte macroeconomice. Inflația poate altera ritmul și structura producției prin schimbări ale consumului, muncii, economiilor și plasamentului investițiilor.

Nesiguranta generata de inflatie

Una din consecințele imediate ale inflației este nesiguranta. Când nivelul mediu al prețului se schimbă în mod semnificativ în orice direcție, deciziile economice devin din ce în ce mai dificile.

Incertitudinile create de schimbarea în nivelurile prețului afectează de asemenea deciziile producției.

În general oamenii micșorează orizonturile lor de timp în fața incertitudinilor inflației. Dacă consumatorii sau producătorii amână sau anulează planurile lor de cheltuieli, cererea pentru bunuri și servicii va scădea. În mod sigur, producția noastră de bunuri și servicii va scădea și vom sfârși undeva în situația în care PNB va scădea și va exista somajul însoțitor corespunzător.

Pe de altă parte, participanții în relațiile de piață pot crește nivelul cheltuielilor lor în prezența inflației. Motivația aici este că, “inflația-i inversă” prin cumpărarea bunurilor înainte ca prețurile să crească mai departe. Frenesia rezultată poate împinge prețurile mai sus. Acest tip de panică a cumpărării poate duce la dezastru economic.

Speculatii generate de inflatie

Inflația amenință nu numai reducerea nivelului activității economice. Dacă vă așteptați în mod real să crească prețurile, atunci are sens să cumpărați bunuri sau factori de producție acum, pentru a le revinde mai târziu. Dacă prețurile cresc destul de repede puteți obține un profit însemnat.

Dacă prețurile cresc extraordinar de repede, oamenii cumpără necesitățile de bază cât de repede este posibil, cât timp ei pot să-și permită.

Acest fenomen a ajuns la proporții extreme în timpul hiperinflației din România după 1989, când prețurile se dublau în perioade foarte scurte.

În general ne așteptăm ca inflația să deterioreze comportamentul pieții. Nivelul economiilor și investițiilor tinde să scadă când oamenii micșorează orizontul lor de timp și privesc în fața viitorului cu mai puțină siguranță.

Acest nivel redus al economiilor și investițiilor va întârzia creșterea economică.

Un alt motiv pentru care economiile, investițiile și efortul de muncă scad când prețurile cresc, este că taxele cresc. Nivelul taxelor pe venit sunt progresive, aceasta înseamnă că nivelul taxelor este mai mare pentru venituri mai mari. Intenția acestor niveluri progresive este să redistribuie venitul de la bogați spre săraci. Totuși inflația tinde să crească venitul oricui.

Consecintele inflatiei anticipate

Deși inflația poate avea consecințe serioase pentru bunăstarea economică, impactul ei nu este întotdeauna așa de aspru. Ratele modeste ale inflației, dacă sunt constante și astfel previzibile, pot în realitate să stimuleze producția.

Chiar ratele inalte ale inflatiei nu sunt neaparat distrugatoare. Dupa cum demonstreaza experienta economiei mondiale, multe tari au crescut economic si prosperitate in ciuda unor rate ale inflatiei mai mari.

In mod evident ei ajusteaza in mod repetat cresterea preturilor. Diferiti economisti argumenteaza ca toate costurile inflatiei rezulta din cresterile pretului care sunt anticipate.

Teoretic, avem motiv sa credem ca o inflatie anticipata complet poate face un rau mai mic. In practica, totusi nu oricine are abilitatea sau energia sa faca toate asigurarile cerute de comportamentul pietii. Nu este usor sa prevezi complet toate cresterile medii si relative ale pretului.

Ca o concluzie, inflatia este benefica pentru cei care au cele mai bune informatii si cea mai mare capacitate sa se adapteze la comportamentul pietii.

Politici antiinflationiste

Obiectivul central al politicii antiinflationiste este stabilizarea nivelului general al preturilor. In cadrul unei economii deschise schimburilor internationale, acest obiectiv un este suficient. Aceasta actiune un poate fi decat graduala, deoarece o politica prea brutala ar avea consecinte pe termen scurt foarte dezafoabile asupra utilizarii factorilor de productie si ar fi insotita de o recesiune brutala a activitatii economice. Lupta impotriva inflatiei trebuie sa fie o actiune de mare intindere, cotidiana si permanente.

Politicele bugetara si monetara au fost din punct de vedere istoric primele componente ale luptei impotriva cresterii preturilor. Reglarea cererii globale prin politica bugetara in vederea stabilizarii preturilor nu a dat rezultatele asteptate.

Politica monetara furnizeaza solutiile cele mai bune, dar costul social al unei stabilizari de preturi a fost deseori considerat excesiv tinand seama de rezultatele obtinute.

In consecinta politica antiinflationista a imprumutat cateva instrumente ale politicii economice externe care apartin de domeniul politicii monetare.

Politica bugetara antiinflationista

Recurgerea la politica bugetara are ca obiectiv prioritar reducerea cererii globale actionand asupra celor patru componente:

- consumul privat
- investitia
- cheltuielile publice
- exporturile

Investitia de productivitate este la originea unei scaderi a costurilor de productie si a unei integrari a progresului tehnic, care nu pot in final decat sa reduca cresterea preturilor.

Investitia de capacitate mareste potentialul productiv, ceea ce ridica productia de bunuri si servicii si reduce tensiunile inflationiste datorate unui exces al ofertei globale.

Franarea investitiei ar consta in reducerea productiei si ar mari problemele de utilizare, doua dificultati pe care putini responsabili politici doresc sa le provoace sau sa le amplifice.

Politica bugetara prezinta intr-adevar doua inconveniente. Este lipsita in primul rand de suplete. In al doilea rand este subordonata intervalelor de timp de incepere a unei actiuni si de reactie, care ii interzic de fapt sa fie un instrument adoptat pentru lupta impotriva inflatiei. Asta nu inseamna ca politica bugetara nu are influenta asupra cresterii preturilor. puterile publice nu pot sa-si permita sa aduca orice fel de politica bugetara si fiscala, daca doresc sa lupte cu eficacitate impotriva inflatiei.

Concluzii

· Inflația poate fi definită ca o tendință persistentă de creștere a nivelului general al prețurilor. Rata inflației este măsurată de obicei, prin creșterea procentuală de IPC.

· Inflația poate afecta distribuția venitului. Este de presupus redistribuirea venitului se produce dinspre cei cu venituri fixe și de la membrii unor sindicate spre membrii sindicatelor puternice; dinspre cei care acordă împrumuturi spre cei care fac împrumuturi; dinspre platitorii de impozite spre guvern; dinspre angajații din sectorul public spre cei din sectorul privat; și dinspre cei care obțin profituri spre salariați. Inflația presupune, de asemenea, costuri administrative de ajustare și poate afecta balanța de plăți și cursul de schimb.

· Inflația prin cerere este determinată de creșterea cererii agregate. Inflația prin costuri este determinată de creșterea costurilor de producție .

· Conform teoriei monetariste a inflației, o inflație susținută poate fi determinată numai de creșterea ofertei monetare. Există două teorii principale privind estimările, cunoscute sub denumirile de “anticipări ajustabile” și “anticipări rationale”.

· Teoriile care sugerează ca principala cauză a inflației este creșterea costurilor, au pus accent pe creșterea costurilor salariale ca rezultat al activității sindicale. Monetaristii susțin că creșterea costurilor poate conduce la o inflație persistentă doar dacă este majorată oferta monetară pentru a preantăpina creșterea somajului.

· Politica fiscală și cea monetară, politica de prețuri și venituri și indexarea sunt recomandate ca posibile măsuri de reducere a ratei inflației. Monetaristii recomandă aplicarea unei politici monetare pasive.

Referințe bibliografice:

- 1. Băcescu, Angelica. Analiza macroeconomică. București: Editura Economică, 2002;
- 2. Bezbakh, Pierre. Inflație, dezinflație, deflație. București: Humanitas, 1992;
- 3. Ciumara, Mircea; Ciutacu, Constantin. Inflația în România , Editura Expert, București, 2003
- 4. Ciumara, Mircea; Ciutacu, Constantin. Inflația în România : Modelarea fenomenului inflationist, Editura Expert, București, 2004
- 5. Nicoleta Jula, Dorin Jula – Macroeconomie, București 2009, Editura Mustang
- 6. Popescu, Jenica; Sandu, Mihaela. Tintirea inflației. In: Economistul, v. 14, nr. 1624, p. 1, 6, Mai 2004;
- 7. Radulescu, Eugen Traian. Inflația, marea provocare , Editura Enciclopedică, București, 1999
- 8. Tasnadi, Alexandru; Cretu, Alina. Anticipațiile adaptive și rationale în teoria inflației. București: Editura ASE, 2000;
- 9. Tugui, Alexandru. Inflația : concepte, teorii și politici economice, Editura Economică, București, 2000

TURISMUL INTERN SI INTERNATIONAL AL ROMANIEI THE NATIONAL AND INTERNATIONAL TOURISM OF ROMANIA

Răzvan Gabriel PANĂ¹

Abstract

The goal of the present study is to provide a look on Romanian tourism from past to present. When the early analyses of the field of tourism were done, Romania was a communist state and the borders with the Western Europe were closed for the native population. Tourism in Romania focuses on the country's natural landscapes and its rich history. In the study there is a part where the history of Romanian tourism is detailed. Over the past two decades, Romanian tourism expanded to many fields of interest. The number of tourists is growing every year, with almost 7-8 million people now visiting yearly. Romania's economy is characterized by a huge potential for tourism. The number of tourists grew from about 5.200.000 in 2000 to almost 8.000.000 in 2008, with a grew of revenues from about 400 million in 2000 to about 700-800 million in 2008. Tourism brings investment, creates jobs, etc. Accordingly the cultural heritage sites, performing arts, crafts and natural resources have all been exploited in attracting the tourists. We need to know why tourists come to Romania and exploit that touristic resource at maximum. Sporadic studies on various aspects of tourism have been carried out previously but there are serious gaps in existing knowledge on tourism in Romania. There is a need to review these studies and evaluate their impact. The project aims at assessing the present state of tourism, and studying its impacts on culture and economics in Romania. The study tries, also, to compare the national and the international tourism of Romania. It is believed that these two parts of tourism are connected. While, foreign tourists come, national tourists go outside the country. All in all, this study concentrates on knowing what influences people to go to foreign countries and why tourists come to Romania.

Cuvinte cheie: turism, studiu de piata,

1. Introducere

România dispune de un potențial turistic bogat, foarte variat, făcând parte din categoria țărilor cu tradiție și experiența în domeniul turismului. Acest lucru a situat-o întotdeauna, între destinațiile de vacanță recunoscute și apreciate în lume

Situația economico-socială, regimul politic și alți factori externi, au influențat, în măsura în care atât poziția României pe piața turistică internațională, cât și locul turismului în consmului populației și în structura economiei.

Ca urmare, circulația turistică a țării noastre a cunoscut, pentru fiecare dintre componentele sale, internă și internațională, evoluții diferite, determinate de schimbările majore din economia mondială și din cea internă, precum și de gradul de receptivitate la aceste evenimente.

O analiza pertinentă a fenomenului turistic al României presupune să abordăm distinct cele două componente ale circulației turistice, cu descifrarea tendințelor și perspectivelor, observarea sensibilităților și cu jalonarea strategiei de dezvoltare.

2. Conținutul lucrării

Circulația turistică internațională a României, înregistrată cu rigurozitate începând din 1966, se caracterizează printr-o evoluție contradictorie ce confirmă receptivitatea sa la transformările în plan economic, social și politic ale lumii contemporane.

¹ Student. Facultatea de Stiinte Economice; Economia Comertului, Turismului și Serviciilor; Universitatea „Nicolae Titulescu”, București; razpana@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. Univ. Dr. Grigorescu Mihai.

Astfel, o serie de fenomene pozitive, specifice economiei mondiale, ca intensificarea procesului de integrare și cooperare internațională, globalizarea și internaționalizarea vieții economice și sociale, pătrunderea tehnologiilor de varf în toate sectoarele economiei, industrializarea și terțiarizarea, dar și cele negative, precum crizele sau perioadele de recesiune economică, extinderea sărăciei și somajului își pun amprenta asupra dinamicii și structurii circulației turistice. Alături de acestea, desigur, evoluțiile proprii fiecărei economii joacă un rol determinant asupra configurației fluxurilor turistice.

Circulația turistică internațională se subdivide în două fluxuri distincte, sosiri (incoming) și plecări (outgoing), având comportament diferit.

Între anii 1960-1970, țara noastră a făcut eforturi de dezvoltare a infrastructurii turistice. Majoritatea eforturilor au fost, însă, concentrate pe litoralul Mării Negre. În anul 1971 este înființat Ministerul Turismului care avea în subordine mai multe organizații specifice serviciilor turistice, în zone precum Brașov, București și litoralul Mării Negre. România devenise o țară ușor accesibilă țărilor din Europa de Vest și oferea o alternativă ieftină Greciei și Spaniei. Turismul domestic a evoluat și el, iar populația nativă a fost încurajată să călătorească prin țară și să viziteze monumentele contemporane ale realizării socialiste. Numarul vizitatorilor străini a început să crească de la aproximativ 500.000 în anul 1965 la 2.3 milioane în anul 1972 în cazul celor din Europa de Est și fosta Uniune Sovietică, și de la 200.000 la 600.000 în cazul turiștilor din celelalte țări.

Odată cu venirea lui Ceaușescu la putere, în anii 1970, țara devine din ce în ce mai mult condusă sub climatul tiraniei. Regimul lui Ceaușescu a avut un impact semnificativ asupra turismului, mai ales că a restricționat legătura dintre România și țările occidentale. În anul 1974 este stabilită o lege care solicita turiștilor să schimbe o anumită cantitate de valută pentru fiecare zi a vizitei lor în România. În anul următor, românii le este interzis să găzduiască turiștii străini în casele proprii.

Turismul în România a înregistrat o scădere drastică în perioada anilor 1980, atunci când Ceaușescu decide să plătească datoriile externe ale țării mult mai devreme decât era prevăzut, fapt care a condus la o austeritate severă pentru cetățenii români, precum și la o scădere a standardului de viață. Prin urmare, standardele serviciilor turistice au scăzut și ele sub limitele standardelor occidentale, mâncarea distribuită în restaurante și hoteluri era în cantitate mică, infrastructura și transportul de o calitate inferioară, iar România devine o destinație deloc atractivă pentru turiștii din Occident.

După revoluția din anul 1989, Frontul Salvării Naționale (FSN) eradică anumite legi care nu au făcut deloc bine turismului, de exemplu legea care interzicea românii să găzduiască turiștii străini în casele proprii. După revoluție, sosirile turiștilor internaționali au crescut foarte rapid la 1.6 milioane, deși doar jumătate din ei vizitau țara în scop turistic, iar cealaltă jumătate era formată din ziariști, reporteri și reprezentanți ai organizațiilor de caritate ce au venit la noi în țară pentru a ajuta sau doar pentru a observa schimbarea ce s-a produs.

În perioada post revoluție, țara a fost vizitată de turiștii din Europa Occidentală și America din motive legate de anii socialiști, pentru a observa schimbările, și de revoluția din 1989 care a creat o imensă curiozitate pentru vizitarea obiectivelor asociate cu prăbușirea regimului comunist. România a încercat să depășească frontierele socialismului și să încurajeze dezvoltarea turismului la începutul anilor 1990, prin utilizarea unui slogan care avea ca scop atragerea cât mai multor turiști: „come as a tourist, leave as a friend” („vino turist, pleacă prieten”), dar România mai trebuia să-și actualizeze facilitățile turistice și să administreze mai bine produsele turistice pe care încercă să le promoveze. Turismul în România era încă la nivelul din perioada ante revoluție.

La începutul anilor 1990 și în anii ce au urmat, Guvernul a încercat să dezvolte capacitatea turistică a turismului rural. Prin diferite ordonanțe și hotărâri ale Guvernului de atunci, oamenii puteau, pentru prima oară, să primească străini în casele lor. Interesul continuu al Guvernului pentru turismul rural s-a regăsit în crearea Comisiei pentru Zonele Montane (1990) cu vagi responsabilități de organizare și promovare a turismului rural, urmată de o perioadă de inactivitate totală a acestei

Comisii. În 1994, Asociația Națională a Turismului Rural, Ecologic și Cultural (ANTREC) a încercat să promoveze ideea turismului rural, atât pentru vizitatori cât și pentru cei care îi găzduiesc, prin implementarea unui program ce oferea capacități de cazare turistică promovate prin intermediul unei rețele naționale de rezervare a structurilor de cazare.

În 1993, este inițiată o reformă a programului de dezvoltare a turismului de către Guvernul României. Ordonanța Guvernamentală nr. 62, modificată ulterior prin Ordonanța nr. 145 din 27 decembrie 1994, stabilește planul pentru dezvoltarea națională a turismului rural, în special pentru regiunile montane, Delta Dunării și Marea Neagră. Tot atunci, Ministerul Turismului promovează propria opinie privind turismul rural, aceea că acesta reprezintă pentru România cea mai atractivă „ofertă turistică” posibilă.

În momentul actual, România are cele mai mari șanse pentru a deveni o destinație turistică importantă. Va trebui, înainte de toate, să-și estompeze minisurile care nu îi conferă o poziție concurențială pe piața internațională turistică. Aceasta s-a datorat unui program de dezvoltare a turismului prost administrat, dar și datorită perioadei de recesiune cu care România s-a confruntat după perioada comunismului. Fără o dezvoltare sănătoasă a economiei românești și a societății, dar mai ales fără o privatizare a sectorului turistic și fără un bun program de promovare a acestuia peste hotare, nu se poate spera ca România să devină o atracție importantă a turismului internațional.

Din punct de vedere al turiștilor străini sosiți în țară, România se află în momentul de față într-o conjunctură favorabilă. Lipsa unei bune strategii nu oferă posibilitatea valorificării avantajului competitiv pe care țara noastră îl deține. România este o țară europeană sigură și riscul asumat de turiști este foarte mic. Atacul terorist din 11 septembrie din Statele Unite a creat o anumită vulnerabilitate celorlalte țări, aceasta însemnând că România va fi destinația preferată, cel puțin pentru moment, a străinilor, deoarece prezintă o anumită siguranță.

Este necesară o strategie de promovare a turismului care să aibă efecte durabile și sigure. După perioada ce a urmat comunismului, au fost făcute anumite eforturi de promovare a turismului, dar nu suficiente, în ciuda faptului că sosirile turiștilor pe teritoriul românesc au crescut în fiecare an. Totuși, România nu are destulă capacitate de cazare turistică nici măcar pentru turismul domestic, ceea ce va afecta numărul turiștilor internaționali care vor să viziteze România. Acest lucru afectează turismul din România.

Conform datelor furnizate de Institutul Național de Statistică, numărul turiștilor străini ce ajung în România oscilează continuu. De la 5224 mii de sosiri în 1999 la 7722 sosiri în 2007.

Analizând datele sosirilor furnizate de INSSE observăm o creștere între anii 1999-2000, creștere întreruptă în perioada 2000-2002, probabil din cauza atentatelor teroriste din acea perioadă. Creșterea continuă în anii 2002-2007, numărul turiștilor străini ce vizitează România crescând într-un ritm rapid. În figura 1 este prezentată oscilația numărului de turiști

În ceea ce privește distribuția turiștilor străini în România, după zona/țara de origine, observăm că majoritatea turiștilor străini ce sosesc în România, provin din Europa, lucru datorat faptului că aceștia pătrund mai ușor prin mijloacele rutiere și feroviare.

Analizând tendințele externe, putem spune că România trebuie să se alinieze la standardele europene în ceea ce privește transportul feroviar, naval și aerian. Din punct de vedere al transportului feroviar, păstrarea acestuia în condițiile actuale nu va atrage turiștii străini și nu va oferi posibilități reale de turism.

O serie de aspecte interesante privind coordonatele circulației turistice internaționale oferă analiza structurii vizitatorilor în funcție de motivul călătoriei. Potrivit declarațiilor turiștilor, principalul motiv al călătoriei, 57.6% din totalul intrărilor în România îl constituie odihna, recreerea, tratamentul; o pondere însemnată, 26.7% deține tranzitul, explicată prin poziția geografică a României; de asemenea mai recent, s-a afirmat turismul de afaceri, deocamdată cu o poziție modestă de aproximativ 8-10%.

În privința celui de-al doilea flux, plecările turiștilor români în străinătate, trebuie remarcată creșterea spectaculoasă a numărului acestora în 1990 – 11,3 milioane față de 898 de mii în 1989.

Explicația acestei evoluții explozive rezidă în deschiderea politică internațională a României, realizată după 1989, în facilitățile acordate de guvernul român turiștilor potențiali și în receptivitatea țărilor europene față de dorințele populației.

Aceasta creștere deosebită a plecărilor de turiști a transformat România dintr-o țară receptoare într-una emițătoare; noul statut este argumentat, mai curând, de cauze subiective (dorița de cunoaștere, limitarea dreptului de călătorie până în 1989 și altele) decât de cele obiective, cum sunt: nivelul de dezvoltare economică și posibilitățile financiare ale populației, insuficientă ofertei sau prețuri mai avantajoase. În legătură cu acest ultim aspect, trebuie menționat că România dispune de un potențial turistic ce justifică, cu prisosință, statutul de receptor.

După 1995, numărul plecărilor turiștilor a scăzut sensibil, ca rezultat al deteriorării condițiilor de viață ale populației României, dar și al unor restricții (în principal, obligativitatea unui minim disponibil de cheltuieli în sumă de 500 euro) impuse de majoritatea țărilor europene; în prezent numărul plecărilor se situează în limite normale de 5,7-7.0 milioane anual.

Și în cazul plecărilor în străinătate se menține aceeași concentrare foarte puternică în privința destinației de călătorie. Astfel, majoritatea românilor, aproximativ 98% în 2007, își îndreaptă preferințele spre țările Europei.

Din punctul de vedere al scopului călătoriei, ponderea o reprezintă “odihna, recreerea și tratamentul”, cu 89% în 2007, restul distribuindu-se între personalul însoțitor de zbor, turismul de afaceri și micul trafic de frontieră.

O primă observație, desprinsă din studierea structurii, este ponderea relativ redusă a turismului de afaceri, ca de altfel și în cazul sosirilor, ceea ce atestă faptul că România se află abia la începutul colaborărilor internaționale de avengură pe acest plan.

Analiza de ansamblu a circulației turistice internaționale a României evidențiază nivelul modest al acesteia, comparativ cu resursele de care dispune țara noastră, și implicit rezervele de creștere în viitor; dar, dezvoltarea turismului internațional și valorificarea mai bună a potențialului natural și antropoc presupune, pe de o parte, eforturi de relansare a economiei românești, de care turismul este puternic dependent și, pe de altă parte, elaborarea unei strategii adecvate, având ca principale obiective ridicarea nivelului calitativ al serviciilor, modernizarea bazei materiale specifice și a infrastructurii generale, realizarea unei politici promoționale agresive, lărgirea cooperării internaționale în domeniu.

Turismul intern, constituit din călătoriile populației autohtone în limitele granițelor naționale, s-a afirmat, în România, cu foarte mult timp în urmă, iar evoluțiile sale au reflectat cu fidelitate transformările din viața economică și socială a țării. Astfel, perioadele de avânt economic și cele de criză, evenimentele politice, facilitățile sau restricțiile de călătorie, s-au concretizat în creșteri sau scăderi ale numărului turiștilor, în variații ale duratei vacanțelor, în modificarea locului turismului, în consumul populației.

Numărul turiștilor înregistrați în unitățile de cazare a cunoscut perioade de creștere în ritmuri relativ înalte, de stagnare și declin, lucru arătat și de analiza în dinamică a acestora.

Astfel, din 1970, moment din care înregistrările statistice sunt riguroase și respectă o metodologie unitară, și până în 1980, tendința generală a circulației turistice interne a fost ascendentă, creșterea în ritmuri relativ înalte (6-7% în medie pe an) reflectând preocupările pentru stimularea călătoriilor, pentru afirmarea turismului ca o componentă importantă a existenței umane.

În deceniul ce a urmat, tendința a rămas tot pozitivă, dar evoluțiile au fost foarte lente, ritmuri medii anuale sub 1%, datorită apropierei, pentru acea etapă, de un prag de saturare a cererii. După 1990, s-a instalat o tendință descrescătoare, în ritmuri accelerate, aproape 10% pe an, datorită deteriorării sensibile a condițiilor de viață și faptului că aceia ce au avut posibilități financiare mai ridicate și-au petrecut vacanțele în străinătate. Acestea sunt principalele cauze ale scăderii numărului de turiști interni, la mai puțin de jumătate față de anul de vârf, 1988.

Mediul economic este un factor semnificativ, care influențează industria turismului dintr-o țară atât din punct de vedere al cererii, cât și al ofertei. Din punct de vedere turistic, factorii care pot

influența comportamentul de consum sunt rata dobânzii, cursul de schimb, disponibilitatea creditului, creșterea și stabilitatea economică și rata inflației, precum și structura economică a industriilor relevante turismului și profitabilitatea lor (costul capacității de cazare, costul călătoriilor etc).

Prețurile, care reprezintă costuri pentru consumatori, au cea mai semnificativă influență asupra puterii acestora de cumpărare. De aceea, prețul unei destinații turistice rămâne cel mai important factor asupra cererii turistice. În același timp, prețurile pot avea efecte negative, în sensul că acestea pot fi influențate de cursul de schimb între țara de origine și țara de destinație, precum și de nivelul de inflație.

În cazul României, puterea euro asupra leului este foarte puternică, putând avea efecte pozitive asupra cererii pentru servicii turistice, întrucât costurile cu transporturile și cazarea sunt relativ mici, cu excepția Bucureștiului unde costul unei camere pe noapte este de cel puțin 25 euro, iar prețul unei mese în oraș este de cel puțin 10 euro. Cu toate acestea, costul unei vizite la muzeu sau călătoria cu autobuzul sau cu trenul este foarte mic.

Modificările din mediul socio-cultural pot determina noi oportunități sau amenințări pentru turism. Principalele schimbări socio-culturale care ar putea avea un impact asupra turismului național sunt:

- schimbări în structura familiei și reducerea natalității;
- schimbări în structura vârstei pe piața turistică;
- schimbări în stilul de viață și nevoia de detașare din rutina de zi cu zi;
- schimbarea atitudinii față de calitatea vieții și creșterea nevoii de a învăța lucruri noi manifestată de noi regiuni și culturi;
- creșterea numărului de turiști bine informați ca urmare a școlarizării și a mijloacelor de comunicare.

Piețele potențiale pentru turismul internațional, dar și intern sunt influențate de numărul de persoane cu venit mare, timp liber și mobilitatea de a genera și susține creșterea pieței turistice pentru următoarea decadă. Din punct de vedere al marketingului, un factor important îl reprezintă atitudinile și comportamentul potențialilor turiști față de călătoriile turistice în comparație cu celelalte servicii de recreare.

Un alt factor semnificativ în generarea cererii turistice îl reprezintă atitudinea față de protecția mediului înconjurător sau cel puțin exercitarea standardelor minime de reducere a poluării și aglomerării stațiunilor turistice.

Schimbările în structura politică, a deciziilor politice și apariția de evenimente neașteptate au implicații majore asupra distribuției turistice și uneori astfel de situații nu pot fi controlate de industria turismului țării respective.

Liberalizarea turismului în România după 1989, precum și a țărilor din Europa de Est, au mărit interesul turiștilor pentru această arie geografică, în special pentru obiectivele turistice legate de prăbușirea comunismului. Democratizarea fostelor țări comuniste și reforma turistică a acestora pot avea un impact major asupra cererii turistice din Europa de Vest.

Anumiți factori politici și guvernamentali pot avea o importanță semnificativă asupra modului în care cererea pentru servicii de turism evoluează pe plan intern și internațional. Astfel, regulile și legile privind protecția consumatorului pot decide trendul cererii turistice, precum și legile anti-trust în stabilirea unei piețe competitive.

Există patru factori importanți care au influență asupra turismului:

Legea transporturilor

În cazul transportului aerian, acesta poate influența rutele și liniile aeriene, numărul de zboruri, capacitatea locurilor și prețurile acestora. Taxele de aeroport reprezintă de asemenea o problemă, întrucât sunt plătite de turiști.

Modernizat și reorganizat, transportul feroviar răspunde, în acest moment, tuturor exigențelor pasagerilor, mai ales pe rutele deservite de trenuri InterCity sau rapide. În completarea acestora, trenurile accelerate permit accesul vizitatorilor în aproape toate stațiunile sau orașele României. În

aceiași timp, conexiunile cu liniile internaționale înlesnesc utilizarea facilităților internaționale pentru diferite tipuri de legitimații de călătorie.

Transportul auto, atât cel intern, cât și cel internațional, cu microbuze sau autocare, s-a dezvoltat foarte mult, în ultima perioadă de timp acoperindu-se în întregime teritoriul românesc (rute interjudețene, dar și județene sau locale), cât și rute internaționale. În acest sens, există curse-linii permanente, care fac legătura dintre România și alte țări: Marea Britanie, Italia, Austria, Germania, Spania, Olanda, Franța etc.

Toate reședințele de județ, principalele orașe, respectiv stațiuni turistice din România, sunt legate printr-o rețea densă de transport auto în comun, care se realizează atât cu autocare moderne, cât și cu microbuze.

Între porturile românești ale Dunării fluviale nu există relații de transport fluvial regulat de persoane. Există, în schimb, rute de transport de pasageri între România și Bulgaria sau România și Iugoslavia ori rute de transport de autovehicule. Din păcate, nu există curse regulate de feribot în acest moment pe Marea Neagră, cu plecare din porturile românești. În timpul sezonului se pot face plimbări de agrement, cu plecare din portul turistic Tomis, Constanța, cu navele Euxin, Tomis și Condor, nave pregătite pentru acest gen de programe.

Există și anumite programe de reabilitare și restructurare a Căilor Ferate Române (CFR) cofinanțat de BIRD, BERD, Guvernul României și Comisia Europeană în vederea îmbunătățirii confortului călătorilor, creșterea siguranței acestora și a eficientizării transportului de marfă în vederea alinierii sistemului național de transport la sistemul european.

Totodată se are în vedere maximizarea efectelor pozitive asupra mediului și minimizarea impactului global și local pe care activitățile de transport le generează și sunt axate în general pe:

- stoparea degradării infrastructurii și menținerea în exploatare a sistemului de transport;
- aducerea în parametrii de funcționare și valorificare a capacităților existente prin repararea și modernizarea infrastructurilor;
- înlăturarea sau prevenirea apariției restricțiilor de circulație și eliminarea blocajelor și aglomerărilor;
- promovarea tehnologiilor de transport ecologice;
- integrarea drumurilor de interes local în rețeaua de infrastructură națională.

Călătoriile aeriene se efectuează în conformitate cu reglementările internaționale referitoare la condițiile generale de transport aerian al pasagerilor și bagajelor, precum și în baza condițiilor de transport înscrise pe biletele de avion, iar taxele plătite de pasager sunt cele impuse de autoritățile guvernamentale sau de operatorul aeroportuar.

Numărul companiilor internaționale și naționale de închiriere a autoturismelor a crescut considerabil în ultimul timp. Dintre companiile care își desfășoară activitatea pe piața românească amintim: Avis, Hertz, Sixt, Budget, Francocar, Autorent, majoritatea cu reprezentanțe în București și aeroportul Henri Coandă.

Controlul asupra clasificării hotelurilor și a serviciilor prestate de acestea în vederea protecției consumatorilor influențează nivelul prețurilor și prin urmare natura cererii. Alte reglementări, precum nivelul TVA-ului și legile Uniunii Europene privind drepturile angajaților au o influență directă asupra nivelului de servicii.

Numărul agențiilor de turism din România este de peste 1000. Dintre acestea, circa 800 fac parte din Asociația Națională a Agențiilor de Turism. Toate agențiile de turism, legal constituite, trebuie să funcționeze în baza unei licențe de turism eliberate de autoritatea tutelară în domeniu. Excepționând condițiile legate de calificarea personalului, spațiu, utilizarea mijloacelor de transport clasificate, o agenție de turism trebuie să beneficieze de o poliță de asigurare pentru riscul de insolvabilitate sau faliment.

Dezvoltările tehnologice, în special telecomunicațiile și procesarea informațiilor pot determina creșteri ale vânzărilor în industria turismului.

Factorii tehnologici cu influență majoră asupra cererii turistice includ:

- creșterea activității promoționale și de distribuție prin intermediul World Wide Web de către sectorul public și privat și agențiile de turism, incluzând vânzarea on-line și folosirea Internetului pentru vânzările de ultimă oră;

- dezvoltarea bazei de date de consumatori în sistemele informatice de marketing;

- marketingul de relație.

Romanian Tourism este una din companiile care au creat un portal profesional de turism care combină promovarea ofertei turistice cu vânzarea și rezervarea de pachete turistice prin Internet. Acest portal are ca parteneri Asociația Națională a Agențiilor de Turism (ANAT), Asociația Națională pentru Turism Rural, Ecologic și Cultural (ANTREC), Federația Industriei Hoteliere din România (FIHR), Federația Patronală din Turism (FPT), Organizația Patronală a Turismului Balnear din România (OPTBR) și Romanian Convention Bureau (RCB) și este singurul portal inclus în ECTAA – Grupul Național al Agențiilor de Turism și al Asociațiilor de Tur-operatori din Uniunea Europeană.

Prin această tehnologie de transfer se are în vedere dezvoltarea pieței turistice naționale și regionale din România și valorificarea produselor turistice de către companiile de turism și tur-operatori.

Ministerul Apelor, Pădurilor și Protecției Mediului a fost înființat în 1990 și are ca responsabilități monitorizarea factorilor ecologici și promovarea măsurilor stricte de protecție a mediului înconjurător, precum și reprezentarea Guvernului României în relație cu organizații internaționale de specialitate.

Printre alte responsabilități se numără promovarea și coordonarea unor programe de cercetare în domeniul protecției mediului înconjurător și administrarea apelor și pădurilor. Ministerul controlează 41 de agenții de protecție a mediului înconjurător regionale, autorități locale care aplică politica și strategia referitoare la mediul înconjurător pe o scară locală, precum și Administrația Rezervației Biosferei Delta Dunării.

A fost creat, de asemenea, un program de strategii de promovare a managementului apelor și pădurilor și a protecției mediului. Dezvoltarea modalităților de acțiune privind protecția mediului s-au bazat pe analiza mediului natural din România ce conține două documente: Conferința Națiunilor asupra Mediului și Dezvoltării (UNCED) și Strategia Română privind Mediul Înconjurător, creată în colaborare cu un număr mare de organizații internaționale, precum Banca Mondială, Comunitatea Europeană, Banca Europeană, Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare (EBRD). Strategia forestieră se bazează pe Conferința de la Helsinki privind protecția pădurilor din Europa, iar cantitatea de lemn tăiat a fost limitată la 15 milioane cubi metrici.

În concordanță cu obiectivele incluse în strategie, au fost identificate 14 zone majore și anumite strategii au fost puse în acțiune pentru prevenirea și reducerea poluării. În afară de investițiile locale sau ale celor alocate din bugetul statului pentru aceste zone, au fost oferite resurse financiare suplimentare din partea Ministerului Mediului Înconjurător, reprezentând aproximativ 3000 milioane lei pentru accelerarea rezolvării unor probleme serioase de poluare.

Totodată, România este singura țară din Europa Centrală și de Est care a fost invitată la consiliul miniștrilor mediului înconjurător din unele state europene. În colaborare cu statele din regiune și cu ajutorul unor comunități internaționale, România se va implica în derularea unor programe importante de protecție a mediului înconjurător la nivel național și regional în ceea ce privește conservarea calității apei Mării Negre, program finanțat de Banca Mondială prin Fondul Global al Mediului Înconjurător. Tot atât de important este programul PHARE privind promovarea sistemelor integrate de mediu desfășurate în România.

Plajele din România vor fi incluse în programul „Steagul Albastru – Blue Flag”, destinat protecției mediului din astfel de zone, în acest sens Guvernul aprobând constituirea unui comitet național a cărui activitate va fi coordonată de Ministerul Turismului și de Ministerul Apelor și Protecției Mediului. „Blue Flag” este un program al Fundației de Educație pentru Mediu (FEE) din Marea Britanie și reprezintă simbolul plajelor protejate.

În ultimii ani, România a devenit o destinație preferată pentru mulți europeni (mai mult de 60% dintre turiștii străini provin din țările membre UE), rivalizând și fiind la concurență cu țări precum Bulgaria, Grecia, Italia sau Spania. Stațiuni precum Mangalia, Saturn, Venus, Neptun, Olimp și Mamaia (numite uneori și Riviera Română) sunt printre principale atracții turistice pe timp de vară. În timpul iernii, stațiunile de schi de pe Valea Prahovei și din Poiana Brașov sunt destinațiile preferate ale turiștilor străini. Pentru atmosfera lor medievală și pentru castelele aflate acolo, numeroase orașe transilvănene precum Sibiu, Brașov, Sighișoara, Cluj-Napoca sau Târgu Mureș au devenit niște importante puncte de atracție pentru turiști. De curând s-a dezvoltat și turismul rural ce se concentrează asupra promovării folclorului și tradițiilor. Principalele puncte de atracție le reprezintă Castelul Bran, mănăstirile pictate din nordul Moldovei, bisericile de lemn din Transilvania ori Cimitirul Vesel din Săpânța. Alte atracții turistice importante din România sunt cele naturale precum Delta Dunării, Porțile de Fier, Peștera Scărișoara și încă alte câteva peșteri din Munții Apuseni.

Bucovina este situată în partea de nord a României, în nord-vestul Moldovei. Regiune montană pitorească, cu tradiții etnografice ce dăinuie nealterate, Bucovina se remarcă printr-o activitate turistică dinamică, datorată în primul rând mănăstirilor. Cele cinci mănăstiri cu pictură exterioară, intrate în patrimoniul turistic mondial, își păstrează frumusețea după mai bine de 450 de ani

Capacitatea de cazare este semnificativă în România (280.000 locuri de cazare), comparativ cu alte țări cu realizări remarcabile în domeniul turismului (Cehia, Croația, Polonia, Ungaria ș.a.). Practicarea unui turism de masă însă, a făcut să predomine unitățile de cazare de categorii inferioare (ponderea hotelurilor de 1-2 stele pe litoralul românesc depășește 80%).

Deși România dispune de cea mai mare capacitate de primire turistică între țările Europei Central-Estice (3.338 unități de cazare), ea ocupă ultimul loc la indicatorii „număr turiști” cuprinși în unitățile de cazare și număr înnoptări.

Numărul unităților de cazare a crescut în ultimii zece ani cu aproximativ 25%, în special datorită apariției unor noi forme de cazare (pensuni rurale, urbane și agroturistice, hoteluri pentru tineret). Cu toate acestea, numărul locurilor de cazare pe toate tipurile de unități și categorii, în ultimii zece ani, a scăzut cu aproape 7% datorită retrocedării imobilelor naționalizate (în special vile turistice) și schimbării destinației unor structuri. În 2002, România dispunea de 272.596 locuri de cazare.

Un proces vizibil se poate observa în ceea ce privește nivelul de confort, deoarece multe capacități de cazare turistică de trei până la cinci stele au fost construite în capitală, la mare și la munte.

Analizele Peacock Hotels/Global Management arată că, dacă luăm ca referință totalul celor circa 9.000 de camere de hotel prefigurate a exista în București până în 2012, atunci minim 16-18% din această capacitate ar trebui acoperită de hoteluri de două stele. În prezent, există patru hoteluri de cinci stele în capitală, respectiv Marriot, Hilton, Crown Plaza și Intercontinental și unsprezece hoteluri de patru stele, respectiv Majestic, Continental, Monte Nelly, Lido, Chrystal Palace, Howard Johnson, Sofitel, Stil Hotel, Sky Gate, Class Hotel și Hotel 7.

Circa 42,7 % din capacitatea de cazare turistică a României se află în stațiunile de pe litoralul Mării Negre, 16,3% în București și orașele reședință de județ (exclusiv Tulcea), 15,7% în stațiunile balneare, 11,5% în stațiuni montane, 0,8% în Delta Dunării și 12,9% din locurile de cazare în alte trasee și destinații turistice. Fenomenul de sezonalitate este specific mai ales pentru turismul de litoral, chiar dacă acesta nu este reflectat proporțional în indexul de utilizare a capacității de cazare (41,3%), datorită contribuției așa-numitului turism social.

Pe litoralul Mării Negre și în București, ambele locații deservite de câte un aeroport internațional (București - Henri Coandă și Constanța), unitățile de cazare au o capacitate mult mai mare decât în celelalte zone turistice (147 paturi este media capacității hotelurilor de la Marea Neagră, în timp ce în zonele montane media aceasta este de numai 48). Acest lucru face ca

Bucureștiul și litoralul Mării Negre să fie favorabile practicării turismului de grup și să fie destinațiile preferate de tur-operatorii internaționali.

3. Concluzii

În concluzie, aș putea spune că turismul românesc nu a atins un punct în care să devină important. În acest moment România există undeva pe la mijlocul pieței de oferte de turism din toată lumea. Deciziile luate în grabă la nivel înalt au dus turismul românesc la un nivel ce nu s-a mai întâlnit în nici unul din anii luați spre analiză.

Analiza tendințelor a arătat faptul că, în contextul politico-economic existent în acest moment, turismul se desfășoară cel mai mult pe teritoriul Uniunii Europene. Cel mai intens turism, în schimb este cel intern.

Pot spune că piața turismului așteaptă să fie redescoperită de un investitor sau de investitorii deja existenți. O dată ce metoda necesară pentru redarea spiritului turismului românesc a fost găsită, vom putea spune că turismul românesc înflorește.

Referințe bibliografice:

- Barbu Gh. (1981) “Turismul în economia națională” București: Editura Sport-Turism;
- Burkart A.J., Medlik S., (1981) “Tourism: Past, Present and Future”, Londra: Heinemann Ltd.
- “Dictionar de relații economice internaționale”, Editura Economica, București, 1993
- Ioncica M. (2003) “Economia Serviciilor” – editia a III-a, București: Editura Uranus
- Minciu, R. (2005) : “Economia Turismului” – editia a III-a, București: Editura Uranus;
- Nita I (2008): “Piata turistica a Romaniei. Realitati.Mecanisme.Tendinte”, editia a II-a, București: Editura Economica
- ro.wikipedia.org – consultat la data de 11.12.2010
- www.contabilizat.ro – consultat la data de 11.12.2010
- www.insse.ro – consultat la data de 11.12.2010

CONTUL DE PROFIT ȘI PIERDERE

Ana Maria POPESCU,
Mihaela Georgiana BĂDICĂ *

Abstract

Profit and loss account as part of the "Annual Accounts", represents a synthesis accounting document provided by Accounting Law and Accounting Regulations in accordance with European directives, which focuses incomes and expenses of a business for a period of time and indicate the results forming mode. In a general manner, it provides necessary information for understanding and explaining the profit or loss recorded by the economic agent. In the Romanian accounting system, profit and loss is based on the classification of expenses and income by nature of activities. The purpose of this work is to highlight dualistic concept adopted for cost accounting which requires the calculation of incomes achieved by global financial accounting and calculation of analytical results through management accounting.

We will also exemplify the forming stages of the exercise result.

Cuvinte cheie: *situații financiare, rentabilitate, principii contabile, venituri, cheltuieli.*

2.1. Introducere

Într-o economie competitivă, principalul obiectiv de natură strategică al unui agent economic îl constituie realizarea unor randamente superioare ale capitalului investit de acționari. Având în vedere că profitul constituie baza alocării de dividende pentru acționarii firmei, aceasta trebuie să desfășoare activități generatoare de profit prin satisfacerea necesităților unei anumite grupe de cumpărători. Contul de profit și pierdere reflectă modul de formare a rezultatului și constituie baza analizei structurale și dinamice a profitului și a analizei prin intermediul sistemului ratelor de rentabilitate.

3.2. Contul de profit și pierdere: oglinda rezultatului unei entități

Profitul reprezintă un indicator fundamental utilizat în analiza economico - financiară a firmei, influențând în mod indirect cursul pe piață al acțiunilor respectivului agent economic. Analiza activității unei entități economice prin prisma profitului și rentabilității poate părea insuficientă, deoarece la prima vedere nu ia în considerare realizările întreprinderii care nu sunt exprimate monetar (productivitatea fizică, calificarea personalului, climatul social, raporturile cu mediul concurențial). În realitate abordarea sistematică a întreprinderii permite înțelegerea transformării oricărei realizări favorabile (exprimată în termeni cantitativi sau calitativi) în rezultate monetare, și deci în rentabilitate.

Rezultatul economic poate fi definit prin prisma relației venit total - cost total, având în vedere că orice activitate este simultan consumatoare de resurse și generatoare de rezultate. În această concepție rezultatul este evidențiat de diferența între veniturile din livrarea (vânzarea) bunurilor mobile și a bunurilor imobile pentru care s-a transferat dreptul de proprietate, servicii prestate și lucrări executate, inclusiv câștigurile din orice sursă și cheltuielile efectuate pentru realizarea acestora dintr-un exercițiu financiar.

Situațiile financiare care consolidează și comunică informația sunt bilanțul și contul de profit și pierdere.

Bilanțul constată rezultatul sub formă de profit sau pierdere în calitatea sa de variație a bogăției întreprinderii, determinată de activitatea sa în timpul unui exercițiu financiar.

* Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; anamaria_popescu09@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Gurău Mariana.

Contul de profit și pierdere descrie și explică rezultatul prin prisma structurilor de cheltuieli și venituri care l-au determinat, implicit activitățile consumatoare și producătoare de rezultate.

Rezultatul evidențiat de bilanț, calculat prin contabilitatea în partidă simplă se întemeiază pe ecuația fundamentală a patrimoniului de forma:

$$\text{SITUAȚIA NETĂ} = \text{ACTIV} - \text{DATORII}.$$

Rezultatul se determină, după cum urmează.

La începutul perioadei întreprinderea întocmește un inventar al activelor, capitalurilor proprii și datoriilor sale, inventar formalizat într-un bilanț inițial.

În timpul exercițiului financiar toate mișcările și fluxurile la nivelul elementelor de activ, capital propriu și datorii sunt reflectate prin înregistrări directe sau generale fără a apela la structurile de cheltuieli și venituri proprii unui cont de rezultate.

Conturile folosite sunt divizate în conturi de terți sau persoane care înregistrează datoriile și creanțele întreprinderii și în conturi de fapte sau valori reale care înregistrează mișcările de bunuri materiale și lichidități.

Pentru cunoașterea rezultatului întreprinderea întocmește, la sfârșitul perioadei, un inventar după aceleași reguli cu cel de la începutul perioadei, redactat printr-un bilanț de închidere. Prin compararea situațiilor nete și ținând cont și de aportul acționarilor se obține rezultatul perioadei.

Contabilitatea simplă, existentă doar la nivel teoretic în cadrul agenților economici productivi, oferă informații doar despre efectele situației nete fără a cuantifica și cauzele. Ea este întâlnită numai în bilanțul contabil ca situație financiară. Această limită este depășită prin utilizarea contabilității în partidă dublă printre ale cărei principii de bază este și cel al dublei determinări a rezultatului, adică rezultatul calculat în raport de variația situației nete a patrimoniului și rezultatul determinat pe baza relației globale și structurale dintre venituri și cheltuielile corespondente lor de forma:

$$\text{REZULTAT} = \text{VENITURI} - \text{CHELTUIELI}$$

Calculul și comunicarea datelor prin prisma raporturilor dimensionale și structurale dintre venituri și cheltuieli sunt posibile prin existența în contabilitatea în partidă dublă a unui cont „Profit și pierdere”, care înregistrează și prezintă o recapitulare clasificată și ordonată a tranzacțiilor consumatoare de cheltuieli și producătoare de venituri, conducând la determinarea și explicarea rezultatului exercițiului.

Contul de profit și pierdere reprezintă un document contabil de sinteză prevăzut de legea Contabilității care concetreză veniturile și cheltuielile unei întreprinderi pentru o perioadă dată și indică modul de formare al rezultatelor. Într-o manieră generală, el oferă informațiile necesare pentru înțelegerea și explicarea profitului sau pierderii înregistrate de agentul economic.

Veniturile și cheltuielile, componente ale contului de rezultate, sunt înregistrate de contabilitate conform unor principii (convenții) contabile:

- ❖ principiul continuității activității;
- ❖ principiul independenței exercițiului;
- ❖ principiul prudenței;

Principiul continuității activității presupune că întreprinderea își desfășoară în mod normal activitatea într-un viitor previzibil. Aplicarea acestui principiu presupune

a) delimitarea activității întreprinderii în exerciții financiare sau contabile în funcție de care se stabilesc situația patrimoniului, situația financiară și rezultatele obținute;

b) delimitarea în timp a veniturilor și cheltuielilor.

Principiul independenței exercițiului conduce la considerarea fiecărui exercițiu ca un tot independent separat de exercițiile anterioare sau viitoare, evidențiind toate cheltuielile și veniturile și atribuind doar acele venituri și cheltuieli care îi sunt proprii.

Delimitarea perioadelor presupune ca efectele tranzacțiilor și alte evenimente să fie luate în calcul când acestea s-au produs și nu când intervine plata. Procedând astfel se dă expresie întâietății cauzelor față de efecte, se înregistrează mai întâi angajamentele și apoi executarea lor.

În Regulamentul de aplicare a Legii contabilității din România, acest principiu este definit prin prisma delimitării în timp a veniturilor și cheltuielilor aferente unității patrimoniale pe măsura angajării acestora și trecerii la rezultatul exercițiului la care se referă.

Se practică astfel „contabilitatea de angajamente” („accrual accounting”) bazată pe delimitarea și înregistrarea veniturilor sub aspect real (mișcarea de bunuri și servicii) și sub aspect monetar (mișcarea banilor) și a cheltuielilor în momentul angajării.

Respectarea acestui principiu impune aplicarea de diverse tehnici cum sunt:

Conturile de regularizare și asimilate: venituri și/sau cheltuieli înregistrate în avans, decontări din operații în curs de clarificare, diferențe de conversie - activ / pasiv.

Veniturile sau cheltuielile înregistrate în avans corespund unor operații economice ce se desfășoară pe mai mulți ani, cu încasări respectiv plăți eșalonate, iar în vederea delimitării rezultatului perioadei sunt înregistrate ca posturi în bilanț.

Astfel cheltuielile sunt înregistrate în activ iar veniturile în pasivul bilanțier.

Diferențele de conversie favorabile se înregistrează ca venituri arătând existența unor surse, iar cele nefavorabile în activ cu semnificația de consumuri sau pierderi.

Decontările din operații în curs de clarificare sunt înregistrate în activ sau pasiv după cum reprezintă creanțe, respectiv datorii.

Principiul prudenței constă în aprecierea rezonabilă sau cu precauție a activelor și pasivelor, a cheltuielilor și veniturilor pentru a evita supraevaluarea rezultatului. Sau, așa cum este interpretat în Regulamentul de aplicare a Legii contabilității, precum și în Reglementările contabile conforme cu directivele europene, potrivit principiului prudenței nu este admisă subevaluarea datoriilor și a cheltuielilor, respectiv supraevaluarea elementelor de activ și a veniturilor, ținând cont de deprecierea, riscurile și pierderile posibile generate de desfășurarea activității exercițiului curent sau anterior.

Aplicarea principiului prudenței se regăsește în următoarele mecanisme contabile:

a) la închiderea exercițiului se contabilizează datoriile și pierderile probabile, și nu se înregistrează activele și profitul probabile;

b) doar beneficiile realizate la data închiderii exercițiului pot fi înscrise în bilanț;

c) trebuie ținut cont de toate riscurile previzibile și eventualele pierderi care au luat naștere în cadrul exercițiului sau pe parcursul unui exercițiu anterior, chiar dacă aceste ricuri sau pierderi nu sunt cunoscute decât între data închiderii bilanțului și data la care el este întocmit;

d) trebuie să se țină cont de deprecierea activelor indiferent de rezultatul exercițiului. În consecință, dacă valoarea de inventar este mai mică decât valoarea de intrare, diferența este contabilizată prin amortizare în caz de depreciere ireversibilă sau prin roaștere de ajustări pentru depreciere, dacă deprecierea este reversibilă. În cazul în care valoarea de inventar este mai mare decât valoarea de intrare, diferența nu este contabilizată, elementele de activ menținându-se la valoarea de intrare (costul istoric);

e) trebuie efectuată o analiză foarte importantă a cheltuielilor angajate, în vederea delimitării, după caz, în „costul produsului” sau „costurile perioadei”. În ultima structură se cuprind toate cheltuielile angajate care nu pot fi nici imobilizate, nici stocate, nici repartizate pe mai multe exerciții, acestea nefiind recunoscute ca active și deci sunt repartizate direct asupra rezultatului exercițiului. Este cazul cheltuielilor generale de administrație, cheltuielilor de distribuție și costurilor de subactivitate. O asemenea analiza s-a concretizat în adoptarea formulei costului de producție parțial în evaluarea bunurilor obținute din producție proprie. Un asemenea cost este compus din costul de achiziție al materiilor prime și materialelor consumate, celelalte cheltuieli directe de producție, precum și cota cheltuielilor indirecte de producție deterninate rațional ca fiind legate de fabricarea produselor. În costul de producție pot fi incluse și dobânzile la creditele bancare contractate pentru producția cu ciclu lung de fabricație, aferente perioadei.

Principiul tratează în mod discriminatoriu evaluarea activelor. Potrivit principiului prudenței se contabilizează numai minusurile, calculate ca diferență între valoarea de inventar (actuală) și costul istoric, nu și plusurile. Neînregistrarea plusvalorilor generează rezerve latente sau oculte.

Rezervele oculte se pot crea și prin subevaluarea deliberată a activelor sau a veniturilor sau supraevaluarea deliberată a cheltuielilor.

Partizanii acestui principiu apreciază că determinarea profitului este totdeauna aleatoare și în consecință este mai bine a se declara profitul minim nu atât pentru a reduce sarcinile fiscale, ci pentru a evita distribuirea de dividende fictive, pentru a atenua, de asemenea, o viziune prea optimistă.

În concordanță cu principiile enunțate contul de profit și pierdere conține, toate veniturile generate de activitatea întreprinderii pe parcursul exercițiului, toate cheltuielile aferente, pe parcursul aceleiași perioade.

În cadrul sistemului contabil românesc, contul de profit și pierdere are la bază clasificarea cheltuielilor și a veniturilor după natura activităților. Forma de prezentare a structurilor în cadrul contului este cea de listă. O asemenea opțiune este în concordanță cu concepția dualistă de organizare a contabilității (contabilitate financiară și contabilitate de gestiune) iar forma listă prezintă facilitatea informațională că dezvăluie rezultatul după fiecare nivel de activitate.

Concepția dualistă adoptată pentru modelarea și contabilizarea cheltuielilor impune un calcul al rezultatului global realizat prin contabilitatea financiară și un calcul al rezultatelor analitice prin contabilitatea de gestiune.

În contabilitatea financiară, cheltuielile și veniturile sunt grupate în funcție de natura activităților (exploatare, financiară, extraordinară) iar în contabilitatea internă de gestiune cheltuielile și veniturile (deocamdată în modelul românesc numai cheltuielile) sunt grupate după funcția sau destinația lor pe feluri de produse, lucrări și servicii.

Structura contului de profit și pierdere evidențiază conținutul indicatorilor și modul lor de construire. Astfel, cifra de afaceri dezvăluie mărimea tranzacțiilor de vânzare realizate de o întreprindere cu terții săi, fiind egală cu vânzările de mărfuri plus producția vândută. Întrucât veniturile sunt înregistrate fără taxe, în mărimea cifrei de afaceri nu sunt incluse taxa pe valoarea adăugată și reducerile comerciale acordate clienților.

Producția stocată exprimă, după caz, veniturile în cost de producție generate de creșterea stocurilor de producție comparativ cu stocurile inițiale (stocaj) sau diminuarea veniturilor în cost de producție în situația inversă (destocaj).

Producția imobilizată exprimă în cost de producție imobilizările terminate sau în curs în cadrul exercițiului prin construcție sau producție proprie.

Prin însumarea algebrică a producției vândute în preț de vânzare, a producției stocate și a producției imobilizate se obține producția exercițiului care dezvăluie performanța activității de producție a întreprinderii.

Subvențiile de exploatare sunt destinate compensării insuficienței veniturilor din exploatare sau reducerii cheltuielilor de exploatare.

Postul alte venituri din exploatare cuprinde veniturile din creanțe recuperate, valoarea reparațiilor capitale efectuate cu forțe proprii constatate la închiderea exercițiului ca fiind aferente exercițiilor viitoare (poziție discutabilă) și orice alte venituri din exploatare. În schimb la această poziție nu figurează veniturile din redevențe pentru concesiuni, brevete, licențe, mărci, procedee, veniturile din imobile neafectate activităților profesionale.

Veniturile generate de reluarea, diminuarea sau anularea ajustărilor pentru depreciere privind activitatea de exploatare sunt delimitate prin poziția venituri din anularea ajustărilor pentru depreciere privind exploatarea.

Veniturile din exploatare cuprind : veniturile din vânzarea produselor, lucrărilor executate sau serviciilor prestate, venituri din producția stocată, venituri din producția imobilizată, venituri din subvenții de exploatare, alte venituri din exploatare (venituri din creanțe reactive, venituri din despăgubiri, amenzi și penalități, venituri din subvenții pentru investiții etc).

Cheltuielile pentru exploatare, cheltuieli referitoare la activitatea normală și curentă a întreprinderii, cuprind: cheltuielile cu materii prime și materiale consumabile, cheltuieli privind mărfurile, alte cheltuieli materiale, cheltuieli cu energia și apa, cheltuieli cu personalul, ajustări de valoare privind imobilizările corporale și necorporale, ajustări de valoare privind activele circulante, cheltuieli privind prestațiile externe (cheltuieli cu întreținerea, reparațiile, locații de gestiune și chirii, sumele plătite pentru obținerea de studii și cercetări etc), cheltuieli cu impozite, taxe și vărsăminte asimilate, ajustări privind provizioanele.

Rezultatul din exploatare se determină prin scăderea din veniturile de exploatare a cheltuielilor de același gen și indică eficiența activității de bază a întreprinderii.

Profitul obținut din activitatea de exploatare constituie baza susținerii activităților financiare și extraordinare în cazul întreprinderilor.

Pierderea din exploatare se poate datora profilului neproductiv al agentului economic (societate de consultanță, de exemplu) sau obținerii unor profituri din activitatea de exploatare inferioare cheltuielilor aferente. În al doilea caz este necesară o analiză atentă a tipurilor de cheltuieli și venituri aferente activității de exploatare.

Veniturile financiare cuprind mai ales: veniturile din imobilizări financiare, veniturile din investiții financiare pe termen scurt, veniturile din creanțe imobilizate, veniturile din investiții financiare, veniturile din diferențe de curs valutar, veniturile din dobânzi, venituri din sconturi obținute etc.

Cheltuielile financiare cuprind: pierderile din creanțe legate de participații, cheltuielile privind investițiile financiare cedate, cheltuielile privind imobilizările financiare cedate, pierderile din investițiile pe termen scurt cedate, cheltuielile din diferențe de curs valutar, cheltuielile privind dobânzile, cheltuielile privind sconturile acordate etc.

În urma comparării veniturilor și cheltuielilor financiare se obține rezultatul financiar (profit sau pierdere). Pierderea din activitatea financiară se poate datora plății dobânzii la creditele contractate, cheltuielilor din diferențele de curs valutar care depășesc veniturile financiare. Rezultatul financiar trebuie interpretat în strânsă legătură cu rezultatul din exploatare, un rezultat financiar negativ (pierdere) putând fi acoperit de profitul din exploatare ca urmare a folosirii resurselor proprii și atrase.

Indicatorul care consemnează acest fapt se numește rezultatul curent al exercițiului obținut astfel:

$$\text{REZULTATUL CURENT AL EXERCIȚIULUI} = \text{REZULTATUL DIN EXPLOATARE} + \text{REZULTATUL FINANCIAR}$$

Rezultatul curent (operațional) indică în cifre nominale eficiența activității curente a întreprinderii, neluând în calcul elementele care nu au caracter de repetabilitate și continuitate în activitatea întreprinderii.

Veniturile extraordinare se referă la acele venituri din subvenții pentru evenimente extraordinare, în timp ce cheltuielile extraordinare cuprind cheltuielile privind calamitățile și alte evenimente extraordinare.

Rezultatul extraordinar este dat de relația:

$$\text{REZULTATUL EXTRAORDINAR} = \text{VENITURI EXTRAORDINARE} - \text{CHELTUIELI EXTRAORDINARE}$$

Rezultatul exercițiului se determină astfel:

$$\text{REZULTATUL BRUT AL EXERCIȚIULUI} = \text{REZULTATUL CURENT} + \text{REZULTATUL EXTRAORDINAR}$$

Impozitul pe profit se aplică sub formă de cotă asupra bazei de impozitare care în cele mai multe cazuri nu corespunde rezultatului brut al exercițiului datorită existenței unor cheltuieli nedeductibile și a unor facilități fiscale în cazul majorității activităților desfășurate de întreprindere.

Informațiile oferite de contul de profit și pierdere constituie baza analizei structurale și dinamice a profitului și a analizei prin intermediul sistemului ratelor de rentabilitate.

Analiza de tip dinamic a profitului se poate realiza prin utilizarea indicilor cu bază fixă folosind ca date de intrare mărimea netă sau brută a rezultatului. Prin compararea indicilor de evoluție a profitului se poate aprecia evoluția activității întreprinderii.

Analiza de tip structural se realizează pe baza soldurilor inremediare de gestiune. Construcția în trepte a indicatorilor, pornind de la cel mai cuprinzător (evoluția exercițiului + marja comercială) și încheind cu cel mai sintetic (profitul net al exercițiului) a sugerat denumirea seriei lor de „cascadă a soldurilor intermediare de gestiune”.

În fapt, soldurile intermediare de gestiune sunt indicatori sub formă de solduri, numite și marje, ce evidențiază etapele formării rezultatului exercițiului, în strânsă conexiune cu structura de venituri și cheltuieli aferente activităților unei întreprinderi.

Soldurile intermediare de gestiune se calculează folosind informațiile conținute de contul de profit și pierdere și se interpretează astfel:

$$1. \text{ Marja comercială (Mc)} = \text{Vânzări de mărfuri (ct. 707)} - \text{Costul de cumpărare al mărfurilor vândute (ct. 607)}$$

Mc permite calculul privind rata marjei comerciale calculată ca raport între marja comercială și cifra de afaceri netă.

Acest calcul global este mult mai nesemnificativ dacă este efectuat pentru fiecare categorie de mărfuri. Este important să se compare rata marjei comerciale pe fiecare sector de activitate și să se analizeze dacă o scădere a marjei comerciale provine din costul de cumpărare mai ridicat, nereflectat asupra prețului de vânzare datorită concurenței.

$$2. \text{ Producția exercițiului (Pex)} = \text{Producția vândută (gr. 70 - ct. 707)} \pm \text{Producția stocată (ct. 711)} + \text{Producția imobilizată (gr. 72)}$$

Acest indicator caracterizează întreprinderile industriale care fabrică produse. Ele reflectă activitatea productivă a întreprinderii, adică ceea ce a fabricat și vândut precum și producția stocată. Indicatorul semnifică evoluția întreprinderii în perspectivă luând în considerare efectul politicii comerciale și a politicii de stocaj.

$$3. \text{ Valoarea adăugată (Va) gr.} = (\text{Pex} - \text{Mc}) - \text{Consumuri provenite de la terți (60+61+62) - ct. 607}$$

Valoarea adăugată (Va) este un indicator economic care trebuie analizat prin existența omogenității între politica comercială, de piață și producție pe de o parte și politica de cumpărare și efectele asupra stocurilor pe de altă parte. Dacă Va scade față de perioada precedentă, rezultă că întreprinderea vinde în pierdere sau efectuează cumpărări foarte importante la prețuri mari. Se pune problema dacă s-a studiat suficient concurența furnizorilor sau întreprinderea face jocul lor.

Dacă VA crește, poate fi determinată de sporirea vânzărilor sau cumpărării mai puțin importante sau la prețuri joase.

Dacă VA este stabilă, întreprinderea adoptă un echilibru adecvat între politica de fabricație și vânzare și politica de cumpărare.

VA poate fi analizată și prin prisma a trei factori: forța de muncă, capital și stat.

Contribuția factorului de personal este analizată prin cheltuielile de personal.

Totalitatea impozitelor și taxelor pe care întreprinderea are obligația să le plătească fără un echivalent valoric - ca operații economice sunt analizate în cadrul valorii adăugate prin factorul stat.

Raportul acestor remunerații asupra valorii adăugate poate evidenția structura întreprinderii și arată gradul de automatizare, randamentul personalului, randamentul mijloacelor fixe. Relațiile de calcul sunt:

$$\text{Gradul de automatizare} = \frac{\text{Cheltuieli de personal adăugată}}{\text{Valoarea}} * 100$$

O rație diminuată semnifică gradul de automatizare al întreprinderii; cheltuielile de personal ocupă astfel o pondere mică, ceea ce dă posibilitatea întreprinderii de a investi, de a asigura dezvoltarea sa, sau resursele sunt utilizate pentru rambursarea datoriilor.

$$\text{Randamentul personalului} = \frac{\text{Valoarea adăugată}}{\text{Numarul de persoane}} * 100$$

semnifică creșterea producției pe o persoană.

EBE (excedent brut din exploatare) este un indicator de rentabilitate economică, fiind calculat ca diferență între veniturile și cheltuielile de exploatare fără a lua în calcul amortismentele și cheltuielile financiare. Este util pentru comparații între întreprinderi deoarece nu ține cont nici de politica financiară (cheltuielile financiare) și nici de politica de investiții (amortismente).

EBE reprezintă finanțarea întreprinderii generată de activitatea de exploatare, deoarece toate veniturile și cheltuielile de exploatare în amonte de acest sold sunt încasabile sau de plată, atunci când cheltuielile cu amortismentele și provizioanele și veniturile din amortismente și provizioane în aval nu vor fi de plată sau de încasat.

$$\text{EBE} = \text{VA} + \text{Subvenții de exploatare} - \text{Cheltuieli de personal (factorul forței de muncă)} - \text{Impozite, taxe și vărsăminte (factorul stat)}$$

EBE trebuie să permită întreprinderii de a rambursa datoriile sale și de a plăti cheltuielile financiare, de a investi grație amortismentelor. El permite plata dividendelor la asociați sau acționari. *EBE* este indicatorul de bază pentru calculul capacității de autofinanțare.

$$\text{Rata marjei de finanțare} = \text{EBE} / \text{VA} * 100$$

și arată contribuția factorului capital la formarea valorii adăugate sau partea remunerației care îi revine.

Rezultatul exploatării (*RE*) trebuie să fie profit deoarece el reprezintă „idealul” pentru care întreprinderea a fost creată.

$$\text{RE} = (\text{EBE} + \text{cont 781} + \text{grupa 75}) - (\text{cont 681} + \text{grupa 65})$$

Este un criteriu de comparare între întreprinderi, deoarece el caracterizează performanțele comerciale și industriale fără incidentele din activitatea financiară.

Rezultatul financiar = Venituri financiare - Cheltuieli financiare

Rezultatul curent = Rezultatul exploatării + Rezultatul financiar

Constituie sinteza operațiilor curente, ordinare ale întreprinderii prin opoziție cu operațiile extraordinare.

Compararea cu rezultatul exploatării arată incidențele politicii financiare a întreprinderii. Împrumuturile financiare prin dobânzile plătite se transferă asupra cheltuielilor financiare care absorb din rezultatul exploatării sau din contră, plasamentele efective pe termen mediu și lung vin să compenseze un rezultat slab sau nul al exploatării.

Contul de profit și pierdere este principala sursă și în determinarea și analiza ratei rentabilității comerciale :

$$\text{Rrc} = \frac{\text{Profitul net}}{\text{Cifra de afaceri}} * 100$$

3. Concluzii

Organismul internațional de normalizare contabilă (IASC), consideră contul de rezultate ca un component al ansamblului de situații financiare destinate procesului de informare financiară. În “Cadru de pregătire și prezentare a situațiilor financiare” denumit uzual Cadru conceptual, IASC a definit elementele care masoară performanța întreprinderii, și anume, veniturile și cheltuielile. Astfel, pentru ca rezultatul global realizat prin contabilitatea financiară, cât și rezultatele analitice elaborate de contabilitatea de gestiune, să măsoare corect performanța întreprinderii, este necesară respectarea principiului conectării cheltuielilor la venituri, adică din momentul contabilizării unui venit în contul de rezultate trebuie să se contabilizeze și toate cheltuielile care au contribuit la obținerea venitului respectiv.

Contul de profit și pierdere oferă informații asupra activității întreprinderii, a modului cum aceasta își gestionează afacerile prin dimensiunea veniturilor, cheltuielilor și rezultatelor pe care le generează, reprezintă efectul deciziilor operaționale ale managementului asupra performanțelor întreprinderii și asupra profitului, respectiv pierderii, pentru acționari, pe o anumită perioadă de timp.

Referințe bibliografice:

- Bazele Contabilității- Conf.Prof.Dr. Traian Nicolae, Editura Ex Ponto, București. 2000;
- Gestiunea Financiară a Întreprinderii- Georgeta Vintilă, Editura Didactică și Pedagogică București, Ediția a IV-a, 2005;
- Contabilitate Financiară- Prof.univ.dr. Mihai Ristea, Editura Universitară, București, 2005;
- Legea contabilității nr. 82/1991 completată și reactualizată;
- Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3055/2009 privind aprobarea reglementărilor contabile conforme cu directivele europene.

PENSIILE INTRE ACUM SI INCOTRO

Iulian Vladimir STOICESCU *

Abstract

This essay treats the recent evolution of the pension market and how the pension system succeeded in facing up the international financial crisis. I have also regarded into the difference between DC and DB pension schemes and what the future will bring to the table in the administering private pension funds. We are expected to see an increase in definite benefits pension scheme? Are governments trying to improve the life of their citizens by handing over billion euro business into the hands of the same specialists who brought us in this position in the first place? What is being done to protect the pension funds from bankruptcy and how will governments insure a decent life for the working citizen? In my essay I will try to answer these questions from my perspective as a EU citizen.

Cuvinte cheie: pensii, contributi definite, beneficii determinate, scheme pensii,, fonduri de pensii

1. Introducere

In urma crizei financiare antrenate de colapsul sistemului bancar american si al falimentului Lehman Brothers, EFRP (European Federation for Retirement Provision) a realizat un raport anual care analizeaza evoluția piețelor europene de pensii. EFRP vede criza financiara ca avindu-și originile in investiții in instrumente de credit toxice cu utilizarea unor fonduri imprumutate la dobanzi excesiv de mari. In anii dinaintea crizei financiare au capatat o mare popularitate schimburile de instrumente de credit. Mai ales bancile si societatile de asigurari și-au asumat riscuri sporite pentru a creste satisfactia actionarilor.

Conform unui memoriu al Comisiei Europene, fondurile de pensii au avut o capacitate mai mare de a rezista efectelor crizei. Acest lucru se datoreaza in principal raspunderilor scadente intr-o perioada indepartata din viitor, a investițiilor pe termen lung efectuate de acestea, a autonomiei de care dispun prin prisma fondurilor proprii investite precum și a faptului ca nu sunt indatorate și nu au de platit dobinzi sau de lichidat active in perioade nefaste.

Acest raport al EFRP statueaza faptul ca in urma a cinci trimestre de contractie economica s-au inregistrat scaderi ale randamentelor fondurilor de pensie de 10-20% in timp ce cresterea din ultima perioada a fost de doar 2-20% insuficienta pentru a acoperi pierderile. Autorii raportului atrag atenția Bancii centrale Europene ca o atitudine de expansionism monetar ar putea sa duca la scaderea capitalului acumulat in pensiile ocupationale din cauza inflatiei. In același timp s-a aratat ca volatilitatea pensiilor de tip contributi definite este mai mare in fata crizei din cauza faptului ca acestea depind exclusiv de investițiile pe piețele financiare, chiar daca sunt impuse randamente minime garantate sau se implementeaza mecanisme de tip multi-fond. Referitor la pensiile de tip beneficii determinate, acestea au riscurile impartite pe o perioada mai lunga de timp, astfel producindu-se o atenuare a pierderilor.

2. Conținut

Care este structura la nivel mondial a fondurilor de pensii?

In Marea Britanie contribuțiile se fac in principal la un sistem de beneficii determinate bazate pe salariul final obtinut de contributor. Sistemul este vazut ca unul matur cu contribuții scutite de taxe

* masterand, Facultate de Stiinte Economice, Universitatea Nicolae Titulescu din Bucuresti. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr. Serghei Mărgulescu.

și o acoperire a populației de 50% în scheme ale companiilor și 20% scheme personale. Beneficiile sunt taxate cu excepția cazului în care optezi pentru întreaga sumă.

SUA are un sistem împărțit între beneficii determinate și contribuții definite ca supliment dar și schema de economisire. Contribuțiile sunt scutite de taxe și aici, sistemul este văzut ca fiind matur iar beneficiile sunt taxate. Acoperirea forței de muncă este în proporție de 46%

Germania are un sistem de pensii cu beneficii determinate cu un beneficiu dinainte știut în funcție de anii în câmpul muncii. Contribuțiile angajatorului sunt taxate pe fond de salarii, cele ale angajaților sunt scutite de taxe. Beneficiile sunt taxate cu un impozit scăzut. 42% din forța de muncă este acoperită. Sistemul este văzut ca fiind unul imatur.

În Danemarca sistemul utilizat este unul cu contribuții definite. Contribuțiile sunt deductibile din taxe, anumite fonduri sunt impozitate, beneficiile asemenea. În cazul în care optezi pentru întreaga sumă se aplică un impozit de 40% din sumă. Aproximativ 30% din forța de muncă este acoperită de un plan de companie, iar 20% sunt pensii personale.

Suedia are un sistem de pensii obligatoriu cu beneficii determinate bazat pe cele mai bune cistiguri obținute. Contribuțiile sunt scutite de taxe, beneficiile sunt taxate la un nivel redus. Sistemul este unul matur cu 90% din forța de muncă acoperită.

Elveția are un sistem de pensii obligatoriu cu 40% beneficii determinate și 60% contribuții definite. Contribuțiile nu sunt taxate, beneficiile sunt taxate.

Japonia are un sistem de pensii în principal bazat pe beneficii determinate în funcție de anii în munca și cistigurile în cursul carierei sau pe salariul de bază final. Contribuțiile sunt scutite de taxe, beneficiile sunt taxate cu excepția întregii sume. Acoperirea forței de muncă este de doar 37%, sistemul pare imatur. În general contribuitorii preferă să își ridice întreaga sumă pentru a evita impozitarea.

În Canada sistemul de pensii este bazat pe o schemă cu beneficii determinate în funcție de salariul final sau cu un beneficiu fix. Contribuțiile sunt scutite de taxe, beneficiile nu. 41% din forța de muncă este inclusă într-o astfel de schemă, iar sistemul este văzut ca fiind unul matur.

Olanda este ultima țară de care ne ocupăm, ea are un sistem aproape exclusiv bazat pe beneficii determinate în funcție de ultimul salariu. Contribuțiile sunt scutite de impozite, beneficiile sunt impozitate, sistemul este unul matur și acoperă 83% din forța de muncă.

Cu toate că în marea majoritatea țărilor schemele de economisire sunt cu beneficii determinate, în ultima vreme se observă un mare avânt luat de schemele cu contribuții definite ca parte a unei pensii private suplimentare sau obligatorie. Beneficiile suplimentare aduse de investițiile personale atrag din ce în ce mai mult atenția cetățeanului european. Riscurile la care își supun aceștia contribuțiile nu este unul foarte mare din moment ce reglementările guvernamentale impun restricții.

Conform recomandărilor EFRP sistemele de pensii DC ar trebui să aibă:

- rate de contribuție adecvate,
- costuri de administrare și investiție minime,
- o mare acoperire a forței de muncă,
- un portofoliu de investiții corespunzător,
- o abordare a investițiilor din punct de vedere al ciclului de viață,
- un venit continuu pentru pensionați.

Ceea ce s-a observat din acțiunea guvernelor este abordarea unor măsuri de natură a proteja fondurile de pensii de viitoare fluctuații ale economiei. Majoritatea țărilor par să protejeze pensiile publice care au fost afectate de lipsa de capital atât a angajatorilor cât și a angajaților. Măsura principală a fost de a îngheța nivelul de contribuții la pilonul II de pensii. Pe termen scurt acest lucru este pozitiv datorită atragerii unor sume importante la bugetele de pensii publice, însă pe termen lung se adaugă la lipsa de sustenabilitate a acestui sistem. Evidențiată în rapoartele Ageing Report și Sustainability Report ale Comisiei Europene.

Aceste rapoarte sunt menite a ne face sa credem ca este nevoie in continuare de firme private care sa administreze pilonul II obligatoriu de pensii. Administrarea privata a unor fonduri colectate obligatoriu de la privați, nu face decit sa sporeasca neincrederea cetatanului in sistemul de pensii propus. Contribuțiile virate catre fondurile de pensii administrate privat aduc un aport semnificativ de lichidități pe piața monetara internaționala. Odata aceste lichidități intrate in sistem se doreste limitarea proporțiilor crizei financiare in care ne aflam. Dar rezolvarea crizei mondiale nu sta in promisiunea unui viitor mai luminos datorat unor sume suplimentare pe care le vom primi la batrinețe. Aportul de capital in buzunarele fondurilor private nu va face decit sa sporeasca inechitatea in rindul populației prin beneficii imense aduse acționarilor acestor fonduri.

Privind prin prisma promisiunilor și urmarind dorința autorilor acestor rapoarte, se previzioneaza ca principalele priorități ale guvernanților odata cu trecerea crizei vor fi de a crea un cadru legal și incurajator pentru a creste contribuțiile la fondurile private de pensii. Aceste masuri vor veni pe fondul decaderii pensiilor publice și al evidenței faptului ca doar 40% din populația activa a Uniunii Europene este cuprinsa in orice tip de schema de economisire pentru pensie. Problema care se pune este ce se intimpla cu restul de 60% care nu sunt incluși in scheme de economisire? Care sistem este cel mai bun? Sa urmam exemplul Suediei și al Olandei sau sa lasam totul la decizia fiecaruia daca va contribui sau nu la un fond de pensii? Este bine sa impunem o cota care sa fie virata statului sau fondurilor private? Sau sa lasam populatia sa decida cit, cum, cind și unde sa investeasca?

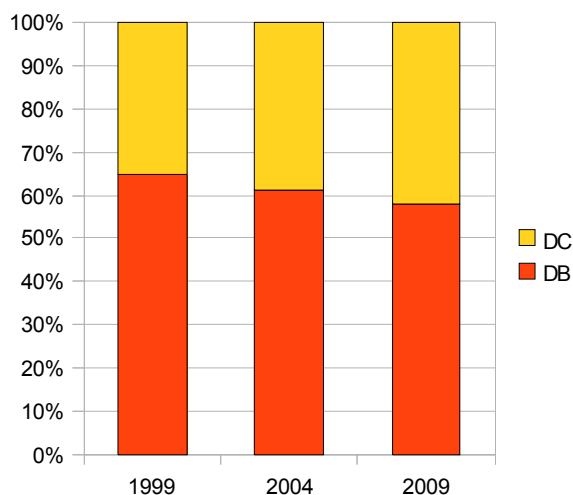
Activele administrate privat in citeva dintre țările foste comuniste sunt descrise in tabelul de mai jos, sumele sunt exprimate in milioane de euro:

TARA	AN	2007	2008	2009
ROMANIA		-	208	563
BULGARIA		841	930	1351
UNGARIA		7870	7060	9148
CROATIA		2867	3127	3987
POLONIA		37000	33137	43480
SLOVACIA		1518	2231	2899

sursa: PRIMM nr5/2010

Primele scheme de pensii aparute au fost de tipul beneficii determinate. Acest tip de pensie a fost introdus de compania American Express in 1875 pentru angajații sai care lucrasera mai mult de 20 de ani in cadrul companiei și aveau peste 60 de ani. Acest standard a devenit unanim abordat pina in anii 1970-1980 cind au intrat in schema și contribuțiile de tipul contributii definite. Ideea generala este acea de a vinde oamenilor și asa destul de impovarati gogoasa conform carora le este mai bine daca cotizeaza ei pe cont propriu la un fond de pensii privat decit daca le da o mina de ajutor și compania. De fapt se doreste a fi eliminata presiunea asupra marilor companii de a contribui la fondurile de pensii ale angajatilor. Pensiile de tipul Beneficii determinate implica companiile la nivelul la care acestea trebuie sa își aduca propria contribuție alaturi de cea a salariaților la fondurile de pensie administrate de stat sau privat. Prin adoptarea sistemului Contributii Definite, se elimina contributia acestora la paritate și chiar total, angajații fiind aceia care își asuma raspunderea de a cotiza o suma sau alta la un fond privat. Deși pentru companiile din economiile emergente aceasta este o masura de natura a stimula randamentul economic, pe termen lung angajatii se vor putea trezi la batrinețe fara posibilitatea de a se intretine chiar mai acuta decit odata cu declinul pensiilor din sistemul public.

Ponderea la nivel mondial dintre sistemele de pensii cu beneficii determinate și cu contribuții definite descrisa in graficul de mai jos:



sursa: PRIMM nr 5/2010

Ce sunt de fapt pensiile cu beneficii determinate? Este relativ simplu: cotizezi o anumita perioada minima de timp catre un anumit fond de pensie contra promisiunii ca odata ajuns la maturitate vei primi o parte din salariul de care ai beneficiat ca pensie pentru munca prestata. Aceste beneficii pot fi parte din ultimul salariu sau din media unor salarii pe o perioada de timp, cit și sume determinate egale cu salariul pe o anumita perioada de timp cu care angajatul poate cumpara anumite produse de anuitate sau o poate folosi dupa bunul plac. Contribuția este de principiu procentuala din salariu. Componenta esențiala in acest tip de pensie este contribuția angajatorului concomitent cu cea a angajatului pe baza unui contract intre companie și angajatii sai.

Ce sunt pensiile cu contribuție definita? In acest sistem angajatul contribuie cu un anumit nivel cunoscut la un fond de pensii. La sfirșitul perioadei de contribuție, i se calculeaza acestuia beneficiul pe baza exclusiva a valorii contributiilor virate. Angajatorul poate fi implicat in aceasta contributie, dar aportul sau nu este obligatoriu, participantul fiind individul.

Sisteme de pensii de acest tip au fost introduse in SUA in anii "70 și in Chile de Banca Mondiala ca parte a primului sistem de pensii multipilon.

Diferențele sunt date de impartirea riscului intre angajat și angajator in cazul pensiilor de tipul beneficii determinate, datorita faptului ca angajatorul se obliga sa ii plateasca angajatului o anumita suma de bani egala cu o cota din salariul avut in cadrul companiei. In același timp in cazul pensiilor cu contributie definita, beneficiul depinde atit de contributia avuta la fondul de pensii ales, cit și de rentabilitatea investitionala a acestuia. Chair daca exista reglementari de natura a reduce riscul investițional și de a aduce garanții investiționale, exista intotdeauna un risc asimilat acestui tip de pensie.

Pensiile de tip multipilon sunt compromisul dintre pensiile sistemului public care aduc alaturi de un beneficiu determinat si o componenta administrata privat care depinde de contribuția fiecaruia dintre noi la fondul ales, și cele administrate strict privat. In timp ce sistemul public de pensii este muribund datorita creșterii sperantei de viata, a scaderii contribuțiilor datorita crizei, alaturi de proasta administrare a acestor venituri, sistemul multipilon sensibilizeaza contribuabilul prin promisiunea unui beneficiu suplimentar in concordanta cu contribuția avuta.

În acest moment în țara noastră avem posibilitatea de a beneficia de experiența altor țări care folosesc acest tip de pensii de mai mult de 100 de ani. Deși drumul pe care l-am apucat este unul bun, sper ca punerea în practică a legislației și investițiile pe care fondurile private au posibilitatea de a face să fie de natură să asigure generațiilor viitoare un beneficiu suficient pentru a trăi într-o bătrânețe frumoasă.

Concluzia mea personală este că vina pentru destabilizarea sistemului public de pensii este pusă în mod greșit pe administrarea defectuoasă a fondurilor și că nu se dorește să fie văzută adevărata cauză. În momentul în care Bismarck a creat sistemul acesta de pensii, oamenii își începeau contribuțiile undeva în jurul vârstei de 16-18 ani. Speranța de viață era de 40 de ani iar beneficiile erau plătite de la 70. Cu toate acestea, singurii contribuitori la acest sistem de pensii erau doar bărbații, femeile fiind mai rar incluse în câmpul muncii și, ca atare, nu contribuiau. Odată cu emanciparea femeii, trecerea vremii și evoluția educației, oamenii au început să intre în câmpul muncii la vârste din ce în ce mai înaintate, astfel că perioada de contribuție la sistem a început să scadă. De asemenea, a scăzut vârsta de pensionare, dar a crescut speranța de viață, lucru care aduce o presiune asupra sistemului. Cu toate acestea, contribuțiile s-au dublat, în acest moment fiind incluși în câmpul muncii atât bărbații cât și femeile. Deși pensiile trebuie plătite către ambii contribuitori, cuantumul acestora este semnificativ diminuat căci se folosesc 2 contribuții pentru aceleași cheltuieli pentru care în trecut se folosea doar una. În concluzie, de fapt acum se plătesc două pensii, din două contribuții, pentru a avea puterea de cumpărare pe care o avea una singură în trecut.

Vina nu aparține statului ca un prost administrator al contribuțiilor, nu este nici a creșterii speranței de viață sau a scaderii vârstei de pensionare, ci a întregului sistem. În întregul sistem monetar s-a dorit obținerea unor profituri cât mai rapide din partea bancilor, prin crearea unor instrumente de investiție cât mai diversificate. Guvernele au încurajat aceste oportunități fără să se gândească la evoluția pe termen lung. Când mă refer la termen lung vorbesc despre mai mult de 30 de ani, pentru că atât se așteaptă de la un contribuitor la sistemul de pensii să contribuie. În termeni bancari ce trece de 10 ani este deja termen lung, iar pentru un fond de investiții termen lung înseamnă mai mult de 5 ani. Unde este echitatea față de omul care muncește zi de zi cu singura dorință de a ajunge la pensie pentru o bătrânețe frumoasă? Acceptarea tacită a statului a acestor ocazii speculative este o politică distructivă. În România la acest moment cetățenii nu mai pot cumpăra obligațiuni de stat, acestea se vând exclusiv la bănci. De ce? Care este interesul statului de a vinde cele mai sigure instrumente de investiție în care un cetățean își poate investi economiile, către un sistem bancar exclusiv străin? Care este legătura cu pensiile? Atâta vreme cât în spatele majorității fondurilor de pensii administrate privat este o bancă, iar politica de investiție a acesteia mă privește direct, faptul că băncile au acționariat majoritar străin determină mișcarea capitalului de investiție al fondurilor de pensie într-o direcție greșită.

Astfel de politici sunt daunatoare pentru întreg sistemul economic românesc. Oamenii sunt încet, dar sigur minți să investească în pensii private din moment ce alte instrumente sigure de investiție nu există. Este adevărat că ți se oferă posibilitatea de a alege între mai multe companii care administrează aceste fonduri de pensii. Dar de fapt între ce alegi? Legislația locală reglementează posibilitățile de investiție pe care le are un fond de pensii, dar cât de departe se poate ajunge în protejarea acestora?

În tabelul de mai jos avem rentabilitățile fondurilor de pensii administrate privat în ultimele 4 luni:

Pilon	Entitate	Data	Rata de rentab	Grad risc
Pilon 2	ALICO	05.01.2011	14.9881	mediu
Pilon 2	ING	05.01.2011	16.0363	mediu
Pilon 2	BCR	05.01.2011	14.4079	mediu
Pilon 2	PENSIA VIVA	05.01.2011	13.0094	mediu
Pilon 2	VITAL	05.01.2011	11.5601	mediu
Pilon 2	EUREKO	05.01.2011	13.7575	mediu
Pilon 2	AZT VIITORUL TĂ,U	05.01.2011	15.1536	mediu
Pilon 2	BRD	05.01.2011	12.6533	mediu
Pilon 2	VITAL	03.12.2010	11.5548	mediu
Pilon 2	ALICO	03.12.2010	16.2575	mediu
Pilon 2	ING	03.12.2010	15.5846	mediu
Pilon 2	BCR	03.12.2010	14.1797	mediu
Pilon 2	BRD	03.12.2010	13.1961	mediu
Pilon 2	EUREKO	03.12.2010	13.8555	mediu
Pilon 2	PENSIA VIVA	03.12.2010	12.3447	mediu
Pilon 2	AZT VIITORUL TĂ,U	03.12.2010	15.1815	mediu
Pilon 2	ALICO	02.11.2010	17.2386	mediu
Pilon 2	VITAL	02.11.2010	12.3698	mediu
Pilon 2	BRD	02.11.2010	14.3048	mediu
Pilon 2	EUREKO	02.11.2010	15.4252	mediu
Pilon 2	AZT VIITORUL TĂ,U	02.11.2010	17.3019	mediu
Pilon 2	PENSIA VIVA	02.11.2010	13.6966	mediu
Pilon 2	BCR	02.11.2010	15.6404	mediu
Pilon 2	ING	02.11.2010	16.8784	mediu
Pilon 2	EUREKO	05.10.2010	14.8487	mediu
Pilon 2	ING	05.10.2010	16.1752	mediu
Pilon 2	ALICO	05.10.2010	16.5819	mediu
Pilon 2	PENSIA VIVA	05.10.2010	13.6911	mediu
Pilon 2	VITAL	05.10.2010	12.5461	mediu
Pilon 2	AZT VIITORUL TĂ,U	05.10.2010	16.4229	mediu
Pilon 2	BRD	05.10.2010	12.7278	mediu
Pilon 2	BCR	05.10.2010	15.6118	mediu

sursa:CSSPP

Ce observam din acest tabel? Toate fondurile de pensii au in spate o banca asa cum am spus și mai devreme. Investițiile acestor fonduri sunt in instrumente dictate de banca. Astfel ca ajungem sa ne intrebam cine are interes sa investeasca fondurile obtinute in urma contributiilor populatiei in ce fel de active? BCR pensii are interesul de a investi contributiile obtinute de la stat in economia romaneasca pentru a obtine profit pentru fondul de pensii? Sau grupul ERSTE le vor dicta in ce fel de active sa investeasca contributiile respective in asa fel incit sa își maximizeze profitul?

Concluzia pe care o tragem este urmatoarea: statul scade contributiile la sistemul public de pensii pay-as-you-go; deciziile de guvernare, cel putin in doielnice, fac ca numarul de pensionari sa il egaleze pe cel al salariaților; apoi se plinge ca fondurile sunt insuficiente. Astfel ajungi de la un beneficiu determinat, sigur, garantat de stat, la o contributie definita, cu posibilitatea reala ca in 25-30 de ani cind vei dori sa beneficiezi de pensia privata sa ti se spuna: gradul de risc al fondului in care v-
 au fost investiți banii era mediu, ne pare rau dar ați ramas fara economii. In schimb poftiți exact banii

pe care i-ati depus mai puțin comisionul nostru de administrare. Ce este greșit cu aceasta fraza? Faptul ca timp de 40 de ani se pot folosi de banii nostri liniștiți apoi ne vor despagubi la valoarea contribuției din care vor scade încă 2%. Nu uitați ca fondurile de pensii private sunt deținute de banci. Adică de un sistem bancar în care doar CEC și Banca Carpatică mai au capital autohton. Astfel ca ne întrebăm: unde este protecția cetățeanului și de ce este lăsată aceasta protecție pe mâna unor bănci care deja au adus economia mondială în criză?

Parerea mea este că se pune prea multă putere la nivel mondial în mâna băncilor prin cedarea drepturilor de administrare a pensiilor populației în mâna fondurilor de pensii private. Atunci când statul colectează, statul trebuie să administreze. Nu mă înțelegi greșit, nu am nimic împotriva schemelor de pensii DC, ba dimpotrivă cred că participarea la un astfel de fond este un lucru pozitiv pentru momentul în care ne vom retrage din activitate. Ceea ce mă deranjează este modalitatea în care acest lucru se face. Obligatorietatea de a contribui la un fond sau altul în funcție de dorință, veniturile sau sistemul de investiție ales aleatoriu în majoritatea cazurilor. În cazul în care contribuțiile nu mai sunt suficiente pentru a se asigura un nivel corespunzător al pensiilor, sunt siguri că acestea se pot mări pentru ca sistemul să redevină sustenabil, sau statul poate subvenționa sistemul din moment ce acesta a funcționat ireprosabil câteva zeci de ani aducând venituri la buget. Nu este momentul ca societăți private interesate de maximizarea profitului în numele unor acționari fără față să administreze bugete de miliarde colectate de stat obligatoriu.

3. Concluzii

– Randamentul unui fond privat de pensii în ultimele 3 luni a fost cuprins între 11.57%, cel mai slab randament al fondului Vital, administrat de AEGON, și 17,03%, cel mai mare randament al fondului ALICO administrat de compania cu același nume.

– Contribuțiile colectate obligatoriu de stat și varsate în conturile administratorilor de pensii private trebuiau să crească de la 2% în 2008 până la 6% în 2016 dar au fost înghețate de Guvern din cauza crizei financiare mondiale.

– Pe termen lung înghețarea acestor contribuții se va traduce într-o pensie mai mică pentru contribuitor.

– Administrarea privată a pensiilor nu ar trebui să depindă de fondurile colectate obligatoriu, ci ar trebui să fie o opțiune personală.

– Practic statul subvenționează mascat cu bani din buzunarul populației sistemul bancar. În momentul în care verși unei companii private deținute de o bancă 6% din venitul unui contribuabil, se numește subvenție. Dacă s-ar face același lucru pentru agricultură, cercetare sau sănătate, am avea una din cele mai înfloritoare economii mondiale.

– Prin administrarea privată a pensiilor se încurajează activitățile speculative de pe piața monetară, companiile de pensii având tendința să caute cele mai profitabile instrumente de investiție alături de cele mai sigure impuse de lege.

– Cel care profită de pe urma acestei administrări nu este statul, nici cetățeanul, ci sistemul bancar.

Referințe bibliografice

- revista PRIMM nr 5/2010
- www.ziare.com
- www.csspp.ro
- <http://ec.europa.eu>
- www.efrp.org
- The structure, regulation, and performance of pension funds in nine industrial countries – E.P.Davis

AȘEZAREA ȘI PERCEPEREA TVA ÎN DIFERITE STATE ALE LUMII

Adrian TOPA¹

Abstract:

This paper contains an analysis of the Romanian Value added tax (VAT) system, as well as comparisons with the other states of the European Union (EU). In this study I showed where is located the VAT in Romanian tax system and what makes it so important in the tax system of every country of the world. Also, it can be observed how the Romanian VAT system is harmonized with other systems of European Union members through the European Commission Directives. In Romania, the share of VAT on total tax (including social contributions) revenue in 2008 (28.2 %) was the third highest in the EU. In this moment, Romania has a high level of VAT rates, very close to the highest VAT rates of the EU.

Cuvinte cheie: TVA, cotă standard, cotă redusă, baza impozabilă a TVA, armonizare fiscală

Introducere

Taxa pe valoarea adăugată este un impozit indirect, apărut relativ de curând în peisajul sistemelor fiscale din diferite state, dar cu o arie de răspândire destul de largă la nivelul globului.

La baza apariției taxei pe valoarea adăugată stă impozitul pe circulația mărfurilor. Prin impozitarea în cascadă, care era caracteristică impozitului pe circulația mărfurilor, avea loc o impunere a unei materii impozabile care conținea impozitul pe circulația mărfurilor datorat anterior, ajungându-se astfel la a calcula impozitul aferent unui venit impozabil în cadrul căruia era cuprins impozitul datorat anterior.

Taxa pe valoarea adăugată a apărut pentru prima oară în Franța în anul 1954, în sfera de aplicare a acesteia fiind incluse serviciile și comerțul cu ridicata. Ulterior, sfera de aplicare a taxei pe valoarea adăugată a fost extinsă și asupra altor activități, în special asupra comerțului cu amănuntul (generalizarea taxei pe valoarea adăugată având loc în Franța în ianuarie 1968).

Concomitent cu Franța și alte state ale lumii au introdus taxa pe valoarea adăugată, iar în Uniunea Europeană organele de decizie au declarat acest impozit ca impozit general pentru state, mergând ulterior pe linia armonizării legislației țărilor comunitare. O cotă prelevată din taxa pe valoarea adăugată colectată de statele Uniunii Europene constituie venit al bugetului Uniunii.

În această lucrare am analizat taxa pe valoarea adăugată în diferite state, cum a apărut, cum a evoluat și cum afectează bugetul de stat.

În prima parte a lucrării am prezentat apariția TVA în diferite state ale lumii. De asemenea am analizat principiile care stau la baza taxării valorii adăugate. TVA se aplică pe fiecare stadiu al circuitului economic al produsului final, asupra valorii adăugate realizate de producători, inclusiv asupra distribuției către consumatorul final.² Un element important al TVA este cota de impozitare, numărul cotelor reducându-se pe măsura perfecționării taxei. Astăzi se folosesc, fiind diferențiate de la o țară la alta, un număr de 4 cote: cota normală, cota majorată, cota redusă și cota intermediară. Numărul cotelor de impozitare este diferit pe plan mondial în funcție de reglementările fiscale proprii ale fiecărui stat.

Capitolul doi cuprinde o analiză a stadiului armonizării legislației europene cu legislațiile statelor membre în materie de TVA, comparații ale TVA în diferite state membre ale Uniunii

* masterand, Facultatea de Studii Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; topa_adi@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore.

² Țătu, Lucian – "Fiscalitate de la lege la practică", Editura ChBeck, Ediția a V-a, 2008, Capitolul "Taxa pe Valoarea Adăugată"

Europene (plus Norvegia și Islanda) din perspectivă ponderii TVA în PIB și în total impozite, dar și din punct de vedere al cotelor și al modificărilor suferite de codul fiscal al fiecărui stat în ceea ce privește TVA.

Capitolul 1. Apariția taxei pe valoarea adăugată în diferite țări

Impactul taxei pe valoarea adăugată asupra economiei s-a manifestat pentru prima dată în Franța la inițiativa lui Maurice Laure în anul 1954. Ulterior acest impozit indirect a fost introdus și în alte țări din Europa, Asia, Africa și America Latină.³

Introducerea taxei pe valoarea adăugată și-a găsit motivația în substituirea diverselor taxe practicate asupra cifrei de afaceri și folosirea ei ca taxa unică percepută în diferitele stadii ale producției de către producători. Fiecare producător era îndreptățit prin lege să deducă taxa pe valoarea adăugată suportată anterior în procesul de producție propriu.

Pentru urmărirea evoluției formei actuale a taxei pe valoarea adăugată este interesantă trecerea în revistă a modificărilor intervenite în timp în sistemul francez de impunere a circulației mărfurilor.

Impozitul industrial și comercial (taxe sur les paiements civilis et commerciaux 1917-1920). Acest tip de impozit a fost primul element al impunerii circulației mărfurilor în sistemul francez. Acesta viza ultima vânzare către un consumator, cota sa generală era de 0,2%, care, însă, putea să ajungă și până la maximum 10%, în cazul bunurilor de lux. Impozitul respectiv cu o singură fază de percepere nu a corespuns însă speranțelor preconizate, aducând un venit bugetar mai mic decât cel așteptat. Ulterior, s-a produs înlocuirea sa cu un impozit general pe circulația mărfurilor.

Impozitul general pe circulație (impôt general sur les affaires 1920 -1936). Acest impozit a cuprins toate fazele producției și distribuției, inclusiv serviciile și transporturile. Agricultură, industria mică și liberii profesioniști au rămas însă în afara incidenței impozitului. Cota de impunere era de 2% și, fiindcă a cuprins o sferă largă de aplicare, a adus un venit bugetar important; era un impozit cu mai multe faze. În comerțul exterior, produsele erau exonerate de la plata impozitului respectiv. Ulterior aplicării sale, pe lângă acest sistem, au început să fie utilizate și alte impozite cu o singură fază care au deteriorat în mare măsură aspectele pozitive și au creat inegalități care au generat multe critici. Din acest motiv, sistemul a fost schimbat, utilizându-se un impozit cu o singură fază.

Impozitul pe circulație cu o singură fază (taxe unique globale a la production 1936-1954). Această taxă s-a aplicat la ultima fază de producție. Cota impozitului era unică, adică 6%. În caz de valorificare, fără prelucrare în continuare, produsul respectiv rămânea neimpozabil. Exportul era exonerat de la plata acestui impozit. Impozitul respectiv a fost completat cu alte feluri de taxe, în perioada respectivă. S-a apreciat la vremea respectivă că efectele economice ale impozitului pe circulație, cu o singură fază, frânează creșterea economică. De aceea, în anul 1948 s-a hotărât modificarea impunerii în sensul introducerii plății treptate a impozitului, adică acesta a devenit cu mai multe faze. Fiecare producător a plătit impozitul proporțional cu vânzările sale, după ce a scăzut impozitul plătit cu ocazia procurării materialelor necesare pentru producție. Prin aceasta, impozitul pe producția globală cu o singură fază s-a transformat, în esență, într-un impozit pe circulație, cu mai multe faze, apărând astfel tehnica fiscală a impunerii valorii adăugate.

Impozitul pe valoarea adăugată (taxe sur la valeur ajoutée). Impunerea valorii adăugate, ca sistem și ca denumire, a fost introdusă în 1954, în Franța, parțial asupra serviciilor și comerțului cu ridicata. Aplicarea sa a devenit tot mai largă: din 1968 a fost extins până la comerțul cu amănuntul, iar pentru agricultură, administrație locală și liberii profesioniști putea să fie ales felul impunerii. În 1978, aplicarea impozitului respectiv a fost obligatorie și la liberii profesioniști, iar din 1983, și la întreprinderile agricole – peste o anumită valoare a circulației produselor.

În America Latină, **Brazilia** a fost pionierul introducerii taxei pe valoarea adăugată, în forma sa completă. Datele Confederației Braziliene au desființat în 1967 taxele eterogene în „cascadă” pe

³ Corduneanu C. – “Sistemul fiscal și știința finanțelor”, Editura Codex, București, 1998

cifra de afaceri care se percepeau de peste 330 de ani. Reforma a avut drept scop înlăturarea neajunsurilor impozitării pe cifra de afaceri și asigurarea unui grad mai înalt de coordonare între statele federației în ceea ce privește politica fiscală. Acest impozit se aplică bunurilor de consum, exportul fiind exonerat. Impozitul național brazilian impus pe vânzările făcute de fabricanți (de producători) a folosit tehnica valorii adăugate din anul 1959.

Mai târziu, *Danemarca* a devenit prima țară care a folosit taxa pe valoarea adăugată în forma sa amplă, riguroasă, la nivel național. A urmat în 1968 *Germania*. În țările respective, tipurile de taxa pe valoarea adăugată au înlocuit mai multe feluri de impozite pe vânzări (pe cifra de afaceri) și anume:

- o combinație de taxă pe valoarea adăugată aplicată la procesul de fabricație (în cazul comerțului cu ridicata), o taxă separată pe servicii și o taxă locală pe comerțul cu amănuntul;
- o taxă pe cifra de afaceri sau în „cascadă”;
- taxa pe comerțul cu ridicata.

Ceilalți membri ai Comunității Economice Europene au adoptat taxa pe valoarea adăugată la scurt timp după aceste țări, pentru a înlocui impozitele pe cifra de afaceri. Suedia, în 1969, și Norvegia, în 1970, au adoptat taxa pe valoarea adăugată pentru a înlocui impozitul pe comerțul cu amănuntul.

În *Statele Unite*, statul Michigan a adoptat în 1953 o taxă pe valoarea adăugată cu multe scutiri (exonerări). Rata taxei a variat de la 0,4% la 0,75%; după câțiva ani, în 1967, a fost însă anulată. Aceasta a fost revizuită și introdusă iar în 1975. S-a intenționat să fie o taxă numai pe afaceri, pentru a nu afecta consumatorii cu prețuri mai mari.

În concluzie, TVA este rezultatul unei dezvoltări și perfecționări treptate, mecanismul său de aplicare existând deja în tipurile de impozit anterioare. De la introducerea sa, s-a extins treptat în toate domeniile economiei, devenind un impozit general, care reprezenta, la finele anului 1989, 41% din încasările (veniturile) la bugetul francez. Și în alte state taxa pe valoarea adăugată constituie o sursă importantă de asigurare a veniturilor la buget – peste 40%.

Astăzi în peste 70 țări ale lumii taxa pe valoarea adăugată își găsește locul principal în sistemul fiscal adoptat. Țările care nu au adoptat-o până în prezent manifestă interes pentru introducerea ei în perspectivă, iar unele state o folosesc în mod limitat, taxa aplicându-se în aceste cazuri la producători sau în comerțul cu ridicata, fiind absentă în comerțul cu amănuntul.

Indiferent de țara în care se aplică, la baza taxei pe valoarea adăugată stau o serie de **principii** sau caracteristici:

- Universalitatea (sfera de aplicare) impozitului
- Teritorialitatea impozitului
- Deductibilitatea impozitului
- Transparența impozitului
- Unicitatea impozitului
- Fraționalitatea plății impozitului.

TVA respectă principiul universalității impunerii deoarece, cu excepțiile prevazute de lege, se aplică asupra tuturor operațiunilor cu plată și asimilate acestora, efectuate în mod independent de către persoanele fizice și juridice.

Teritorialitatea impozitului se referă la locul unde are loc impunerea circulației bunurilor și serviciilor. Principiile originii și destinației stau la baza stabilirii teritorialității taxei pe valoarea adăugată.

În cazul aplicării principiului originii se ține cont de valoarea adăugată tuturor bunurilor indigene. Principiul originii în stabilirea taxei pe valoarea adăugată determină să fie supuse impozitării atât bunurile care vor fi produse și consumate în țară, cât și bunurile care vor fi produse și exportate. Deci, se impozitează valoarea adăugată obținută pe teritoriul național, indiferent de destinația bunurilor. În acest caz, importurile de bunuri nu sunt supuse taxei pe valoarea adăugată deoarece la momentul importului acestea nu au creat plusvaloare pe teritoriul național.

Sistemul aplicării taxei pe valoarea adăugată având la baza principiul originii este compatibil cu calculul taxei pe valoarea adăugată pe venit. Altfel spus, cota taxei pe valoarea adăugată se aplica asupra diferenței dintre volumul vanzarilor și volumul achizițiilor de la alte firme. T.V.A. pe venit are o arie de răspandire redusă (Argentina, Peru), majoritatea țărilor apelând la calculul taxei pe valoarea adăugată pe consum.

În cazul aplicării principiului destinației la impozitarea cu taxa pe valoarea adăugată are loc impunerea valorii adăugate pentru bunurile consumate pe teritoriul național, indiferent dacă această valoare adăugată este realizată în țară sau în străinătate. Ca urmare a aplicării acestui principiu are loc impunerea consumului intern, indiferent dacă provine din producție proprie sau din import, iar exporturile sunt exonerate (la noi în țara se acordă dreptul de deducere a taxei pe valoarea adăugată aferentă exporturilor, exportul fiind o operațiune scutită de T.V.A.).

Acest sistem de calcul al taxei pe valoarea adăugată, plecând de la principiul destinației, este folosit în marea majoritate a statelor care au adoptat acest impozit indirect.

Prin aplicarea taxei pe valoarea adăugată se oferă posibilitatea deducerii taxei pe valoarea adăugată plătită anterior din taxa pe valoarea adăugată colectată ca urmare a vânzării bunurilor și prestării serviciilor, taxa pe valoarea adăugată care este datorată statului reprezentând diferența dintre taxa colectată și taxa achitată ca urmare a cumpărărilor sau beneficierii de prestarea unor servicii. Există și unele excepții de la aplicarea acestui principiu, care se referă la neacordarea dreptului de deducere a taxei pe valoarea adăugată plătită la aprovizionare (reglementate expres prin actele normative), însă, ca regulă generală, putem reține deductibilitatea taxei pe valoarea adăugată.

Transparența impozitului intervine datorită faptului că TVA datorată statului de către un agent economic este aferentă valorii adăugate de acesta la bunul respectiv.

Datorită fracționalității plății taxei pe valoarea adăugată, statul poate să procure resursele necesare desfășurării activității sale treptat, pe măsura realizării bunului, nefiind nevoie să aștepte până la vânzarea finală.

TVA nu respectă principiul egalității impunerii, deoarece nu ține cont de veniturile sau averea contribuabilului. Aceasta este egală pentru toți contribuabilii în ceea ce privește cota de impunere, dar dacă ținem cont de veniturile realizate de contribuabili, sarcina fiscală care apasă asupra lor este diferită (mai mare pentru contribuabilii cu impozite mai mici). Putem considera ca ea acționează regresiv asupra contribuabililor dacă facem raportarea la mărimea venitului.

Capitolul 2. Comparatii privind asezarea și perceperea TVA în diferite state membre ale Uniunii Europene

2.1. Reglementări fiscale privind taxa pe valoarea adăugată în Uniunea Europeană

În domeniul impozitării indirecte, TVA și accize, directivele europene stabilesc principiile generale de aplicare, scutirile, nivelul minim al accizelor pentru produsele accizabile, care trebuie respectate întocmai. Motivul pentru care a fost necesară elaborarea unor directive europene în domeniul impozitării indirecte l-a constituit crearea pieței comune unice în care operatorii economici să nu fie dublu impozitați sau dimpotriva, netaxați. S-a avut în vedere eliminarea oricărui distorsiuni de concurență între operatorii economici din statele membre, indiferent unde aceștia își desfășoară activitatea.

Această situație nu este o stirbire a suveranității naționale, ci dimpotrivă, respectarea unor reguli menite să creeze un mediu de afaceri concurențial pentru toți operatorii economici din Comunitate.

TVA a fost introdusă în Comunitatea Europeană în anul 1970 prin intermediul a două directive care aveau ca scop înlocuirea taxelor de producție și de consum care erau aplicate în statele membre. Aceste două taxe, prin efectul lor cumulativ sau în cascada, constituiau o barieră în calea schimburilor în special pentru importurile și exporturile dintre statele membre, făcând dificil de calculat valoarea exactă a sumei impozitelor incluse în prețul bunurilor și serviciilor.

TVA este o taxa pe consum care este direct proporțională cu prețul bunurilor și serviciilor, având următoarele caracteristici: este o taxă generală; este o taxă pe consum; este calculată ca un procent din preț; este colectată în mod fracționar.

Mecanismul are grija ca taxa să fie neutră indiferent de numărul tranzacțiilor care au loc.

TVA are avantajul de a face vizibil conținutul fiscal al unui produs în fiecare stadiu al producției sau al lanțului de distribuție. Această taxă a fost aleasă ca o metodă de impozitare indirectă pentru a evita efectul cumulativ al taxelor în cascadă și asigură neutralitatea impozitării atât a comerțului între statele membre, cât și a comerțului dintre acestea și statele care nu faceau parte din Comunitate.

În anul 1977, prin Directiva a șasea, se pun bazele armonizării taxei pe valoarea adăugată în statele membre, legislația care a fost modificată ulterior. A șasea directivă privind TVA (Directiva 388/77) a prevăzut ca taxa să fie aplicată aceluiași gen de tranzacții în toate statele membre, astfel încât acestea să contribuie pe o bază comună la finanțarea Comunității și a introdus o bază comună de impozitare.

Statele membre pot aplica următoarele tipuri de cote de TVA: o taxă normală și una sau două taxe reduse. Taxa normală de TVA nu trebuie să fie mai mică de 15%, iar taxele reduse să nu fie mai mici de 5%, fiecare stat membru având suveranitatea să aplice cotele pe care le fixează în funcție de necesitățile bugetare. Principiul de taxare al TVA este cel al consumului (destinației bunurilor), taxa urmând a fi percepută asupra livrărilor de bunuri și prestațiilor de servicii în statul în care se consumă. Sunt supuse TVA și importurile.

În anul 2003, în urma unui bilanț care s-a realizat în legătură cu rezultatele strategiei privind ameliorarea funcționării sistemului TVA, s-au menționat următoarele: anularea posibilităților statelor membre de a impune operatorilor intra-comunitari obligația desemnării unui reprezentant fiscal pentru operațiunile efectuate în alte state membre decât cele în care sunt stabiliți; dreptul tuturor contribuabililor (rezidenți și nerezidenți) de a depune declarații de TVA sub forma electronică, stabilirea cadrului legal pentru facturarea electronică și stocarea electronică a facturilor, uniformizarea cotei reduse de TVA și a sferei sale de acțiune.

Consiliul Uniunii Europene a adoptat modificări referitoare la legislația de TVA, pe care statele membre ale Uniunii Europene sunt obligate să le implementeze în legislația națională începând cu 1 ianuarie 2010. Principalele modificări aduse de noul pachet legislativ de TVA, aplicabile de la 1 ianuarie 2010, se referă la următoarele:

- modificări referitoare la regulile privind locul taxării serviciilor
 - obligații de raportare privind TVA
 - procedura de rambursare a TVA suportată în alte state membre
- Obiectivele noilor acte normative sunt :
- asigurarea unei piețe nediscriminatorii
 - consolidarea colaborării dintre organele fiscale din statele membre;
 - combaterea fraudei fiscale
 - facilitarea mecanismului de rambursare a TVA intracomunitar

2.2.Cotele de TVA aplicabile în statele membre ale Uniunii Europene

În tabelul nr. 1. sunt prezentate cotele de TVA care sunt aplicabile începând cu 1 ianuarie 2011 în statele membre ale Uniunii Europene.⁴

⁴ http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/vat/how_vat_works/rates/index_en.htm

Tabelul nr. 1 Cotele de TVA în UE (%)

Stat membru	Cod de țară	Cota superredușă	Cota redusă	Cota standard	Cota de parcare
Austria	AT	-	10	20	12
Belgia	BE	-	6 și 12	21	12
Bulgaria	BG	-	7	20	
Cehia	CZ	-	10	20	
Cipru	CY	-	5 și 8	15	
Danemarca	DK	-	-	25	
Estonia	EE	-	9	20	
Finlanda	FI	-	9 și 13	23	
Franța	FR	2,1	5,5	19,6	
Germania	DE	-	7	19	
Grecia	EL	-	6,5 și 13	23	
Irlanda	IE	4,8	13,5	21	13,5
Italia	IT	4	10	20	
Letonia	LV	-	12	22	
Lituania	LT	-	5 și 9	21	
Luxemburg	LU	3	6 și 12	15	12
Malta	MT	-	5	18	
Marea Britanie	UK	-	5	20	
Olanda	NL	-	6	19	
Polonia	PL	-	5 și 8	23	
Portugalia	PT	-	6 și 13	23	13
România	RO	-	5 și 9	24	
Slovacia	SK	-	10	20	
Slovenia	SI	-	8,5	20	
Spania	ES	4	8	18	
Suedia	SE	-	6 și 12	25	
Ungaria	HU	-	5 și 18	25	

Sunt 12 state care au cotă standard mai mare sau egală cu 21%, ceea ce înseamnă că aproape jumătate din statele membre au o cotă standard ridicată.

Doar 5 state aplică cotă super redusă, această aplicându-se la anumite medicamente, reprezentații de teatru, cărți, ziare etc.

Cea mai mică cotă redusă este de 5% și o întâlnim la 6 state, inclusiv România.

Există o cotă de TVA pentru parcuri care o întâlnim la 5 state și anume: Austria, Belgia, Irlanda, Luxemburg și Portugalia.

2.3. Rolul TVA în veniturile publice în statele membre ale Uniunii Europene

În tabelul nr. 2 este prezentată ponderea TVA din PIB pentru statele membre ale Uniunii Europene și Islanda și Norvegia pe perioadă 1995 - 2008.⁵

Tabelul nr. 2 Ponderea TVA în PIB în UE

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2000 to 2008
BE	6.6	6.8	6.8	6.7	7.1	7.2	6.9	6.9	6.8	6.9	7.1	7.1	7.1	7.0	-0.2
BG	:	:	:	8.2	8.3	9.7	9.1	9.2	9.8	10.7	12.1	12.4	12.1	11.5	1.8
CZ	6.3	6.4	6.3	6.1	6.6	6.5	6.3	6.3	6.4	7.3	7.2	6.6	6.6	7.1	0.6
DK	9.4	9.7	9.7	9.8	9.8	9.6	9.6	9.6	9.6	9.8	10.1	10.3	10.4	10.1	0.5
DE	6.5	6.5	6.4	6.6	6.8	6.8	6.6	6.4	6.3	6.2	6.2	6.3	7.0	7.0	0.3
EE	9.6	9.4	9.6	8.1	7.8	8.4	8.2	8.4	8.2	7.7	8.7	9.2	9.1	8.0	-0.4
IE	7.0	7.1	7.1	7.1	7.1	7.3	6.8	7.0	7.0	7.3	7.6	7.8	7.6	7.1	-0.2
EL	6.1	6.2	6.4	6.7	7.1	7.2	7.5	7.6	7.0	6.8	6.9	7.2	7.3	7.1	-0.1
ES	5.2	5.3	5.5	5.6	6.1	6.1	5.9	5.8	6.0	6.1	6.3	6.4	6.1	5.3	-0.8
FR	7.4	7.8	7.7	7.6	7.7	7.3	7.2	7.1	7.1	7.2	7.3	7.3	7.2	7.0	-0.3
IT	5.5	5.4	5.6	6.1	6.1	6.5	6.3	6.2	5.9	5.9	6.0	6.3	6.2	5.9	-0.6
CY	4.6	4.5	4.5	5.0	4.8	5.8	6.2	7.1	8.8	9.1	9.7	10.4	11.1	11.3	5.5
LV	9.2	8.3	8.0	8.0	7.4	7.0	6.7	6.7	7.2	7.0	7.8	8.6	8.2	6.6	-0.4
LT	7.4	6.8	8.3	8.0	7.9	7.6	7.3	7.4	6.7	6.5	7.1	7.6	8.2	8.1	0.5
LU	5.2	5.2	5.4	5.6	5.4	5.6	5.8	5.8	5.7	6.1	6.2	5.7	5.8	6.0	0.4
HU	7.5	7.3	7.5	7.6	7.9	8.7	8.0	7.8	8.2	8.8	8.4	7.6	7.9	7.8	-0.9
MT	6.1	5.9	6.0	4.5	5.3	6.0	6.4	7.0	6.2	7.4	8.3	8.0	7.7	8.0	2.0
NL	6.5	6.7	6.7	6.8	7.0	6.9	7.3	7.2	7.3	7.3	7.2	7.4	7.5	7.3	0.4
AT	7.7	8.1	8.3	8.2	8.4	8.1	8.1	8.2	8.0	8.0	8.0	7.7	7.7	7.8	-0.3
PL	6.2	6.9	7.4	7.1	7.5	6.9	6.8	7.2	7.1	7.2	7.7	8.1	8.3	8.0	1.1
PT	7.1	7.4	7.3	7.5	7.7	8.0	7.8	7.9	8.0	8.0	8.7	8.8	8.8	8.7	0.7
RO	5.2	4.9	4.6	6.2	6.1	6.5	6.2	7.1	7.2	6.7	8.1	7.9	8.1	7.9	1.4
SI	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	4.8	8.7	8.3	8.6	8.5	8.5	8.6	8.5	8.5	8.4	-0.2
SK	8.4	7.6	7.2	7.5	6.8	7.0	7.2	7.0	7.5	7.8	7.9	7.5	6.7	6.9	-0.1
FI	7.9	8.1	8.5	8.3	8.3	8.2	8.0	8.1	8.5	8.5	8.7	8.6	8.4	8.4	0.2
SE	9.1	8.5	8.7	8.8	8.8	8.7	8.8	8.9	9.0	8.9	9.1	9.1	9.2	9.4	0.8
UK	6.5	6.6	6.6	6.4	6.6	6.6	6.6	6.6	6.8	6.8	6.7	6.6	6.6	6.3	-0.2
NO	9.4	9.3	9.4	9.7	9.4	8.4	8.4	8.5	8.2	8.1	7.9	8.0	8.3	7.3	-1.1
IS	9.7	9.8	9.8	10.0	11.0	10.6	9.4	9.4	9.7	10.4	11.1	11.3	10.6	9.1	-1.5

⁵ http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structures/index_en.htm

Făcând o comparație între anii 2000 și 2008 în ceea ce privește ponderea TVA din PIB observăm că 14 state au avut o creștere a ponderii TVA din PIB în timp ce 15 state au înregistrat o scădere. Această scădere se poate datora creșterilor cotelor standard de TVA, scăderii puterii de cumpărare a populației sau lipsei de lichidități a agenților economici care și-au redus activitatea. Aceste efecte negative acționează în lanț ca un domino la final simțindu-se în încasărilor statului.

Dacă luăm cazul României și comparăm cele două perioade putem observa o creștere îmbucurătoare, deoarece în anul 2000 în România nu exista o piață de desfacere foarte bine pusă la punct, dar din anul 2000 până în prezent au început să apară construcții de tip supermarket, mall, clădiri de birouri s.a.m.d. care pot spune că au reușit să crească calitatea vieții. Un alt aspect important ar fi aderarea României la Uniunea Europeană în 2007. Acesta este un punct cheie deoarece “Principiul liberei circulații a marfurilor” și armonizarea legislației naționale cu reglementările europene care au dus la modernizarea statului la nivel de instituții.

În tabelul nr. 3 este prezentată ponderea TVA din totalul impozitelor pentru statele membre ale Uniunii Europene și Islanda și Norvegia în perioada 1995 - 2008⁶.

Tabelul nr. 3 Ponderea TVA în total impozite în UE

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Clasament 2008
BE	15.1	15.3	15.2	14.9	15.7	16.0	15.3	15.4	15.2	15.5	15.8	16.0	16.3	15.8	26
BG	:	:	:	26.3	27.2	29.9	29.5	31.2	30.5	32.4	35.7	37.4	35.4	34.5	1
CZ	17.3	18.4	18.1	18.2	19.3	19.1	18.7	18.1	17.8	19.4	19.4	18.1	17.6	19.5	16
DK	19.4	19.7	19.8	19.8	19.6	19.4	19.9	20.2	20.1	19.9	19.8	20.8	21.3	21.0	14
DE	16.3	15.9	15.8	16.1	16.4	16.2	16.5	16.1	16.0	16.0	16.1	16.2	17.8	17.9	21
EE	26.5	27.3	28.0	23.8	23.8	27.2	27.0	27.0	26.5	25.1	28.3	29.6	28.2	24.9	5
IE	21.2	21.6	22.0	22.4	22.2	23.1	23.0	24.7	24.2	24.3	24.8	24.2	24.2	24.4	6
EL	21.1	21.2	21.1	20.5	21.2	20.9	22.5	22.7	21.8	21.7	21.5	22.8	22.6	21.8	13
ES	15.9	16.2	16.5	17.0	18.1	18.0	17.5	17.1	17.6	17.6	17.7	17.5	16.5	15.9	25
FR	17.3	17.7	17.5	17.3	17.0	16.6	16.4	16.4	16.4	16.6	16.7	16.5	16.6	16.4	24
IT	13.8	12.9	12.9	14.3	14.3	15.6	15.1	15.2	14.3	14.4	14.8	14.9	14.4	13.8	27
CY	17.2	17.3	17.6	17.9	17.1	19.3	20.0	22.9	26.8	27.2	27.4	28.5	27.2	28.9	2
LV	27.8	26.8	25.0	23.8	23.0	23.9	23.6	23.5	25.3	24.4	26.8	28.1	26.9	23.0	11
LT	26.9	24.9	27.0	25.3	24.9	25.2	25.4	26.0	24.0	22.9	25.0	25.9	27.5	26.6	4
LU	14.0	13.8	13.8	14.1	14.0	14.3	14.6	14.7	14.9	16.2	16.4	16.1	16.2	16.8	23
HU	18.4	18.6	19.8	20.2	20.8	22.3	21.1	20.6	21.6	23.5	22.5	20.4	19.9	19.3	18
MT	23.0	23.3	21.9	17.7	19.3	21.4	21.1	22.1	19.8	22.5	24.5	23.8	22.2	23.3	10
NL	16.2	16.6	16.9	17.1	17.3	17.3	18.9	19.1	19.5	19.4	19.2	18.9	19.4	18.6	19
AT	18.6	18.9	18.7	18.5	19.1	18.8	17.9	18.7	18.3	18.4	18.8	18.4	18.3	18.2	20
PL	16.8	18.6	20.2	20.1	21.5	21.3	21.0	22.0	22.2	22.8	23.5	24.1	23.9	23.4	9

⁶ http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structures/index_en.htm

PT	22.2	22.5	22.2	22.7	22.6	23.2	22.8	22.8	23.0	23.5	24.9	24.7	23.9	23.6	7
RO	18.0	18.1	17.3	21.4	19.5	21.4	21.8	25.2	26.0	24.5	29.0	27.8	27.9	28.2	3
SI	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	12.5	23.1	22.1	22.6	22.3	22.3	22.3	22.2	22.4	22.6	12
SK	20.8	19.3	19.3	20.3	19.3	20.4	21.9	21.2	22.7	24.7	25.1	25.5	23.0	23.6	8
FI	17.4	17.1	18.4	18.0	18.0	17.4	17.8	18.2	19.4	19.6	19.8	19.9	19.5	19.4	17
SE	18.9	16.9	17.0	17.1	17.0	16.7	17.6	18.6	18.5	18.3	18.4	18.5	19.1	20.0	15
UK	18.6	19.2	18.9	17.9	18.3	17.9	18.0	18.9	19.6	19.3	18.5	18.0	18.0	17.0	22
NO	22.4	21.8	22.2	23.0	22.2	19.7	19.5	19.6	19.4	18.6	18.1	18.1	19.0	17.2	
IS	29.0	28.7	28.4	29.2	30.0	28.6	26.6	26.7	26.5	27.6	27.3	27.2	26.0	24.8	

După clasamentul pe anul 2008 în ceea ce privește ponderea TVA în totalul impozitelor observăm că România se situează pe locul 3 cu o pondere de 28.2% după Bulgaria și Cipru.

Cea mai mică pondere a TVA în totalul impozitelor se înregistrează în Italia cu o valoare de 13.8%.

Făcând o comparație între anii 1995 și 2008 putem observa că ponderea TVA în România a crescut cu 10.2%, ceea ce înseamnă că în 13 ani consumul populației a crescut semnificativ.

2.4. Măsurile aplicate în materie de TVA la nivelul statelor Uniunii Europene

Statele membre ale Uniunii Europene și Islanda și Norvegia au încercat să își mențină sau sporească veniturile bugetare prin aplicarea de măsuri fiscale în diferite domenii. În tabelul nr. 4 sunt prezentate măsurile luate în materie de TVA de aceste țări și cum influențează aceste măsuri produsul intern brut.⁷

Tabelul nr. 4 Ponderea TVA în total impozite în UE

Țara	MĂSURI	Anul	% din PIB
Belgia*	Rată redusă de la 21% la 12% pentru bunurile servite în restaurante și pentru serviciile de catering.	2010	-0.15
	Rată redusă de la 21% la 6% pentru construirea locuințelor private și sociale (pentru 50 000 €).	2009-2010	-0.13
Cipru*	Reducerea temporară a TVA pentru cazarea la hotel și serviciile de restaurant cu 3 puncte procentuale, până la 5% (inițial până la 30.04.2010 extins la 31.12.2010). Luptă împotriva fraudei care ține de TVA și scurtarea perioadelor de colectare a TVA de la 3 luni la 1 luna.	2009-2010	
Cehia	Timpul pentru rambursarea TVA a fost scurtat de la 30 de zile la 15 zile	2009	
	Deducerea TVA pentru autoturismele antreprenorilor	2009	
	Cotele de TVA au crescut cu 1%. Cota standard este de 20% și cotă redusă este de 10%	2010	
Danemarca	Termenul pentru plată TVA este prelungit cu o luna din februarie	2009	

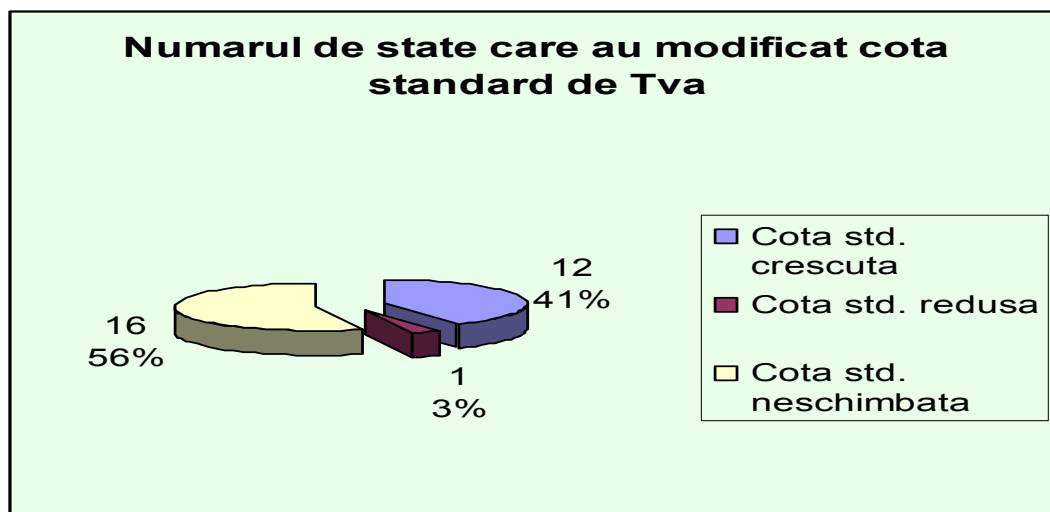
⁷http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structure/2010/ntl_release.pdf

	2009 până în decembrie 2009		
Estonia	Creșterea cotei reduse de TVA de la 5% la 9% și îngustarea gamei de produse la care este aplicată cota redusă	2009	
	Creșterea cotei standard de TVA la 20%		
Finlanda*	Scăderea ratei de TVA pentru alimentele de bază de la 17% la 12% din 1 octombrie 2009	2009	
	Creșterea cotei standard de TVA și a celor reduse cu 1 punct procentual din 1 iulie 2010. Scăderea ratei de TVA pentru restaurante de la 22% la 13%.	2010	
Franta*	Măsuri de trezorerie pentru firme: Rambursarea TVA este anticipată. Din 1 iulie 2009 o cotă redusă de TVA de 5.5% este aplicată serviciilor de tip restaurant	2009	
Germania*	Aplicarea cotei reduse de TVA de 7% pentru servicii de cazare pe termen scurt prestate de hoteluri și pensiuni.	2010	
Grecia	Se planifica extinderea treptată a bazei TVA prin includerea serviciilor curente scutite și aplicarea cotei standard la o gamă de produse la care acum se aplică cotă redusă.	2011	0.4
	Cotele de TVA au crescut în două etape după cum urmează: -Cota standard de la 19% la 21% și ulterior la 23% -Cota redusă de la 9% la 10% și apoi la 11% -Cota super-redușă de la 4,5% la 5,5%	2010	0.84
Ungaria*	Începând cu 1 iulie 2009, cota standard de TVA a crescut de la 20% la 25%. În plus, a fost introdusă o cotă redusă de TVA de 18% pentru produsele lactate și de panificație. Din 9 iulie 2009 cota redusă de 18% se aplică pentru serviciile de cazare publice, iar de la 1 august 2009 și pentru încălzirea urbană. Din 15 ianuarie 2010, cota redusă de TVA de 5% se aplică pentru servicii de termoficare.	2009	0.6
Irlanda	Scăderea cotei standard de TVA de la 21.5% la 21%. Această schimbare aduce cotă standard la valoarea pe care o avea înainte de decembrie 2008 când rata fusese majorată de la 21% la 21.5%.	2010	
Italia	Prelungirea până în 2010 a măsurilor de sprijinire a renovării locuințelor și reducerea la 10% a cotei de TVA aplicabilă (Reforma de stimulente fiscale pentru restructurarea clădirilor pentru economisirea energiei)	2008-2012	
	Plată TVA nu mai este scadentă la emiterea facturii, ci la primirea banilor de la client.	2009	
Letonia*	Creșterea cotei standard de TVA de la 18% la 21%	2009	1.4
	Creșterea cotei reduse de TVA de la 5% la 10%. Diverse tipuri de mărfuri au fost excluse de la impozitarea cu cotă redusă.	2009	0.7
	Introducerea cotei reduse de 10% la serviciile de cazare.	2010	
Lituania*	Creșterea cotei standard cu un punct procentual la 19%	2009	0.4
	De la 1 septembrie cotă standard a crescut la 21%	2009	0.2
	Cotă de 9% care se aplică la serviciile de construcție și cotă super redusă de 5% au fost eliminate.	2009	0.3
	Aplicarea cotelor reduse pentru încălzirea locuințelor, cărți și medicamente este extinsă (pentru încălzire, numai până la 31 august)	2010	-0.2
Malta	Extinderea scutiilor de TVA la serviciile culturale și la taxa de înmatriculare pentru camioane.	2009	
Olanda*	Companiile pot plăti TVA trimestrial în loc de lunar	2009-2010	0

	Introducerea cotei reduse de TVA de 6% pentru renovarea caselor mai vechi de 2 ani, pictarea și aplicarea de stucaturi caselor precum și achiziționarea de reviste educaționale moderne.	2010	-0.01
Polonia	Scăderea perioadei de rambursare a TVA del a 180 de zile la 60 de zile	2009	-0.12
	Creșterea pragului de înregistrare TVA	2010	
	Reducerea temporară a dreptului de deducere a TVA la cumpărarea, achiziția, importul, închirierea sau leasing-ul de anumite vehicule (capacitatea maximă de transport $\geq 500\text{kg}$ și maxim 3.5 tone) la 60% din impozitul datorat până la un maxim de 6 000 PLN până la 31 decembrie 2013(planificat).	2011	
Portugalia	Reducerea pragului de rambursare a TVA	2009	
	Creșterea cotelor de TVA cu 1 punct procentual din 01/07/2010 cum urmează: -cota standard de la 20% la 21% -cota intermediară de la 12% la 13% -cota redusă de la 5% la 6%	2010	0.3(2010) 0.7(2011)
Romania	Scăderea ratei TVA de la 19% la 5% pentru construirea de locuințe sociale, în anumite condiții, locuințele private să nu depășească 120m^2 și o valoare de 380 000 RON (aproximativ 90 000 €)	2009	
	Creșterea cotei standard de TVA cu 5 puncte procentuale până la 24%	2010	
Slovacia	Reducerea perioadei de rambursare a deducerilor TVA de la 60 de zile pentru 30 de zile	2009	0
Slovenia*	Perioada de rambursare a TVA a fost scurtată de la 60 de zile la 21 de zile	2010	-0.27
	Cota redusă de 8.5% va fi aplicabilă pentru anumite servicii furnizate la nivel local	2010	
	Creșterea în compensație forfetara de la 4% la 8%	2010	-0.08
Spania*	Cota generală de TVA a crescut la 18% de la 1 iulie 2010 în timp ce cotă redusă de TVA a crescut de la 7% la 8%.	2010	0.25
	Aplicarea de cote reduse pentru reparațiile și renovarea locuințelor proprii. Aplicarea cotei super reduse la serviciile de dependență.	2010-2012	
Marea Britanie	Reducerea temporară a ratei standard de TVA de la 17.5% la 15% începând cu 1 decembrie 2008 până în 31 decembrie 2009.	2008-2009	-0.87
	Cota standard va crește de la 17.5% la 20% în ianuarie 2011	2011	
Norvegia*	Cota redusă de 8% aplicabilă pentru participarea la evenimente culturale și sportive.	2010	
Islanda	Restituirea TVA pentru renovarea locuințelor acordate gospodăriilor populației și municipalităților a crescut de la 60% la 100% (temporar)	2009-2010	
	Cota standard de TVA a crescut de la 24.5% la 25.5%	2010	
	TVA-ul colectat perceput la import amânat 1-2 luni	Nov 2008 – Dec 2011	

Se observă că 12 state (*) și-au extins sfera de aplicare a cotei reduse în anumite domenii și în special asupra alimentelor de bază, serviciilor de tip hotelier sau restaurant și renovărilor de locuințe. Această măsură dorește să încurajeze consumul și să crească calitatea vieții.

Cota standard de TVA nu a rămas neschimbată, 12 dintre state au ales să crească nivelul cotei standard și doar un stat (Irlanda) a redus această cotă. Aceste măsuri de creștere a cotei standard se datorează crizei economice, autoritățile competente sperând că prin aceste măsuri veniturile la bugetul de stat să crească.



Concluzii

Datele prezentate și analizate în această lucrare ne pot ajuta să observăm evoluția TVA în statele membre ale Uniunii Europene pe perioada 1995 - 2008 din punct de vedere al ponderii în PIB și respectiv în total impozite indirecte, dar și din punct de vedere al cotelor de TVA aplicate.

Ponderea ridicată a TVA demonstrează că acest impozit are o contribuție importantă în veniturile bugetului de stat și asta datorită faptului că lumea consumă și va consuma și în viitor, iar bunurile economice vor circula pentru a asigura acest consum.

În funcție de politica fiscală a fiecărui stat, acest consum poate scădea sau crește, afectând încasările la bugetul de stat. Guvernele statelor membre trebuie să adopte o politică fiscală care să încurajeze consumul pentru că în acest mod vor crește implicit și încasările la bugetul de stat.

Datorită situației dificile a economiei, majoritatea statelor membre ale Uniunii Europene și-au majorat cotele de TVA în ultimii 2 ani, sperând că astfel pot aduce încasări mai mari la bugetul de stat. Timpul ne va arăta dacă această creștere a TVA este benefică și dacă va aduce la buget venituri mai mari decât în anii trecuți.

Referințe bibliografice:

- Țățu Lucian – “Fiscalitate de la lege la practică”, Editura ChBeck, Ediția a V-a, 2008
- Corduneanu Carmen – “Sistemul fiscal și știința finanțelor”, Editura Codex, București, 1998 ¹
- http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/vat/how_vat_works/rates/index_en.htm
- http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structures/index_en.htm
- http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structures/2010/ntl_release.pdf

IMPORTANȚA TABLOULUI DE BORD ECHILIBRAT ÎN MĂSURAREA ȘI MONITORIZAREA PERFORMANȚELOR ENTITĂȚILOR

Elena Delia BUNEA*

Abstract

This article presents the importance of balanced scorecard in the management of an entity. There are presented several different conceptual approaches of balanced scorecard, including its typology. Also there are highlighted the methodological steps taken and their influence on shaping the decisions of managers. The balanced scorecard gives managers a glimpse and comprehensive overview of the business and financial information from those targeted by the four perspectives (financial, customers, internal processes and skills development). The balanced scorecard forms managers to focus on a set of ethical measures also satisfying two of their most important needs: to bring together in one report of several elements of a competitive plan and protection against sub-optimization. The specificity of the balanced scorecard is to ensure current performance measurement in both financial and non-financial terms, but also to evaluate an entity's efforts to achieve superior performances. The article ends with the author's conclusions about the importance of performance measurement and monitoring of entities using a balanced scorecard.

Key-words: *balanced scorecard, monitoring, measurement, performance, decision.*

1. Tabloul de bord echilibrat. Abordări conceptuale

Noțiunea de *Balanced Scorecard* cunoscută și ca *Tabloul de Bord Echilibrat* a apărut pentru prima dată în 1992, iar creatorii săi sunt Robert Kaplan și David Norton. Acest instrument de pilotaj aduce ca noutate, pe lângă măsurarea performanțelor curente în termeni financiari dar și nefinanciari, evaluarea eforturilor depuse de o companie în vederea obținerii unor performanțe viitoare, prin intermediul proceselor interne, a relațiilor cu clienții și furnizorii și a altor aspecte importante pentru management.

Tabloul de bord echilibrat a fost utilizat pentru prima dată în companiile americane, ca un nou instrument de pilotaj și de urmărire a performanțelor. În prezent, este cunoscut și adoptat în întreaga lume și are un real succes. *Balanced Scorecard* poate fi tradus ca tablou de bord echilibrat, prezentându-se ca un ansamblu de indicatori ce oferă utilizatorilor posibilitatea de a pilota toate elementele care pot determina performanța. Tabloul de bord echilibrat se bazează pe conceptul potrivit căruia se transpune strategia în acțiune, iar indicatorii sunt strâns legați de strategia adoptă de către companie.

O definiție obiectivă și concisă a Tabloului de bord echilibrat este dată chiar de către creatorii acestuia Kaplan și Norton: *un set de măsuri care dau managerilor de vârf o vedere rapidă dar completă asupra afacerii*¹.

Termenul „*scorecard*” înglobează măsurarea performanțelor cuantificabile, iar cel de „*balanced*” ilustrează echilibrarea sistemului ținându-se cont de:

- obiectivele entității pe termen mediu și lung;
- indicatorii de performanță;
- performanțele interne și externe.

* Masterand Facultatea de Finanțe și Contabilitate, Specializarea Management Financiar-Bancar și de Asigurări, Universitatea Artifex din București; (email delia_bunea@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Sorinel Căpușeanu.

¹ Kaplan R. and Norton D. *Comment utiliser le tableau de bord prospectif**, Éditions d'Organisation, Paris, 2001.

În limba franceză acest termen este tradus sub denumirea de „*tableau de bord prospectiv*”, pierzându-se astfel din vedere un aspect extrem de important și specific acestui instrument de analiză și monitorizare a performanțelor, anume acela legat de “*echilibru*”. Fundamentarea tabloului de bord echilibrat are la bază satisfacerea celor trei părți interesate în principal și în mod direct de evoluția afacerii: acționarii, clienții și angajații, precum și independența acestora. Satisfacerea acestor categorii de părți interesate de bunul mers al entității duce la succesul activității acesteia pe termen lung.

Atitudinea și comportamentul angajaților are o influență semnificativă asupra gradului de satisfacere și fidelizare a clientului, iar comportamentul acestora influențează satisfacerea acționarilor și menținerea acestora. În final, satisfacția acționarilor influențează satisfacția angajaților prin recompensare, stimulente sau prin investiții în dezvoltarea profesională a acestora.

2. Tabloul de bord echilibrat. Arhitectură. Tipologie

Pentru definirea tabloului de bord echilibrat este necesară parcurgerea a trei pași esențiali:

1. Revizuirea și clarificarea strategiilor entității;
2. Stabilirea capacității necesare pentru îndeplinirea strategiilor formulate;
3. Crearea efectivă a tabloului.

Tabloul de bord echilibrat permite:

- măsurarea succesului înregistrat la nivelul întregii entități, afaceri, până la nivel de compartiment;

- echilibrarea acțiunilor pe termen lung și scurt;

- echilibrarea diferitelor metode de măsurare a beneficiilor înregistrate la nivelul companiei, din punct de vedere financiar, al relațiilor cu clienții, al operațiilor interne și resurselor umane, precum și al produselor de cercetare-dezvoltare;

- transformarea strategiilor în acțiuni concrete.

Tabloul de bord echilibrat nu măsoară doar veniturile viitoare, ci și factorii care influențează și conduc la obținerea veniturilor. Tabloul de bord echilibrat formează un sistem de management care suprapune obiectivele strategice ale unei entități peste un sistem de măsurare a performanțelor, evidențind patru direcții fundamentale, răspunzând astfel la patru dintre cele mai importante întrebări:

1. Cât valorăm pentru acționari? (*perspectiva financiară*)

2. Cum îi percepem pe clienți? (*perspectiva clientelară*)

3. Cum selectăm domeniul de activitate, care este domeniul de succes? (*perspectiva proceselor interne*)

4. Cum continuăm să (ne) îmbunătățim? (*perspectiva dezvoltării competențelor*)

Tabloul de bord echilibrat se compune dintr-un ansamblu de indicatori aferent strategiei companiei oferind posibilitatea pilotării performanțelor de către manageri pe elemente componente ale acesteia.

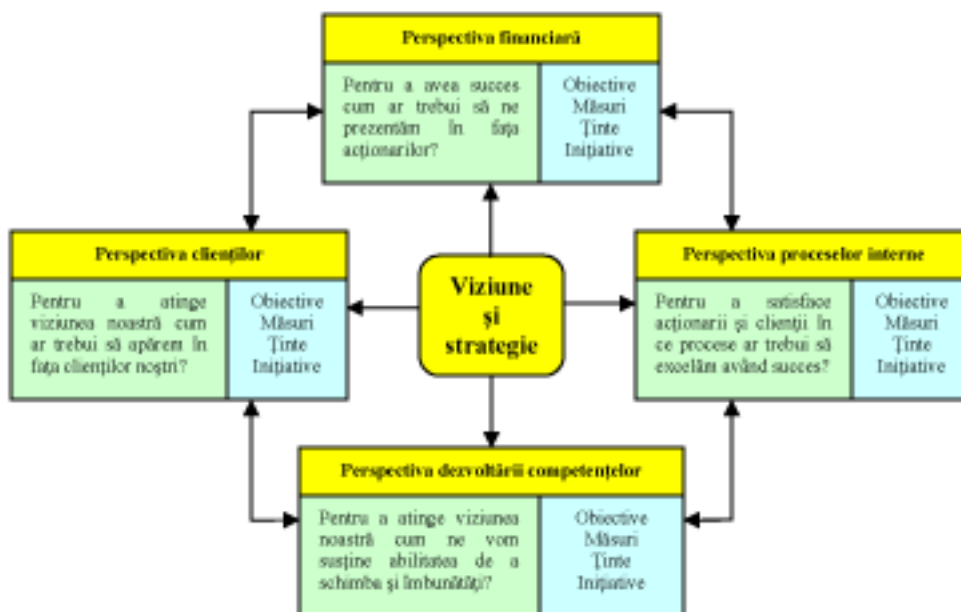
Cu ajutorul acestuia este trasată calea pe care va fi direcționată și condusă o companie în mod continuu pentru realizarea strategiei propuse.

Tabloul de bord echilibrat este o “*hartă*” cu ajutorul căreia se realizează implementarea și controlul strategiei la toate nivelurile companiei, realizând legături între obiective inițiative și măsuri, pe de o parte și strategia companiei pe de altă parte.

Privit prin prisma perspectivei dezvoltării competențelor, tabloul de bord echilibrat furnizează informațiile, metodele și sistemele de care managerii companiilor sau angajații acestora au nevoie pentru a obține nivelul de eficiență și eficacitate stabilit prin strategia stabilită (aferentă perspectivei proceselor interne). Acest lucru va conduce la crearea unei valori recunoscută pe piață (specifică

perspectivei clientelare) iar în final, la rezultate financiare îmbunătățite, determinate prin analiza perspectivei financiare care să satisfacă părțile interesate de evoluția companiei pe termen lung.

Acest instrument de navigare se bazează pe transpunerea strategiei și viziunii în acțiune bazându-se pe cele patru perspective: financiară, clientelară, a proceselor interne și a dezvoltării competențelor aflate într-o strânsă interdependență.



Adaptare după Kaplan și Norton, 1996, The Balanced Scorecard, Harvard Business Press: 9, Original from HBR Jan/Feb, 1996, p.76.

1. *Perspectiva financiară*. Obiectivele financiare sunt în general echivalente indicatorilor de profitabilitate, ca de exemplu: venituri operaționale, profitul per capital angajat sau valoarea economică adăugată, iar obiectivele financiare alternative pot fi creșterea vânzărilor sau generarea unor fluxuri de trezorerie suplimentare. Informațiile financiare obținute în timp util vor constitui întotdeauna o prioritate, iar managerii vor face tot ce este necesar să le furnizeze. Accentul pus pe situațiile financiare duce la o situație „dezechilibrată”, cu privire la alte perspective.

2. *Perspectiva clientelară*. Orientarea către client și satisfacerea acestuia este extrem de importantă pentru succesul afacerii pe termen lung. Managerii identifică segmentele de piață în care vor lua măsurile aferente segmentelor țintă. Se va urmări fidelizarea clientelei, atragerea de noi clienți, profitabilitatea clienților și cota de piață a segmentelor țintă.

Perspectiva clientelei permite managerilor să-și formuleze o strategie unică referitoare la clienți și piață în scopul realizării unor venituri superioare.

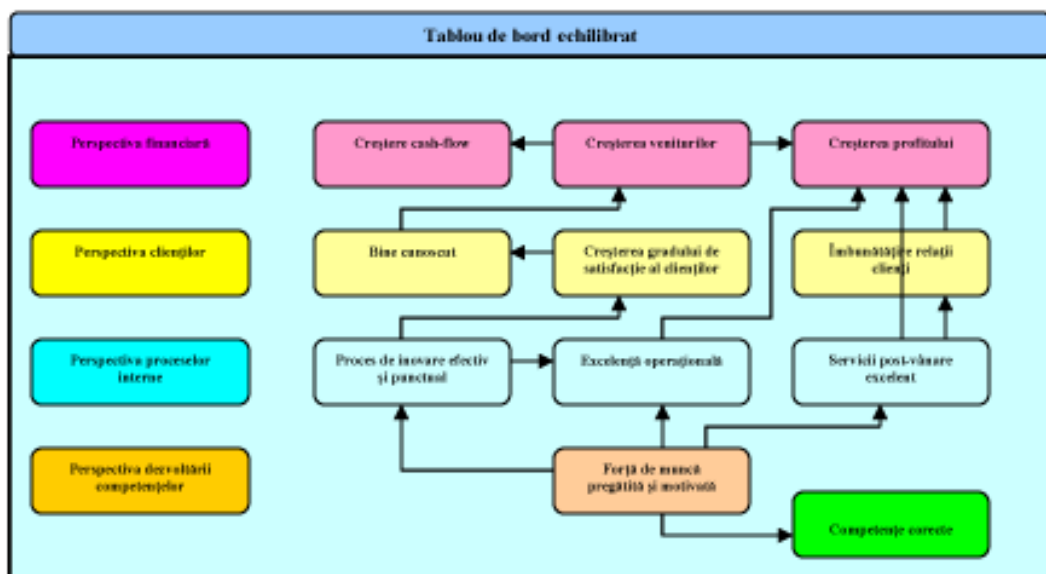
3. *Perspectiva proceselor interne*. Această perspectivă permite managerilor să monitorizeze bunul mers al afacerii, precum și faptul, dacă produsele și serviciile oferite sunt conforme cu cerințele clienților. Procesele interne se pot clasifica în:

a) procese orientate spre misiune sunt funcții speciale ale unor birouri ce atrag după sine o serie de probleme unice.

b) procese de susținere sunt acele procese mult mai repetitive în natură și mai ușor de măsurat și de comparat utilizând măsurători generice.

4. *Perspectiva dezvoltării competențelor.* Aceasta include formarea angajaților și atitudinile culturale legate de auto-îmbunătățirea individuală, cât și formarea corporativă, într-o organizație de acest tip oamenii fiind principala resursă. Formarea profesională continuă, fiind foarte importantă în societatea actuală. Kaplan și Norton subliniază faptul că „învățarea” reprezintă mai mult decât „formarea”, aceasta incluzând mentori și tutori în cadrul entității, precum și faptul că ușurează comunicarea în rândul lucrătorilor.

Tabloul de bord se poate prezenta de maniera următoare:



În practică se întâlnesc două tipuri de tablouri de bord echilibrate:

a) *Tabloul de bord echilibrat pentru controlul managerial.* Scopul acestui instrument este de a ajuta managerii să monitorizeze, să controleze și să supervizeze diverse procese în vederea atingerii performanțelor scontate. Setul de indicatori va fi în concordanță cu cele patru dimensiuni ale tabloului de bord echilibrat.

b) *Tabloul de bord echilibrat pentru controlul strategic.* Acest tip de instrument ajută managerii să stabilească obiectivele strategice și să monitorizeze procesele în vederea realizării obiectivelor. Setul informațional alertează managerii despre intervențiile ce se impun pentru a asigura atingerea obiectivelor propuse. Acest instrument de analiză a performanței are o viziune complexă asupra companiei care vizează atât preconizarea veniturilor viitoare, cu evaluarea situației prezente, cât și a tendințelor viitoare, în general.

Deși oferă managerilor informații din patru puncte de vedere diferite, acest instrument minimizează în același timp gradul de încărcare cu informații, limitând numărul măsurilor de performanță utilizate. Tabloul de bord echilibrat formează managerii să se focalizeze asupra unui set de măsuri etice.

1. Perspectiva financiară <ul style="list-style-type: none"> ◦ Creșterea activității ◦ Creșterea ratei profitului operațional ◦ Respectarea ratei de recuperare a capitalului investit ◦ Diminuarea cheltuielilor financiare ◦ Ameliorarea performanței operaționale ◦ Reducerea cheltuielilor indirecte 	Indicatori <ul style="list-style-type: none"> · Creșterea cifrei de afaceri · Variația profitului operațional · Rata de recuperare a capitalului investit · Variația cheltuielilor financiare · Cheltuieli indirecte/cifra de afaceri netă
2. Perspectiva clientului <ul style="list-style-type: none"> ◦ Dezvoltarea masei de clienți ◦ Fidelizarea clienților ◦ Dezvoltarea imaginii 	Indicatori <ul style="list-style-type: none"> · Procentajul clienților noi · Cifra de afaceri de la noii clienți · Clienții pierduți · Creșterea cifrei de afaceri din fidelizarea clienților · Rezultatul evaluării clienților
3. Perspectiva proceselor interne <ul style="list-style-type: none"> ◦ Dezvoltarea segmentelor strategice ◦ Dezvoltarea de procese inovative ◦ Calitatea ◦ Respectarea legislației 	Indicatori <ul style="list-style-type: none"> · Cota de piață · Numărul produselor noi · Cifra de afaceri generată · Litigii, reclamații, întârzieri și infracțiuni
4. Perspectiva dezvoltării competențelor <ul style="list-style-type: none"> ◦ Formarea personalului rulant ◦ Bazele de informații 	Indicatori <ul style="list-style-type: none"> · Acoperirea posturilor cheie · Ponderea personalului înalt calificat · Întârzieri – informații lipsă

Cele patru axe ale Tabloului de Bord Echilibrat și indicatorii relevanți²

3. Analiza profitabilității prin prisma perspectivei financiare

În cadrul structurii tabloului de bord echilibrat o importanță covârșitoare o constituie perspectiva financiară. Obiectivele perspectivei fiind echivalente cu indicatorii de profitabilitate, aceștia oferind informații cu privire la eficiența cu care o societate își utilizează resursele pentru a genera profit. Obținerea de profit pe termen lung este vitală atât pentru supraviețuirea companiei, cât și pentru beneficiile aduse acționarilor sau asociaților.

Un indicator important al perspectivei financiare, și a cărui creștere vizează obținerea unui profit mai mare sau a unuia moderat, dar cu un grad ridicat de certitudine în viitor îl constituie cifra de afaceri (CA). Aceasta se definește ca fiind suma totală a veniturilor din operațiunile comerciale, efectuate de un agent economic într-o perioadă de timp determinată.

Operațiunile comerciale luate în considerare în determinarea cifrei de afaceri sunt:

- vânzările de bunuri, mărfuri și produse;
- contravaloarea lucrărilor efectuate;
- veniturile din redevențe, locații de gestiune și chirii;
- alte venituri.

În structura cifrei de afaceri nu sunt incluse:

- veniturile financiare;
- veniturile extraordinare.

O influență pozitivă asupra cifrei de afaceri precum și asupra profitului unei companii o constituie creșterea veniturilor totale. Creșterea acestor tipuri de venituri se subscrie, de regulă,

² Braga F.V. "Balanța de scoruri (Balanced Scorecard) un instrument pentru măsurarea performanțelor", 2008.

calității produselor, apariției unor noi produse precum și supraevaluării cererii și dimensionării corespunzătoare a producției. Se înregistrează creșteri din activitatea de bază ale cifrei de afaceri în raport cu cantitățile vândute și cu prețurile de vânzare. În consecință modificarea cifrei de afaceri se aplică prin influența celor doi factori: cantitatea vândută și prețul unitar de vânzare.

Sub aspectul analizei factoriale, ce are drept scop identificarea factorilor care influențează cifra de afaceri precum și mărimea și sensul acesteia, se pot înregistra creșteri în funcție de: numărul de angajați, productivitatea muncii și gradul de valorificare al producției fabricate. Scăderea gradului de valorificare a producției fabricate influențează în mod negativ rata recuperării capitalului investit.

Rentabilitatea capitalului investit (cunoscut și ca recuperarea capitalului) este un indicator utilizat pentru a evalua eficiența cu care o companie utilizează capitalul alocat către investiții profitabile. Acesta exprimă eficiența cu care au fost utilizate resursele alocate pentru a genera profit. Comparând rentabilitatea capitalului investit cu costul capitalului alocat putem determina în ce măsură capitalul a fost utilizat eficient.

Rentabilitatea capitalului investit se determină după următoarea formulă:

$$\text{Rentabilitate capital investit} = \frac{(\text{Profit net} - \text{Dividende})}{\text{Capital total}}$$

Capitalul total include datoriile pe termen lung, acțiunile comune și preferențiale. Deoarece anumite companii obțin profit din alte surse sau au alte elemente contradictorii în profitul net, se poate utiliza în schimb profitul operațional după impozitare. Rentabilitatea capitalului investit se calculează ca procent. Capitalul poate fi investit în clădiri, proiecte, echipamente sau participații în alte companii.

Un aspect fragil al acestui indicator îl reprezintă acela că nu furnizează nici o informație despre cum a fost generat profitul respectiv. De exemplu, nu se poate specifica dacă a fost obținut din operațiuni curente derulate cu o anumită continuitate pe un interval de timp sau a fost obținut dintr-un singur eveniment punctual, precum câștigul dintr-o tranzacție valutară.

Un alt indicator important în structura financiară a tabloului de bord echilibrat este profitul operațional, acesta fiind definit ca profitul realizat de o companie din activitatea curentă după deducerea cheltuielilor operaționale, precum: costul bunurilor vândute, salarii și amortizare. Profitul operațional pornește de la profitul operațional brut eliminându-se celelalte cheltuieli operaționale, precum și deprecierea. Alte cheltuieli operaționale sunt cele aferente activității de exploatare precum: energie, încălzire, obiecte de birou etc.

Profitul operațional este sinonim cu câștigul înainte de plata dobânzilor și taxelor și este denumit și profit recurent. Profitul operațional se determină folosind formula:

$$\text{Profit operațional} = \text{Profit operațional brut} - \text{Cheltuieli operaționale} - \text{Amortizare}$$

Marja profitului operațional se utilizează ca măsură a strategiei de prețuri a unei companii și a eficienței activității operaționale. Marja profitului operațional se determină utilizând:

$$\text{Marja profitului operational} = \frac{\text{Profit operational}}{\text{Cifra de afaceri}}$$

Această rată arată proporția veniturilor rămase după plata costurilor variabile de producție (salarii, materii prime etc.). O marjă operațională solidă este necesară pentru ca o companie să fie capabilă să suporte costurile fixe, precum dobânzile aferente datoriilor contractate.

Când se analizează marja operațională pentru a determina calitatea unei companii, este indicat să se analizeze variația marjei operaționale în timp sau să se compare cu cea a competitorilor săi care operează pe același segment de piață. Dacă marja operațională crește înseamnă că acea companie câștigă mai mult la o unitate monetară de vânzări.

Performanța operațională este o măsură a profitabilității operaționale a unei companii, ca și câștiguri înainte de dobânzi, taxe, depreciere și amortizare raportată la totalul veniturilor. Deoarece exclude deprecierea și amortizarea, marja de profit oferă investitorilor o imagine clară asupra profitabilității activității de bază a unei companii. Performanța operațională se determină astfel:

Performanța operațională = Câștiguri înainte de dobânzi, taxe, depreciere și amortizare/Total venituri

Variația cheltuielilor financiare între două perioade de timp poate însemna o scădere a valorii datoriilor, o scădere a ratei de dobândă percepută de către creditor, fie ambele cazuri. Cheltuielile financiare sunt acele cheltuieli cu dobânzile și comisioanele plătite la împrumuturile contractate de companie.

O companie puternic îndatorată va avea în mod sistematic cheltuieli financiare mari cu dobânzile bancare ceea ce duce la scăderea gradului de autofinanțare.

Cheltuielile indirecte se definesc la modul general ca fiind acele cheltuieli care nu nitră în costul primar al unui produs. Putem considera deci că, în structura cheltuielilor indirecte intră acele cheltuieli angajate și care sunt în conexiune cu organizarea de ansamblu a companiei sau a părților sale componente.

De regulă, noțiunea de cheltuieli indirecte, reprezintă o agregare a cheltuielilor materialele indirecte, salariile indirecte și alte cheltuieli indirecte. Alte cheltuieli implică o angajare de diverse cheltuieli mai mult sau mai puțin semnificative cum ar fi: cheltuieli cu energia electrică, poșta, telefon, servicii bancare, diverse alte prestări etc.

Raportul dintre cheltuielile indirecte și cifra de afaceri netă (producția vândută + veniturile din vânzări de mărfuri și veniturile din suvenții de explotare aferente vânzărilor), determină ponderea cheltuielilor cu chiriile și personalul neproductiv.

Acest raport trebuie să fie cât mai mic pentru a indica o eficiență sporită a utilizării resurselor. Scăderea ponderii acestor cheltuieli indirecte în cifra de afaceri netă se va reflecta în creșterea performanței operaționale.

4. Avantajele și limitele tabloului de bord echilibrat

Avantajul principal al tabloului de bord echilibrat constă în aceea că orientează managerii precum și celelalte compartimente ale entității către strategia organizației.

Tabloul de bord echilibrat satisface două nevoi importante ale managerilor:

a) reunirea într-un singur raport a mai multor elemente ale unui plan concurențial al entității (orientarea către client, promovarea lucrului în echipă, reducerea timpilor de lansare a noilor produse).

b) protecția împotriva sub-optimizării (permite observarea unor eventuale corelații dintre îmbunătățirea unui domeniu și deteriorarea altuia).

Conform studiilor întreprinse de către specialiști, tabloul de bord echilibrat mai prezintă și alte avantaje, precum:

- identificarea punctelor slabe și remediarea acestora;
- identificarea celor mai bune practici și diseminarea acestora;
- flexibilitate.

Tabloul de bord echilibrat a fost construit în ipoteza folosirii lui de către organizații cu o anumită stabilitate financiară și aflate într-un stadiu stabil de dezvoltare. Este necesar să se sublinieze

faptul că multe aspecte ale modelelor generale, trebuie să fie adaptate astfel încât să răspundă cât mai bine nevoilor specifice ale fiecărei companii. Specialiștii au identificat o serie de limite cum ar fi:

- Tabloul de bord echilibrat este doar un model conceptual și este foarte dificil să fie elaborat pe baza metologiei furnizate de Kaplan și Norton, fără o experiență practică anterioară;

- Tabloul de bord echilibrat tinde să fie centrat mai mult pe indicatorii care explică decalajele și care doar sugerează rezultatele finale. Multe alte sisteme de măsurare, precum *Fundația Europeană pentru Managementul Calității*, sunt mult mai echilibrate și acordă atenție egală atât indicatorilor ce explică decalajele, cât și rezultatelor finale;

- Se poate observa că oamenii, în general, tind să fie mai degrabă centrați pe o anumită direcție/preocupare decât să fie echilibrați, respectiv să fie concentrați pe cât posibil pe cât mai puține direcții, pentru a le gestiona cât mai bine posibil. Astfel, poate fi inadecvat să se încerce construirea unui set echilibrat de măsuri pentru fiecare persoană. Însă, acest argument ar putea fi combătut, prin faptul că oamenii tind să fie diferiți și unii dintre ei pot fi mult mai eficienți dacă se concentrează pe o varietate de activități diferite, decât dacă se concentrează pe un număr limitat de probleme.

5. Concluzii

Implementarea tabloului de bord echilibrat permite managerilor să măsoare cum pot să creeze afacerile pe care le conduc valoare pentru clienții în prezent și pe viitor, cum pot crea și deține o infrastructură internă necesară îmbunătățirii performanțelor viitoare. Tabloul de bord echilibrat contorizează activitățile ce creează valoare într-o entitate, efectuate de către angajații entității.

Tabloul de bord echilibrat și-a demonstrat eficiența în economia americană precum și în cadrul companiilor europene, fapt ce a condus la concluzia că acesta este „*cel mai faimos instrument de management al performanțelor, considerat unul dintre conceptele de management cele mai revoluționare din ultimii 75 de ani*”.

Tabloul de bord echilibrat este utilizat ca un sistem de comunicare, informare și învățare și nu ca unul de control.

Acest instrument de pilotaj cuprinde indicatori operaționali pertinenti ce urmăresc doar îndeplinirea strategiei entității, având în prim-plan strategia și nu controlul.

Tabloul de bord echilibrat, este un sistem de management multinivel, care asistă organizația în execuția strategiei prin monitorizarea continuă a măsurilor incluse în cele patru perspective. Acest instrument de pilotaj ia în considerare strategia organizației; stabilește un lanț de legături de tip cauză-efect între diferite obiective și între măsurile corespunzătoare acestor obiective și permite vizualizarea permanentă a stadiului atins față de valorile țintă stabilite și declanșarea unor acțiuni corective în consecință.

Referințe bibliografice

- Andone I.I. (coord.) “*Contabilitate, tehnologie și competitivitate*”, Editura Academiei Române, București, 2006.
- Braga F.V. “*Balanța de scoruri (Balanced Scorecard) un instrument pentru măsurarea performanțelor*” articol publicat în cadrul sesiunii științifice cu participare internațională – “Strategii XII – securitate și apărare în Uniunea Europeană”, Universitatea Națională de Apărare “Carol I” București, aprilie, 2008.
- Briciu S., Căpușeanu S., Rof L.M., Topor D. “*Contabilitatea și controlul de gestiune. Instrumente pentru evaluarea performanței entității.*”, Editura Aeternitas, Alba-Iulia, 2010, p.416-417.
- Caraiani C., Dumitrana M. (coord.) “*Contabilitate de gestiune și control de gestiune*”, Ediția a II-a, Editura Universitară București, 2008, p. 409-411.
- Kaplan R.S. et Norton D. P. “*Comment utiliser le tableau de bord prospectif*”, Éditions d’Organisation, Paris 2001.
- Tole M. “*Analiză economico - financiară*”, Editura Universitară, București, 2004, p. 57.
- www.investopedia.com

ROLUL PIETEI SECUNDARE A ACȚIUNILOR ÎN FINANȚAREA DEZVOLTĂRII ECONOMIEI

Loredana Simona BERTA*

Abstract

Capital market recorded a year of stagnation in 2010, after considerable loss in 2008 and partial recovery in 2009. Started under the sign of the crisis, the year 2009 has provided heavy attempts to scholarship, but it was an excellent year, best year since 2005, but not better than 2007. In recent years Romania had very interesting developments to the national stock exchange. Were years marked by numerous events, among the most important being the EU accession from 1 January 2007 which was felt in the capital market, the number of foreign investors present at stock exchange and the degree of cultural exchange increased significantly compared to 2002-2005. Year 2007 was the year of capital increases who has satisfied both companies who have turned to this form of financing, by attracting substantial funds, and also investors who have subscribed, by getting satisfactory yields. Then came a year in which due to unfavourable International context, generated by the financial crisis who erupted in the United States, and which spread rapidly to all financial markets and emerging economies in Eastern Europe and, the Romanian capital market has faced with decreases generalized by a force rarely seen

Cuvinte cheie: market, crisis, stock exchange, funds

Introducere

În ultimii ani România a avut parte de evoluții foarte interesante pe bursa autohtonă. Au fost ani marcați de numeroase evenimente, printre cele mai importante fiind aderarea la Uniunea Europeană de la 1 ianuarie 2007 ce s-a resimțit și pe piața de capital, numărul investitorilor străini prezenți la bursă și gradul de cultură bursieră crescând semnificativ față de perioada 2002-2005.

Anul 2007 a fost anul majorărilor de capital care au mulțumit atât companiile care au apelat la această formă de finanțare, prin atragerea de fonduri substanțiale, dar și investitorii care au subscris, prin obținerea unor randamente extrem de mulțumitoare.

A urmat apoi un an în care datorită contextului internațional nefavorabil generat de criza financiară izbucnită în Statele Unite, ce s-a propagat rapid pe toate piețele financiare și care a afectat și economiile emergente din Europa de Est, piața de capital românească s-a confruntat cu scăderile generalizate de o forță rar întâlnită.

Astfel România a asistat la ieșirea din piață a investitorilor instituționali, aversiunea față de risc situându-se la cote foarte ridicate, aceștia preferând să se retragă până la apariția unor semnale pozitive, însă în momentul revenirii acestora în piața se presupune ca se vor crea premisele unei evoluții ascendente similare celei din anii 2005-2007.

Anul 2010 a fost un an dificil pentru investitorii la bursă, potrivit brokerilor, unii dintre aceștia au afirmat chiar că a fost cel mai greu an pe care a trebuit să îl depășească piața de capital în ultima perioadă. Creșterea prețurilor acțiunilor s-a oprit brusc după primul trimestru al anului 2010 și a fost urmată de scăderi care au șters cea mai mare parte a creșterilor primelor luni. În continuare, al doilea semestru a adus volatilitate foarte scăzută împreună cu o reducere drastică a lichidității, deci posibilități foarte reduse de câștig pentru investitori.

* Loredana Simona Berta, Facultatea de Stiinte Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (e-mail: berta.loredana@yahoo.com).

Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univn.dr. Olteanu Alexandru

Bursa de Valori București nu a înregistrat o evoluție spectaculoasă în anul 2010, însă au fost câștigători ce au obținut profituri bune. În anul 2011, se așteaptă ca listarea Fondului Proprietatea să aducă mari câștiguri actorilor de la BVB.

Conținutul propriu-zis al lucrării

Economia națională, indiferent de nivelul de dezvoltare, se caracterizează prin existența și funcționarea unor piețe specializate, unde se întâlnesc cererea și oferta de active financiare, necesare creării de resurse pentru dezvoltarea producției de bunuri și servicii.

Piața de capital este o piață specializată unde se întâlnesc și se reglează în mod liber cererea și oferta de active financiare pe termen mediu și lung. Concret, este vorba despre o piață pe care se tranzacționează în mod liber valori mobiliare (acțiuni, obligațiuni), piață ce are drept rol principal mobilizarea capitalurilor persoanelor (fizice/juridice) care economisesc (cumpărătorii de acțiuni și obligațiuni) și care urmăresc plasarea profitabilă a acestor capitaluri; aceste fonduri sunt atrase de către emitenții de acțiuni/obligațiuni, ce sunt în căutare de capital în vederea finanțării unor proiecte de investiții.

Evident, piața de capital prezintă interes și din alte puncte de vedere, permițând preluarea controlului asupra unor societăți prin achiziții semnificative de acțiuni sau obținerea unor câștiguri pe termen scurt prin specularea modificărilor de curs ale valorilor mobiliare.

Pentru crearea pieței de capital, România a pornit de la experiența și practică din statele dezvoltate, dar a beneficiat și de ajutorul unor organisme internaționale, ca de exemplu:

□ **S.U.A.**, care prin intermediul United States Agency for International Development (USAID) au acordat o puternică asistență în dezvoltarea pieței RASDAQ, au acordat de asemenea asistență Uniunii Naționale a Organismelor de Plasament Colectiv, precum și Comisiei Naționale de Valori Mobiliare;

□ **Canada** a acordat asistență pentru Bursa de Valori București și CNVM;

□ **Marea Britanie**, asistență pentru Bursă de Valori București și CNVM;

□ **Uniunea Europeană**, asistență prin programul Phare pentru CNVM în elaborarea de proiecte legislative în concordanță cu Directivele Europene în domeniul pieței de capital.

Proiectele au vizat domeniul valorilor mobiliare și al piețelor reglementate, dar și organismele de plasament colectiv în valori mobiliare.

Piața de capital se împarte pe două niveluri, și anume: piața primară și piața secundară. Piața secundară este o componentă a pieței de capital, pe care se vând și se cumpără titluri financiare după ce acestea au fost emise către investitorii originari.¹

Datorită existenței acestei piețe, investitorii care-și plasează capitalurile pe piața primară, pot ieși de pe piață înainte de scadența titlurilor cumpărate prin vânzarea lor. Astfel, piața secundară asigură o excelență mobilitate și lichiditate a capitalurilor, extrem de bine venite pentru buna funcționare a oricărei economii.

Pe piața secundară intervin **bursele de valori** alături de **pieța OTC**². Diferența dintre cele două forme organizate ale pieței de capital (bursa și piața OTC) constă în existența unor condiții și criterii de eficiență economico-financiară, de informare a investitorilor, referitoare la numărul de acțiuni puse în circulație, pentru accesul la bursă, conferind societății cotate pe această piață garanții superioare pentru investitori.

Astfel, în opinia analiștilor, bursa este cea mai importantă instituție a pieței de capital, specifică economiei de piață, concentrând cererea și ofertă de valori mobiliare negociate în mod deschis și liber pornind de la reguli cunoscute. Prin tehnici specifice aici se realizează vanzari-

¹ Grigoriu Cornel – “Piata de capital. Mica enciclopedie”, editura Expert, Bucuresti, pag. 144

² OTC - Over the Counter

cumparari de valori mobiliare tradiționale (acțiuni, obligațiuni, valute, bonuri de tezaur), cât și moderne (opțiuni sau contracte futures).

Bursele au apărut ca urmare a unor necesități dictate de relațiile de schimb care joacă un rol central în economia de piață. Insa, dezvoltarea acestora până la stadiul actual a reprezentat un proces istoric îndelungat și evolutiv.

Majoritatea cercetărilor științifice în acest domeniu, îi creditează pe români ca fiind cei care au inventat sistemul bursier. Astfel, originile burselor s-ar afla în Roma antică unde anumite reglementări privind funcționarea acestora erau cuprinse în dreptul public. Clasa publicanilor care au obținut din partea statului dreptul de exclusivitate pentru colectarea impozitelor, amenajarea Romei, construirea de temple și drumuri, asigurarea furniturilor pentru armată, au constituit mari societăți în comanda pe acțiuni (societatea publicanorum) ale căror titluri se negociau în basilici special construite în acest scop.

Vânzarea acțiunilor se făcea prin argentarii, un fel de precursori ai agenților de schimb de azi.³

Acțiunile tranzacționate la bursa sunt titluri ce atestă un drept de proprietate asupra unei părți a capitalului social al societății emitente. Proprietarul acțiunilor este deținătorul unei părți din societatea emitentă, proporțional cu numărul de acțiuni.

Pe lângă dreptul de proprietate, acțiunile conferă și alte drepturi, dintre care cele mai importante sunt:

- dreptul de a primi în fiecare an o cotă parte din profitul societății (sub formă de dividende) corespunzătoare cu numărul de acțiuni deținute și cu partea din profit alocată de conducerea societății pentru plata dividendelor;
- dreptul la informare cu privire la evoluția economico-financiară a firmei emitente;
- dreptul de a participa la hotărârile importante cu privire la activitatea societății, precum și la conducerea societății, prin participarea la Adunările Generale ale Acționarilor (AGA), respectiv prin posibilitatea de a alege și de a fi ales în consiliul de administrație al societății;
- drept de proprietate asupra unei părți a activelor societății, în cazul lichidării acesteia (încetării funcționării).

Emisiunea de acțiuni are drept scop atragerea de capitaluri financiare pentru constituirea sau majorarea capitalurilor sociale ale unor societăți comerciale. Aceste emisiuni de acțiuni au loc fie prin exprimarea acestora în moneda națională, fie în valută.

1.1 Evoluția pieței acțiunilor

Sfârșitul anului 2000 poate fi considerat ca piatră de hotar ce a marcat inversarea trendului evoluției pieței acțiunilor. Principala cauză a stopării declinului poate fi considerată atingerea unor minime de tranzacționare incredibile pentru o piață bursieră normală, (semnificativ poate fi exemplul acțiunilor SIF care se tranzacționau la prețuri ce determinau capitalizări ale emitentilor ce depășeau cu puțin 50% din suma lichidităților - depozite bancare și titluri de stat - deținute de către acetia).

De asemenea, ieșirea cu bine din criza financiară a anului 1999 precum și schimbările politice produse în anul 2000 au fost factori de natură a impulsiona evoluția de ansamblu a pieței bursiere.

Vara anului 2001 a marcat revenirea pieței acțiunilor la un trend crescător, odată cu scăderea dobânzilor pe piața bancară și mai ales prin perceperea unei predictibilități și pe viitor a acestui fenomen (fapt confirmat în anii următori). De remarcat că politica fiscală de încurajare a exporturilor românești (prin impunerea unei cote mult reduse profitului rezultat din astfel de operațiuni) a avut și ea un rol important în îmbunătățirea evoluției societăților cotate și implicit a atractivității lor pentru investitori.

³ Popa Ioan - "Bursa", vol. I, Ed. Adevarul, Bucuresti,

Legiferarea unui nou cadru legislativ pe parcursul anului 2002, mult mai bun decât cel precedent, a avut darul de a consacra piața bursieră ca alternativă viabilă pentru plasarea fondurilor investitorilor, iar odată cu acest fapt a născut speranța că piața de capital românească să fie capabilă a-și juca rolul său fundamental în economie: facilitarea întâlnirii cererii și ofertei de capital pe termen mediu și lung.

În acest context, anul 2002 a însemnat un an de maxime pentru piața bursieră românească, atât la nivelul valorilor tranzacționate și a indicilor bursieri, dar mai ales la nivelul percepției publicului larg față de fenomenul bursier.

A urmat o perioadă de boom, în anii 2003, 2004, 2005 și 2006 piața bursieră a bătut record după record și a început să se contureze un scenariu respectat cu destul de mare fidelitate în fiecare an: creșteri accelerate în primele luni, corecții spectaculoase în primăvară, o perioadă de relaxare, urmată de noi creșteri cu noi maxime istorice în ultima parte a anului. De la începutul lui 2003 și până la finalul anului 2005 indicii BET și BET-C au crescut de până la 5 ori. Din ce în ce mai multe fonduri străine s-au îndreptat spre România, încurajate aderarea la Uniunea Europeană, de dezvoltarea economică a multor companii de talie mare (raportarea unor rezultate financiare în creștere), de privatizări, de dizolvarea unor asociații PAS etc. Totodată au crescut investițiile autohtone, numărul de tranzacții, numărul de conturi deschise, rulajele efectuate pe bursă, capitalizarea pieței.

Cu o dezvoltare rapidă pe parcursul a câtorva ani, piața de capital a redevenit atractivă și vizibilă în același timp, pe măsură ce inhibiția generată de evenimentele din trecut se diminuează și în condițiile în care dobânzile bancare deveneau din ce în ce mai puțin satisfăcătoare. Un element comun al anilor 2003-2004 au fost repetatele delistări de societăți de la bursă. Legislația de atunci obliga acționarii care depășeau pragul de 90% să lanseze oferta publică de preluare în vederea delistării societății, astfel că mulți acționari au inițiat astfel de oferte. Companii ca Arctic Găești, Dacia Pitești și, ulterior, Terapia Cluj Napoca sunt doar cele mai mari societăți care au fost delistate, la vremea lor ocupând ponderi semnificative din capitalizarea pieței. Au fost pierderi însemnate pentru piață, mai ales că după delistare cele trei companii au cunoscut evoluții spectaculoase la nivelul rezultatelor financiare.

În anul 2009 piața de capital a înregistrat o revenire importantă, după scăderile mari din anul 2008 cauzate de criza financiară. O bună parte din acțiunile listate pe piața reglementată a Bursei de Valori București (BVB) au înregistrat creșteri semnificative, însă prețurile au recuperat doar în parte pierderile din 2008, iar lichiditatea a continuat să scadă în primul trimestru.

În contextul crizei financiare, în anul 2010 piața de capital a înregistrat o perioadă de stagnare, după scăderile importante din 2008 și revenirile parțiale din 2009.

Un eveniment interesant, ce poate influența semnificativ dezvoltarea pieței bursiere, este înființarea Fondului Proprietatea, care are ca scop despăgubirea proprietarilor deposedați de regimul comunist, cărora nu li se mai pot restitui în natura averile confiscate.

Fondul funcționează ca persoană juridică de la sfârșitul anului 2005 și deține în portofoliul său acțiuni la 114 companii de stat, capitalul social ridicându-se la aproximativ 3,9 miliarde de euro. Listarea fondului la bursă (fără de care procesul de despăgubire este practic imposibil) s-a lovit de mai multe piedici, dintre care poate cea mai importantă este obligativitatea că toate societățile din portofoliul fondului să fie listate. Fondul Proprietatea a fost listat în luna ianuarie a anului curent - 2011, la Bursa de Valori București. Fondul a emis 13,7 miliarde de acțiuni, cu o valoare nominală de un leu. Acesta are acțiuni în valoare de 3,6 miliarde de euro la peste 80 de companii de stat, majoritatea din sectorul energetic

În ultimii ani au mai fost o serie de evenimente ce au influențat piața de capital, enumerând succint câteva dintre ele: privatizarea Petrom (cea mai mare companie din România) prin achiziția pachetului de control de către OMV Austria, fuziunea celor două burse, prin absorbirea Bursei Electronice Rasdaq de către Bursa de Valori București, privatizarea Băncii Comerciale Române (nelistată, dar la care SIF-urile au câte 6%, deci cu impact asupra segmentului SIF) și, nu în ultimul

rând, aderarea României la Uniunea Europeană (cu toate că piața a reacționat cu mult înainte ca aceasta aderare să aibă loc efectiv, la 1 ianuarie 2007).

Spre deosebire de delistările din perioada 2001-2003, în luna aprilie a anului 2006, a fost listată la bursă compania Transelectrica, monopolul de stat în transportul energiei electrice. Statul român a anunțat de câțiva ani intenția de a lista mari companii din portofoliul său, cum ar fi Romgaz, Transgaz, Electrica, Portul Constanța, Romtelecom, Aeroportul Henri Coandă, însă până acum s-a materializat doar Transelectrica. Listarea a fost un real succes, cursul acțiunilor s-a dublat în câteva luni față de prețul din oferta publică inițială, iar în prima zi de tranzacționare la bursa a crescut cu peste 35% față de prețul din oferta. Statul român nu a vândut nici măcar o acțiune și în schimb și-a dublat valoarea pachetului deținut la Transelectrica.

Este foarte posibil ca, în condițiile în care bursa românească a intrat în normalitate, să se contureze în viitor o nouă fază pe piața de capital din România, un val de noi listări la bursă, de care aceasta are atâta nevoie.

1.2 Analiza financiară a acțiunilor

Practica financiară ne arată că orice societate comercială cotate pe piața financiară secundară-bursiera sau extrabursiera- are obligația de a publica un raport anual asupra ultimului exercițiu financiar încheiat și ultimii ani care cuprind informații referitoare la:

- ✓ Bilanțul exercițiului încheiat și pe ultimii doi ani
- ✓ Conturile de rezultate ale ultimilor doi ani
- ✓ Anexe la bilanț

Pornind de la conturile de rezultate se poate calcula pentru exercițiile financiare ale celor doi ani evoluția cifrei de afaceri, a rezultatului de exploatare a beneficiului net, a cash-flow-ului, etc, acestea permițând evacuarea posibilităților de creștere ale societății, precum și evaluare titlurilor financiare cu venit variabil.

Termenul de analiza fundamentală se explică singur în multe privințe. Așadar, această analiză implică analiza situației financiare a societății, luând în considerare mai mulți factori. Obiectivele analizei fundamentale sunt ori să evalueze activele unei societăți, ori să estimeze profiturile posibile ale societății în următorii doi ani.⁴

Diferența dintre analiza situației financiare și analiza capitalului social este aceea că analiza situației financiare este baza unei bune analize a situației capitalului social, este mai mult decât simpla studiere valorică a conturilor societății. Un analist trebuie să țină seama întotdeauna de:

- ❖ Tipul industriei din care face parte societatea;
- ❖ Cât de ciclica este activitatea societății;
- ❖ Dacă managementul societății este potrivit pentru demersurile acesteia;
- ❖ Este societatea dominată de o singură persoană și dacă aceasta pleacă, cum va influența acest lucru mersul societății?
- ❖ Este societatea capabilă să se conducă singură sau beneficiile ei sunt influențate de alți factori (prețuri internaționale, politici de guvern)?
- ❖ Care sunt punctele tari și punctele slabe ale unei societăți?

Analistul pe probleme fundamentale studiază dezvoltarea anumitor tipuri de industrie și a anumitor societăți. El cercetează costurile asupra profitului, performanțele manageriale, producția și situația financiară.

Majoritatea analiștilor se concentrează pe studierea viitoarelor posibile profituri, decât a dividendelor cuvenite sau a activelor, considerând că mărirea profitului determina creșterea valorii acțiunilor. Folosind această metodă, rămâne un spațiu larg pentru interpretări și judecăți subiective,

⁴ Alexandru Olteanu, Madalina Antoaneta (Olteanu) Radoi – Piete de capital, Ed Colectia Carte Universitara, anul 2007, Bucuresti, editia a 2-a revizuita si adaugita

din acest motiv existând mereu diverse opinii în ceea ce privește valoarea unei acțiuni, precum și rolul și impactul nivelului indicelui general al pieței (vezi grafic 1.1)

Sursa: BVB.ro



Graficul 1.1.Evoluția indicelui BET⁵

Sursa:BVB.ro



Graficul 1.2. Evoluția indicelui BET-C⁶

⁵ Bucharest Exchange Trading, ce a fost creat pentru a reflecta tendința de ansamblu a prețurilor celor mai lichide și mai solide 10 acțiuni tranzacționate la Bursa de Valori București.

⁶ BET-C - a fost creat datorită necesității unei reprezentări complete a evoluției prețurilor titlurilor tranzacționate la Bursa de Valori București, fiind calculat pe baza tuturor societăților cotate la bursă;

1.3 *Examinarea stadiului actual al pieței acțiunilor*

Piața de capital beneficiază acum de un nou cadru de reglementare, și anume (“Legea nr. 297 privind piața de capital”), care include prevederi referitoare la:

- ❖ deschiderea unor noi oportunități pentru piață;
- ❖ impunerea unor standarde de transparență mai ridicate pentru emitenți;
- ❖ asigurarea unui nivel mai ridicat de protecție al investitorilor;
- ❖ instituirea contextului de reglementare necesar pentru implementarea unor noi instrumente și tehnici de tranzacționare.

Deși valorile tranzacționate și capitalizarea bursieră sunt sensibil mai mari decât cele din anii precedenți, ele continuă să se mențină încă la nivele scăzute, din punct de vedere al comparațiilor cu piețele țărilor din jurul nostru. Din perspectiva unei abordări generale, se poate afirma că piețele emergente din țările din Europa Centrală și de Est au fost caracterizate, în linii generale, de elemente similare, comune unor piețe în formare.

O analiză punctuală relevă, însă faptul că o serie de particularități diferențiază semnificativ evoluția acestora comparativ cu piața bursieră românească din perspectiva contextului general aferent piețelor bursiere (specific național, ritm de derulare a reformelor economice, etc.).

Principalele elemente care au făcut ca țări precum Ungaria, Polonia sau Cehia să fie la un nivel net mai avansat decât al nostru, în ceea ce privește dezvoltarea pieței bursiere pot fi considerate următoarele:

- avantaje de start de ordin economic (performanțe economice superioare și un anumit nivel de deschidere a economiilor respective);
- avantaje de timp (redeschiderea acestor burse a fost anterioară bursei românești);
- un ritm susținut de privatizare care a asigurat premisele consolidării unei economii de piață eficiente și a unei piețe bursiere funcționale ;
- aderarea mai timpurie la Uniunea Europeană.

Situația sintetică comparativ cu țările mai sus menționate (cu care ne comparăm în acest moment) este redată în tabelele de mai jos (date din ianuarie 2010)⁷:

<i>Tara</i>	<i>Valoare tranzacționată (mil Euro)</i>	<i>Capitalizare (mld Euro)</i>	<i>Indice</i>	<i>Variație 2010</i>	<i>Variație lunară</i>	<i>Variație 12 luni</i>
România	108,50	24,00	BET 5065,43	7,99%	7,99%	124,83%
Rep Ceha	1443,33	51,32	PX 1176,70	5,32%	5,32%	51,99%
Ungaria	1735,61	21,79	BUX 21831,46	2,85%	2,85%	89,57%
Bulgaria	9,26	5,73	SOFIX 435,50	1,93%	1,93%	51,85%
Austria	6371,05	98,58	ATX 2493,53	-0,08%	-0,08%	43,62%
Polonia	7191,18	174,04	WIG20 2382,64	-025%	-0,25%	49,39%

La momentul actual bursa românească are ca parametri o capitalizare totală de 19 miliarde EUR, o valoare medie zilnică a tranzacțiilor de peste 11 milioane EUR și o creștere a indicelui

⁷ Sursa: SSIF Prime Transaction

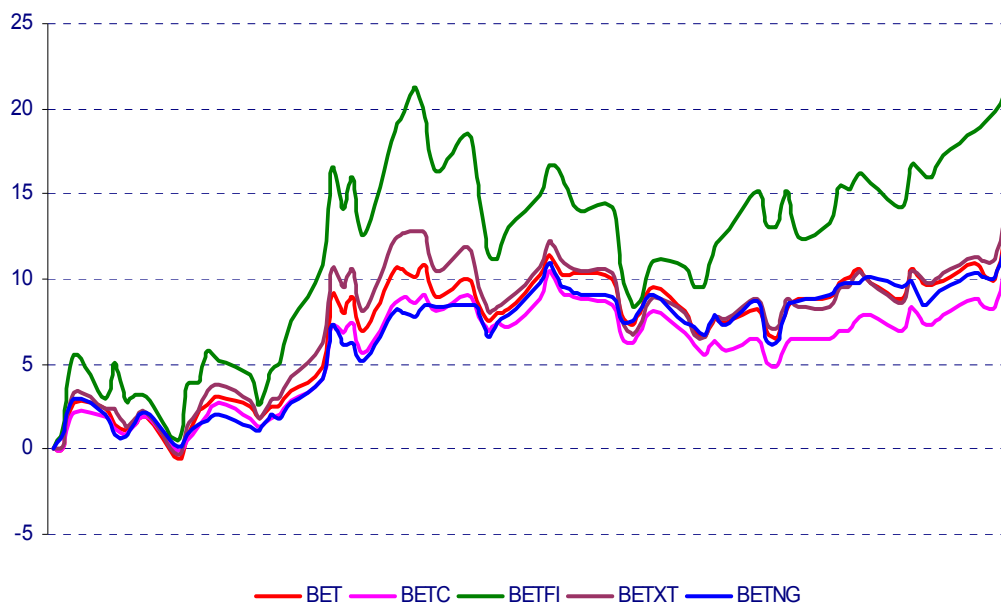
compozit BET-XT⁸ de circa 67% în 2009; în data de 4 februarie 2011, indicele BET-XT a înregistrat o capitalizare de 11.121.044.585,47 RON.

În afară de parametri actuali, majoritatea investitorilor, analiștilor sau a unor lideri de opinie se așteaptă la evoluții bune, văd piața de capital la un potențial ridicat.

De exemplu, raportul dintre capitalizare și totalul activelor bancare în România este de 26,2%, în timp ce în Cehia se ridică la 29,9% și în Polonia la 64%, în timp ce în Ungaria, țara cu un sistem bancar foarte dezvoltat, este 17,3%. Mai concludent este raportul dintre capitalizare și PIB, care la noi este de aproximativ 18,05%, în timp ce în Republica Ceha depășește 33,9%, iar în Polonia se ridică la 55,7 de procente.

În cel de-al treilea trimestru al anului 2010, indicii bursieri ai pieței reglementate administrată de către Bursa de Valori București S.A. au confirmat tendința de revenire conturată pe finalul primei jumătăți a anului în curs.

Dintre cei cinci principali indici ai BVB, cea mai importantă ascensiune din intervalul analizat a fost consemnată de indicele sectorial BET-FI, care la finalul ultimei ședințe de tranzacționare din Trim. III 2010 a fost calculat pentru 24.021 puncte, cu +21% peste nivelul din urmă cu trei luni. BET-FI a recuperat integral pierderea pe care o înregistrase în prima parte a anului, așa cum de altfel s-a întâmplat și cu ceilalți indici ai BVB.



Graficul 1.3. Evoluția indicilor BVB% Trimestrul III 2010⁹

1.3 Influența pozitivă a pieței de capital asupra economiei

Dintr-o perspectivă mai largă, piața de capital are și rolul de a contribui indirect la restructurarea economiei reale. Prin selectarea și finanțarea doar a acelor proiecte care, sunt de natură să aducă câștiguri superioare celor din ramurile tradiționale de producție, investitorii vor favoriza

⁸ BET-XT este un indice blue-chip și reflectă evoluția prețurilor celor mai lichide 25 de companii tranzacționate în segmentul de piață reglementată, inclusiv SIF-urile, ponderea maximă a unui simbol în indice fiind de 15%. Metodologia sa permite acestuia să constituie drept activ suport pentru instrumente financiare derivate și produse structurate.

⁹ Sursa: Raport Bursa de valori București (BVB)

dezvoltarea acelor sectoare economice capabile să creeze valoare adăugată mare. O piață de capital care funcționează corect, realizează în mod continuu acest proces de selecție, ceea ce oferă suplețe unei economii naționale în adaptarea la modificările care apar în structura cererii de bunuri și servicii, în plan intern și internațional.

Bursele au apărut ca o necesitate stringentă, urmare a dezvoltării relațiilor de schimb și implicit a economiei în ansamblu. Considerentele care subliniază necesitatea acestei instituții sunt: reunirea într-un același spațiu al schimburilor comerciale; asigurarea unui caracter public și reglementat pentru desfășurarea tranzacțiilor; consacrarea banilor de hârtie și a titlurilor (hârtiilor de valoare) și nu în ultimul rând dezvoltarea operațiunilor la termen.

Din cele de mai sus menționate se desprinde clar rolul principal al piețelor bursiere și anume acela de finanțare a economiei (în speță a agenților economici) prin mobilizarea capitalurilor pe termen mediu și lung. De asemenea, un alt rol important al bursei este acela că aceasta îmbunătățește circulația capitalurilor, titlurile financiare putând fi ușor transformate în lichidități sau schimbate în alte titluri, prin vânzarea sau revânzarea lor pe această piață.

Cea mai importantă funcție a bursei este aceea că aici se efectuează tranzacțiile cu hârtiile de valoare, emise și plasate inițial pe piața primară de capital. După ce titlurile au fost emise și plasate la investitori, acestea pot fi tranzacționate liber la bursă datorită caracterului lor negociabil.

O altă funcțiune importantă a bursei este aceea că asigură lichidități pentru economie. Existând posibilitatea tranzacționării libere a hârtiilor de valoare, cele anterior cumpărate pot fi vândute și astfel ușor transformate în bani garantând astfel investitorului că își poate recupera fondurile bănești plasate, bineînțeles la valoarea pe care o au la data respectivă pe piață. De asemenea, bursa este locul și instrumentul unor reorganizări și restructurări sectoriale importante. Pe piața bursieră are loc o redistribuire a finanțărilor în cadrul economiei: fondurile financiare sunt orientate spre domeniile mai rentabile sau de perspectivă, deoarece un investitor poate foarte ușor să vândă aici titlurile pe care nu le mai considera a fi un plasament foarte bun și, să investească într-un sector pe care-l considera mai atractiv.

Un alt aspect interesant este cel al achizițiilor de companii și a fuziunilor pe piața bursieră care sunt tot mai frecvente.

Bursa facilitează aceste operațiuni și principalul instrument prin care se realizează sunt Ofertele Publice de Cumpărare ("tender offer"). Oferta Publică de Cumpărare este operațiunea derulată printr-o societate de intermediere, prin care un investitor anunța că este dispus să cumpere parțial (un anumit procent) sau toate acțiunile de pe piața ale unei societăți comerciale în care este interesat, la un preț ferm și într-o perioadă bine delimitată. Astfel au loc majoritatea preluărilor, transferurilor și fuziunilor pe piața bursieră.

La bursa se stabilește și se afișează în permanență prețul de vânzare-cumpărare al valorilor mobiliare cotate. Piața bursieră oferă informații sistematice privind cursul titlurilor financiare cotate și, astfel, implicit informații despre societățile listate și chiar despre economia respectivă în ansamblu.

În acest sens un indicator important este capitalizarea bursieră a unei firme listate, care arată valoarea de piață a companiei respective: se calculează prin înmulțirea numărului total de acțiuni ale firmei respective cu, cursul de piață al acestora. Pentru a evalua dimensiunile unei piețe bursiere se poate calcula și capitalizarea bursieră totală adunând toate valorile de bursă (capitalizările bursiere) ale societăților listate pe piața respectivă.

Așadar, bursa reflectă în termeni exacti, situația de ansamblu a unei economii, precum și tendințele și perspectivele acesteia.

Propuneri

Lipsa de adâncire a pieței de capital, pe lângă influența crizei financiare actuale, este determinată printre altele și de nelistarea unor mari companii, îndeosebi cele din sectorul public (Romgaz, Hidroelectrica) dar și unele companii din sectorul privat (Romtelecom sau/și RDS-RCS),

precum și întârzierea listării Fondului Proprietatea, care are în componență mari companii precum S.C. Hidroelectrică S.A.; S. N. Nuclearelectrică S.A.; C.N.T.E.E. Transelectrică S.A.; S.C. GDF Suez Energy România S.A.; S.C. OMV Petrom S.A.; C. N. Aeroporturi București S.A etc. În fapt, Bursa de Valori București, contribuie la finanțarea dezvoltării economiei României cu până la 2%, față de bursele din țările dezvoltate, unde contribuția este de peste 60%.

Se propun măsuri mai ferme și imediate din partea Guvernului, pentru listarea celor mai multe dintre companiile publice. De asemenea, se impune reducerea în continuare, de către Comisia Bursei a nivelului costurilor de tranzacționare pentru atragerea cât mai multor investitori, îndeosebi străini.

Referințe bibliografice

- Alexandru Olteanu, Madalina Antoaneta (Olteanu) Radoi – Piete de capital, Ed Colectia Carte Universitara, anul 2007, Bucuresti, editia a 2-a revizuita si adaugita
- Madalina Antoaneta Radoi- Gestiune bancara, Editura Economica, Bucuresti 2009
- SSIF Prime Transaction
- Francu Marin “Piata de capital”, Editura Tribuna Economica,
- Dufleux Claude, “ Piete financiare“, Editura Economica, 2002
- Anghelache G., Dardac N., Stancu I. „Piete de capital si burse de valori”, Editura Adevarul, Bucuresti
- Popa Ioan – “Bursa. Vol I”, Colectia Bursa, Bucuresti, pag. 37;
- Anghelache Gabriela – “Piata de capital. Caracteristi, evolutii, tranzactii”, editura Economica, Bucuresti, 2004, pag. 13;
- Grigoriu Cornel – “Piata de capital. Mica enciclopedie”, editura Expert, Bucuresti, 2001, pag. 142;
- www.bvb.ro

EVOLUȚIA PIETEI CARDURILOR ÎN ROMÂNIA

Loredana Simona BERTA*

Abstract

The cards have become the preferred tools for running small and medium value payments initiated by individuals holding bank accounts, which formed in advanced countries an important part of banking customers. The advent of the cards had an important role in attracting by the banks of all individuals, from those with modest incomes to multi-millionaire, from students to retirees,, from those with secondary education to professionals or executives. All have appreciated this payment instrument a possibility to keep your money safe, to gain time and freedom of action, to obtain credit more easily and to buy more. The success of the card was fast and the results speak for themselves. In 2008, in the 27 States of the European Union already existed more than 728 million active cards at a population of 501 million, which means a «density» of 1.43 cards/capita in the EU. On 7 January, there were 23 888 active cards, and their number has increased to 46 813 in late July. The Romanian bank card market went up by 1 million units, between March 2008 and March 2009, according to data supplied by the National Bank of Romania - BNR.

Cuvinte cheie: cards, customers, money, market

Introducere

Transferul electronic al fondurilor reprezintă o inovație recentă, o preocupare majoră în domeniul financiar-bancar. Principala dar și prima formă de manifestare în concret a monedei electronice este cardul.

Originea cardurilor este foarte greu de detectat, dar toți specialiștii sunt de părere că Statele Unite ale Americii a fost locul unde au apărut primele manifestări ale acestui nou tip de instrument de plată. Primul articol apărut pe această temă datează din 1880 când scriitorul American Edward Bellanz în lucrarea sa “Looking Backorde” imaginase că în anul 2000 banii vor fi înlocuiți cu carduri având o valoare predeterminată, ce ar permite titularilor lor să obțină un credit. Cardurile au devenit instrumente preferate pentru derularea platilor de valori mici și medii inițiate de persoane fizice deținătoare de conturi bancare, care formează în țările avansate o parte importantă a clientelei bancare.

Apariția cardurilor a avut un rol important în atragerea de către bănci a tuturor categoriilor de persoane, de la cei cu venituri modeste către multimilionari, de la studenți la pensionari, de la cei cu pregătire medie până la specialiști sau cadre de conducere. Cu toții au apreciat în acest instrument de plată o posibilitate de a-și păstra banii în siguranță, de a câștiga timp și libertate de acțiune, de a obține credite mai ușor și de a cumpăra mai mult. Succesul cardului a fost rapid și rezultatele vorbesc de la sine. În 2008, în cele 27 de state ale Uniunii Europene existau deja peste 728 milioane de carduri active la o populație de 501 milioane, ceea ce înseamnă o « densitate » de 1,43 carduri/cap de locuitor din UE.

În România, după 15 ani de la emiterea primului card, exista peste 12 milioane de carduri active pe piață.

Cele mai importante evenimente pe piața românească a cardului sunt următoarele :

- 1995 – apariția primului card bancar de debit din România, emis de BRD (cardul Prima)
- 1999 – Romanian International Bank lansează pimul card de credit din România

* Loredana Simona Berta, Facultatea de Stiinte Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti; (e-mail: berta.loredana@yahoo.com).

Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect.univ.dr.. Sudacevschi Mihaela

2002- Bancpost lansează cardul Taifun, primul card virtual românesc destinat plăților online pe internet

2003- Credit Europe Bank lansează CardAvantaj, primul card de cumpărături de tip proprietar din România

2005- ProCredit Bank lansează primul card cu cip de pe piața românească

2008- GarantiBank lansează în premieră pe piața bancară din România instrumente de plată contactless echipate cu tehnologia MasterCard cu PayPass

2010-BRD lansează « A-LA-CARTE », primul card personalizabil.

Conținutul propriu-zis al lucrării

Cardul este amplu reglementat de Banca Națională a României prin Regulamentul nr 6/2006 privind emiterea și utilizarea instrumentelor de plată electronică și relațiile dintre participanții la tranzacțiile cu aceste instrumente¹, plățile fiind unul din cele patru resorturi fundamentale din aria de competență a acesteia: monetar, valutar, credit, plăți.

În regulamentul menționat, cardul este definit ca “un instrument de plată electronică, respectiv un suport de informație standardizat, securizat și individualizat, care permite deținătorului său să utilizeze disponibilitățile bănești proprii dintr-un cont deschis pe numele său la emitentul cardului, ori să utilizeze o linie de credit în limita unui plafon stabilit în prealabil, deschisă de emitent în favoarea deținătorului cardului, în vederea desfășurării, cumulativ sau nu, a următoarelor operațiuni:

- Retrageri de numerar;
- Plata bunurilor sau a serviciilor achiziționate de la comercianții acceptanți și plata obligațiilor către autoritățile administrației publice reprezentând taxe, impozite, amenzi, penalități etc;
- Transferurile de fonduri între conturi, altele decât cele ordonate și executate de instituțiile financiare, efectuate prin intermediul instrumentului de plată electronică.”²

Cardul bancar sau cartea de plată, cum mai este numit, a fost creat în urmă cu mai bine de 30 de ani și prin natura sa a avut un impact important asupra modului tradițional de efectuare a plăților și implicit asupra întregii vieți economice și sociale. Cardul a devenit în scurt timp cel mai profitabil și des utilizat produs financiar, estimându-se că la ora actuală circulă în lume aproximativ 1 mld. de carduri. Așadar, se poate afirma faptul că, această carte de plată denumită generic “card” este profitabilă pentru bancă și convenabilă pentru client.

Cardurile au devenit instrumente preferate pentru derularea plăților de valori mici și medii inițiate de persoane fizice deținătoare de conturi bancare, care formează în țările avansate o parte importantă a clientelei bancare.

Cardurile, indiferent de funcțiunile îndeplinite, au o serie de trăsături comune care le conferă uniformitate tehnologică și recunoaștere universală.

În țările dezvoltate, publicul poate alege dintre mai multe tipuri de carduri care sunt puse la dispoziție de bănci și de organizații specializate. Ca o tendință în politica de promovare a cardurilor, companiile emit, de regulă, carduri structurate pe clase de clienți (în funcție de venituri) și/sau facilități oferite. Cardul este o inovație revoluționară care a putut fi aplicată datorită progreselor deosebite în domeniile informatic și electronic în măsură să faciliteze schimbul de fonduri prin tehnici electronice între partenerii de tranzacții prin intermediul băncilor.

¹ Abrogă Regulamentul nr 4/2002 privind tranzacțiile efectuate prin intermediul instrumentelor de plată electronice și relațiile dintre participanții la aceste relații

² Regulamentul nr 6/2006 privind emiterea și utilizarea instrumentelor de plată electronică

“Piața cardurilor din România se află în plină expansiune, înregistrând în special în ultimii ani, performanțe remarcabile atât în ceea ce privește numărul de utilizatori ai acestui instrument de plată, dar și privind nivelul volumului sau numărului de tranzacții. În ciuda unui context economic dificil, piața cardurilor bancare a avut o evoluție pozitivă în anul 2009³”.

Cele mai recente date ale Băncii Naționale a României (BNR) arată că numărul de carduri active aflate în circulație era de peste 11 milioane la sfârșitul lui 2009. De asemenea, populația activă a României deține, în medie, aproximativ 1,2 - 1,5 carduri de persoană, potrivit unui studiu "MasterCard".

La sfârșitul anului 2009, datele BNR au arătat faptul că numărul de tranzacții de plată cu cardurile de debit ajunsese la 18,94 milioane, de la 13,93 milioane în primul trimestru din 2009, iar numărul tranzacțiilor de plată cu carduri de credit a crescut la 4,22 milioane, de la 4,03 milioane în primul trimestru al anului trecut. În ceea ce privește retragerile de numerar de la ATM-uri, s-a menținut și aici o tendință crescătoare respectiv 51,08 milioane.

De la începutul lui 2009, piața românească a cardurilor a intrat într-o perioadă de rafinare a portofoliilor. Accentul băncilor s-a mutat de la extinderea cantitativă pe zona cardurilor către impulsivitatea utilizării acestor produse și dezvoltarea calitativă a portofoliilor. Acest lucru s-a văzut prin scăderea numărului de carduri valide din piață la 12,8 milioane, la finalul lui 2009, de la 13,5 milioane în 2008. Prima jumătate a lui 2010 a menținut numărul de carduri în circulație la un nivel apropiat, chiar dacă în această perioadă s-au emis încă aproximativ 1,25 milioane de carduri. Creșterea portofoliului de carduri valide în primul semestru a fost marginală, de 0,6%, de la 12,8 milioane, la 12,9 milioane de carduri.

Regresul consemnat de piața cardurilor în 2009 a fost susținut în principal de diminuarea numărului de instrumente de plată cu funcție de credit cu peste 470.000 de unități. Cardurile de debit nu au avut aceeași scădere agresivă, numărul lor reducându-se anul trecut cu aproape 160.000 de bucăți. Însă, în anul 2010 a avut loc un reviriment vizibil pentru piața cardurilor pe ambele tipuri de instrumente de plată.

Există o segmentare a pieței cardurilor autohtonă, între marii emitenți, cu portofolii de peste un milion de carduri – BCR, BRD, Raiffeisen Bank, Banca Transilvania –, și băncile din eșalonul secund al acestui sector, cu un portofoliu mai redus. Primul semestru al anului 2010 a evidențiat o diferență de evoluție între cele două segmente. Astfel, la nivelul a trei bănci din primul eșalon portofoliul de carduri s-a restrâns sau a rămas aproape neschimbat ca volum. Această situație de la nivelul BCR, BRD și Raiffeisen se datorează restrângerii portofoliului de carduri de debit.

Per ansamblu, 2009 a fost un an bun pentru piața de profil: numărul de pos – uri a crescut, numărul de carduri și tranzacții a crescut. Acest trend s-a menținut, într-o anumită măsură, și în primele șase luni ale anului 2010.

Evoluția pieței cardurilor poate fi explicată pe mai multe niveluri, printre care:

1.1 Portofoliul de carduri valide în circulație

Datele furnizate de instituțiile de credit și IFN-uri, centralizate de către BNR, au scos în evidență faptul că portofoliul de carduri valide în circulație la 30 iunie 2010 s-a menținut în continuare sub nivelul înregistrat la finele trimestrului IV din 2008 – perioadă în care România a intrat în criză. Concret, la sfârșitul semestrului I din 2010, erau 618.000 de carduri mai puțin în circulație.

Aspectul pozitiv este însă dat de faptul că, în această perioadă, s-a îmbunătățit substanțial gradul de activare al cardurilor. Astfel, ponderea cardurilor active (utilizate cel puțin o dată în perioada de valabilitate a cardului) în total carduri valide în circulație a crescut de la 81,5% în trim. IV 2008 la 88,7% în trim. II 2010 – cel mai înalt nivel înregistrat vreodată în istoria pieței cardurilor din România.

³ Denisa Mateescu, General Manager pentru România și Regiunea Balcanilor, "MasterCard" Europe

Dată (sfârșit de perioadă)	Carduri valide în circulație	Carduri cu funcție de debit	Carduri cu funcție de credit	Carduri active
	(unități)	(unități)	(unități)	(unități)
Iun. 2010	12.966.412	10.707.259	2.263.926	11.497.729
Măr. 2010	12.785.598	10.534.964	2.252.475	11.446.976
Dec. 2009	12.886.339	10.642.463	2.248.892	11.536.052
Sep. 2009	12.854.541	10.628.456	2.268.202	11.458.510
Jun. 2009	12.740.072	10.496.084	2.282.174	11.369.278
Măr. 2009	13.336.814	10.532.275	2.752.026	10.955.727
Dec. 2008	13.584.130	10.802.445	2.719.048	11.075.764

Sursa :BNR

1.2 Acceptarea la plată a cardurilor

Începând cu trimestrul III al anului 2009, numărul de POS-uri instalate la comercianți a crescut continuu astfel că a depășit pragul de 100.000 de terminale. Împreună cu automatele bancare, rețeaua de terminale care acceptă cardurile la tranzacționare se ridică la peste 111.000. Ritmul de dezvoltare al rețelei păstrează în continuare un raport de 10 POS-uri la un ATM.

Data (sfârșit de perioadă)	Numărul de ATM	Numărul de POS	Numărul de EFTPOS
	(unități)	(unități)	(unități)
Iunie 2010	9.954	101.354	94.802
Martie 2010	9.824	98.820	92.516
Decembrie 2009	9.702	98.522	92.104
Septembrie 2009	9.685	96.434	89.861
Junie 2009	9.553	98.879	92.252
Martie 2009	9.376	94.740	88.322
Decembrie 2008	9.246	90.655	84.134

Sursa: BNR

1.3. Plăți la comercianți

În privința utilizării cardurilor de credit, evoluția poate să pară negativă la prima vedere, cu o ușoară scădere: 3,95 milioane tranzacții în trim. II 2008, perioada anterioară crizei, fata de 3,91 milioane tranzacții în trim. II 2010.

Acesta este însă un semn bun, mai ales dacă luăm în calcul faptul că între iunie 2008 și iunie 2010, cardurile de credit din circulație s-au redus cu aproximativ 240.000. Acest lucru poate fi pus pe seama comisionului 0 (zero) la retragerile de numerar, precum și mărirea perioadei de grație de către băncile emitente. Perioada de grație este unul dintre avantajele cardurilor de credit. În fapt, perioada de grație reprezintă perioada de timp pe care deținătorul creditului o are la dispoziție pentru a returna suma folosită fără a plăti nici un fel de dobândă. Perioada de grație se aplică în general pentru sumele cheltuite prin plată cu cardul la comercianți sau pe internet, iar în cazul anumitor bănci și pentru retragerea de numerar din limita de credit.

Băncile oferă din ce în ce mai multe servicii, facilități și bonusuri atașate cardurilor de credit. Și acest lucru poate constitui un motiv al creșterii utilizării cardurilor de credit.

Băncile oferă asigurări pe cardul de credit (asigurare medicală pentru călătoriile în străinătate, asigurare a cumpărăturilor realizate în călătorie, asigurare pentru întârzierea sau pierderea zborului, asigurare în cazul pierderii cardului-inlocuirea cardului fără nici un cost suplimentar etc), bonusuri și reduceri (o parte dintre bănci practică sisteme de loializare și fidelizare a deținătorilor de carduri de credit și impulsionează plățile cu aceste instrumente la comercianți), reduceri în magazinele

partenerie (băncile acordă astfel de reduceri în cazul în care clientul plătește cu cardul de credit în anumite magazine, cu care instituția are încheiate anumite parteneriate), bonusuri la cumpărături (la fiecare plată cu cardul, banca oferă utilizatorului un bonus – sub formă de puncte, de cele mai multe ori).

Perioada de tranzacționare	Plăți cu carduri cu funcție de debit	Plăți cu carduri cu funcție de credit
	(milioane)	(milioane)
Trim. II 2010	20.77	3.91
Trim. I 2010	19.34	3.56
Trim. IV 2009	18.94	4.22
Trim. III 2009	17.81	4.22
Trim. II 2009	14.74	4.13
Trim. I 2009	13.93	3.85
Trim. IV 2008	14.45	4.99
Trim. III 2008	13.67	4.24
Trim. II 2008	12.08	3.95
Trim. I 2008	11.08	4.20

Sursa:BNR

1.4. Retrageri numerar

Indiferent dacă e vorba despre retragerile de la automatele bancare din țară sau la cele din străinătate, numărul de tranzacții efectuate în trim. II 2010 este superior celui înregistrat în aceeași perioadă din 2008, cu o creștere de 3,4% și respectiv 25%.

O posibilă explicație pentru această creștere poate fi mărirea comisioanelor la retragerile de numerar. Pentru stimularea clienților, băncile au redus semnificativ comisioanele pentru retragerile de numerar, iar unele dintre ele au renunțat definitiv la acestea (Garanți Bank și Intesa Sanpaolo – 90 de bancomate fiecare).

Băncile cu o rețea extinsă de bancomate au oferit retrageri fără comision doar în rețeaua proprie.

Perioada de tranzacționare	Retrageri numerar de la ATM din țară cu carduri emise în țară	Retrageri numerar de la ATM din afara țării cu carduri emise în țară
	(milioane)	(milioane)
Trim. II 2010	53.58	0.45
Trim. I 2010	50.04	0.39
Trim. IV 2009	52.26	0.40
Trim. III 2009	52.34	0.47
Trim. II 2009	54.09	0.39
Trim. I 2009	51.08	0.35
Trim. IV 2008	53.69	0.40
Trim. III 2008	52.18	0.47
Trim. II 2008	51.80	0.36
Trim. I 2008	45.98	0.29

Sursa:BNR

1.5 Valoarea plăților la comercianți

Semestrul I din 2010 a consemnat un volum mediu lunar al plăților la comercianți de peste 3,1 mld. lei pe cardurile de debit, în creștere cu 31% fata de sem. I din 2009 (medie lunară de 2,4 mld. lei) și cu 41% față de aceeași perioadă din 2008 (medie lunară de 2,2 mld. lei). În privința sumelor plătite la comercianți pe cardurile de credit, s-s constatat că deși volumele sunt încă departe

față de maximul atins în trim. IV 2008, în primul semestru din 2010 s-a manifestat o tendință de creștere, atât la nivelul trimestrelor consecutive cât și al semestrelor (sem. I 2010/sem.I 2009).

O posibilă explicație pentru revenirea preferinței pentru utilizarea cardurilor de credit din semestrul II al anului 2010, vine din faptul că băncile s-au concentrat destul de mult pe promovarea cardurilor de cumpărături cu accent pe diverse beneficii, printre care și perioada de grație extinsă. Pe de altă parte, oferirea unui serviciu de genul plății în rate, poate argumenta creșterea valorii plăților făcute cu cardul de credit la comercianți, în trim II al anului 2010. Acest serviciu este foarte apreciat și util totodată pentru utilizatorii de card de credit, întrucât da posibilitatea acestora de a achita cu cardul în rate fără dobânda. Acest serviciu, a impulsionat posesorii unui astfel de card de credit să achiziționeze bunuri / servicii la o valoare mai mare, beneficiind totodată de acest avantaj, al scutirii de dobândă. Condiția realizării unei astfel de tranzacții este ca respectivă unitate să dețină un acord de parteneriat cu banca emitentă a cardului de credit.

Perioada de tranzacționare	Plăți cu carduri cu funcție de debit	Plăți cu carduri cu funcție de credit
	(milioane lei)	(milioane lei)
Trim. II 2010	3,290.72	588.93
Trim. I 2010	2,983.11	531.29
Trim. IV 2009	3,181.22	628.56
Trim. III 2009	3,036.60	606.63
Trim. II 2009	2,493.42	572.99
Trim. I 2009	2,302.54	508.43
Trim. IV 2008	2,909.84	897.42
Trim. III 2008	2,737.90	704.91
Trim. II 2008	2,403.80	623.21
Trim. I 2008	2,038.32	547.96

Sursa:BNR

1.6 Valoarea retragerilor de numerar

În primele șase luni din 2010, posesorii de card au efectuat retrageri de numerar în valoare de aproximativ 43,3 miliarde lei (10 miliarde Euro). Tendința de creștere a sumelor retrase a fost mai pronunțată pe automatele bancare din străinătate, de unde românii au retras peste 300 milioane lei (70 milioane Euro) pe trimestru.

Potrivit statisticilor Băncii Naționale, la finele lunii septembrie 2010, numărul cardurilor valide în circulație ajunsese la aproximativ 12,5 milioane, din care majoritatea, respectiv 10,39 milioane, erau carduri de debit.

Motivele pentru care, cardul s-a răspândit atât de rapid și este într-o continuă creștere pot fi analizate din următoarele puncte de vedere: al deținătorilor de carduri, al comercianților și al băncilor.

Avantajele deținătorilor de carduri:

- ușurința în utilizare;
- eliminarea manipulării numerarului și înlăturarea problemelor întâlnite în utilizarea cecurilor;
- obținerea foarte rapidă a unor credite, indiferent de locul unde se află clientul sau momentul la care le solicită;
- cardul are funcționalitatea unui cont curent;
- reducerea timpului de operare cu contul curent personal;
- posibilitatea de a obține sume numerar, 24 ore pe zi, 7 zile pe săptămână, prin utilizarea cardului la automatele bancare (ATM);

- monitorizarea și controlul cheltuielilor curente, pe baza extraselor de cont ce se pot solicita la automatele bancare;

- servicii de asistență etc.

Avantajele băncilor :

- banca își poate mări sfera de cuprindere a clienților, oferind carduri unor clienți aflați la sute de kilometri distanță;

- deținătorii de carduri devin potențiali clienți pentru alte servicii bancare;

- comercianții plătesc un comision băncii pentru prestarea serviciilor de prelucrare și decontare pentru fiecare tranzacție efectuată cu carduri;

- la emitere, posesorul de card plătește o taxă numită taxa de emitere și anual va achita o taxă de administrare;

- sumele din conturile de card reprezintă o sursă financiară relativ ieftină.

Avantajele comercianților acceptatori :

- eliminarea riscurilor și reducerea timpului alocat manipulării numerarului;

- creșterea numărului de avantaje oferite deținătorilor de carduri a condus la creșterea numărului de utilizatori, și în consecință, la creșterea volumului vânzărilor la comerciant;

- facilitatea organizării sistemului de creditare al clienților;

- scad costurile de manipulare a numerarului.

Se poate observa astfel crearea unei relații de interdependență între cele 3 părți participante la sistemul de decontare prin card. Tocmai această relație unică a dus la dezvoltarea rapidă a acestui nou produs încă de la lansarea sa pe piață.

Dezvoltarea activității cu carduri a scos în evidență și unele imperfecțiuni în ce privește securitatea operațiunilor și a modului de utilizare de către posesori. Nivelul fraudei la noi în țară a evoluat odată cu piața cardurilor și cu utilizarea serviciilor bancare. În România, volumul fraudelor cu cardul a crescut în 2009, însă se menține în continuare la un nivel relativ redus. Specialiștii în fraude cu cardul susțin faptul că, recesiunea economică și scăderea consumului din țările dezvoltate a determinat și o anumită migrație către România a acestei infrafracționalități. Față de 2008 se remarcă un avans al ponderii fraudelor, de la 0,004%, în timp ce pentru întreaga Europă nivelul este același. Această diferență dintre România și media europeană se explică printr-un grad de penetrare și utilizare mai redus al cardurilor, precum și printr-un comerț electronic aflat încă la început.

În general, potrivit statisticilor, cardurile cu procesor s-au dovedit a fi mult mai sigure, fraudele fiind nesemnificative. Ca volum, fraudă înregistrată în România este în continuare la un nivel foarte scăzut în comparație cu cel european. Datele Visa arată că ponderea fraudei este de 0,005% din tranzacțiile realizate cu cardul în țara noastră, în comparație cu un procent de 0,058% la nivelul Europei.

Măsurile de securitate ca holograma, PIN-ul, verificarea specimenului de semnătură nu s-au dovedit suficiente și au fost introduse măsuri în operare ca limitarea sumei autorizate, a numărului zilnic de tranzacții la un comerciant, verificarea elementelor de identificare cu cele existente în baza de date și alți parametri specifici băncilor emitente. În același timp, perfecționările tehnologice au condus la înlocuirea suportului hârtie cu cel electronic și la extinderea transmisiei telefonice, care, în unele zone, rămân vulnerabile la încercările de fraudă.

Măsurile de protecție mai noi prevăd codificarea mesajelor transmise prin circuitul telefonic dar acest sistem este mai complicat și mai scump și nu este invulnerabil. În cazul tranzacțiilor de valori mai importante, comercianții au luat măsura de a interoga banca emitentă și aceasta pe deținătorul cardului asupra realității operației, măsură care presupune un răspuns suplimentar și o autorizare întârziată, dar care s-a dovedit a fi foarte eficientă. Practica bancară cu carduri a arătat că fraudă se produce de cele mai multe ori în activitatea de acceptare, determinată de posesorii cardurilor sau de terțe persoane.

Concluzii

În concluzie, cardul este un produs într-o continuă evoluție. Schimbări au loc la toate nivelurile, de la design și până la tehnologia care stă la baza acestui produs. În primul rând, după 30 de ani în care banda magnetică a stat la baza acestui produs, cip-ul devine în prezent tehnologia de bază a cardului. Cardul viitorului scoate din peisaj acest model de card sub forma unui plastic dreptunghiular de dimensiuni 85mmx54mm, întrucât cip-ul va fi încorporat în obiectele care sunt utilizate zilnic.

În ceea ce privește fraudele bancare, consider că băncile ar trebui să adopte măsurile ce se impun cu privire la reducerea infracțiunilor, precum detectarea fraudei înainte de producerea ei, mai precis utilizarea sistemelor de detectare automată a fraudei, în timp real, care analizează tranzacțiile în timpul etapei de autorizare, poate depista tranzacțiile frauduloase înaintea realizării lor și de asemenea depistarea în timp util a locului în care a avut loc fraudă (unde a fost cardul compromis). Acest concept se referă la locația în care incidentul (de regulă skimmingul) a avut loc. Determinarea locației este importantă, întrucât permite instituției financiare să recunoască anumite tipuri de comportament și să acționeze pentru a preveni fraude pe cardurile copiate cu dispozitive skimming. Identificând din timp cardurile care au fost compromise, banca are timp să prevină pierderile pe cardurile vulnerabile.

Referințe bibliografice:

- Alexandru Olteanu "Management Bancar", ed Dareco, Bucuresti, 2005
- Alexandru Olteanu, Mihaela Sudacevschi, 'Produse si servicii bancare'
- Cardurile bancare, Ghidul utilizatorului bine instruit, publicatie editata de Finmedia, editia 1, aprilie 2010
- Radu Popescu, Cristian Tudorancea, Florin Berbec, Cardul- instrument modern de plată, Edit. Tribuna Economică, București
- Basro Cezar, Dardac Nicolae, Floricel Constanti – Moneda, credit, banci - Ed. Didactica si Pedagogica – Bucuresti
- Regulamentul numarul 6/2006 BNR
- OUG numarul 113/2009
- www.bnro.ro
- www.no-cash.ro
- www.europayinternational.com

ANALIZA EVAZIUNII FISCALE ÎN ROMÂNIA

Maria ZAMFIRESCU¹

Abstract :

The scientific reason of this paper is to develop the concept of tax evasion in terms of internationalization of national economies in order to improve methods to combat tax evasion in Romania. The paper contains an analysis on the level, the structure and dynamics of the tax dodger phenomenon, from the point of view of the tax evasion, identified as a following of the fiscal inspection activity in Romania.

Cuvinte cheie: *evaziune fiscală, politica fiscală, fraudă fiscală, firme-fantomă, zone libere*

Introducere

Am ales pentru studiu această temă având în vedere realitatea incontestabilă a fenomenului evazionist, precum și interesul sporit față de acest fenomen a cărui evoluție este foarte rapidă și de dimensiuni ridicate.

În lucrarea de față, structurată pe trei capitole, am abordat interdependențele dintre evaziunea fiscală și instituțiile implicate în eradicarea ei, abordând fenomenul în complexitatea sa, ca de la cauză la efect.

Am acordat atenție deosebită implicațiilor de ordin economic-social și posibilității de prevenire și combatere a evaziunii fiscale, astfel încât aceasta să descurajeze rapid fenomenul evazionist; să contribuie într-o mai mare măsură la realizarea veniturilor bugetului de stat și să conducă la asigurarea unei stabilități macroeconomice și a unui mediu de afaceri favorabil.

Primul capitol al lucrării, „*Conceptul de evaziune fiscală*” se axează pe abordarea teoretică a evaziunii fiscale ca fenomen economico-social de o importanță deosebită cu care se confruntă în prezent România. Un loc aparte îl ocupă delimitarea evaziunii fiscale legale de cea frauduloasă, în acest mod putându-se realiza o estimare a mărimii fenomenului, pe cele două forme de manifestare și identifica mijloacele adecvate de prevenire și combatere.

Unii autori consideră că evaziunea fiscală este rezultanta logică a defectelor și inadvertențelor unei legislații imperfecte, a metodelor și mentalităților defectuoase de aplicare, a nepriceperii legiutorului. Alții consideră că fiscalitatea excesivă este tot așa de vinovată ca și cei pe care îi provoacă prin aceasta la evaziune.

Capitolul II, intitulat „*Fenomenul evazionist*” prezintă factorii favorizanți ai fenomenului evazionist și anume: factorii psiho-sociali, factorii de natură economică și factorii de ordin legislativ și administrativ. Toți acești factori au o acțiune conjugată asupra deciziei de sustragere fiscală, astfel încât trasarea unei demarcații clare a acțiunii fiecăruia este atât dificil de realizat, cât și inoportun.

Modalitățile prin care se realizează evaziunea fiscală constituie un alt aspect important dezbătut în această secțiune.

În ultimul capitol, „*Analiza evaziunii fiscale în România*”, s-au analizat aspectele principale cu privire la: motivele evaziunii fiscale în România; depistarea metodelor de efectuare a evaziunii fiscale în diferite domenii; direcții de diminuare a evaziunii fiscale; combaterea evaziunii fiscale potrivit strategiei fiscale pe 2011-2013; exemple de evaziune fiscală în România.

Așa cum se observă în zilele noastre, fenomenul de evaziune fiscală din România este unul omniprezent, care încearcă să domine economia națională. Acesta deține o pondere însemnată în economia subterană a României, ceea ce înseamnă că dacă ar fi luate măsurile cuvenite multe fonduri

* masterand, Facultatea de Studii Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; cory_cool_nol@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore.

ar putea fi recuperate și îndreptate către bugetul statului, contribuind astfel la încercarea de revenire a economiei naționale din criza în care se află acum.

Pentru combaterea evaziunii fiscale nu este necesară numai impunerea unor sancțiuni drastice, ci ar trebui realizat un control fiscal mai eficient, mai corect și mai transparent, un sistem legislativ viabil și poate, în primul rând, o educație fiscală a cetățenilor.

1. CONCEPTUL DE EVAZIUNE FISCALĂ

1.1. Considerații generale

Evaziunea fiscală este unul din fenomenele economico – sociale complexe de maximă importanță cu care statele de astăzi se confruntă și ale căror consecințe nedorite caută să le limiteze cât mai mult, eradicarea fiind practic imposibilă. Efectele evaziunii fiscale se repercutează direct asupra veniturilor fiscale, conduc la distorsiuni în mecanismul pieței și pot contribui la inechități sociale datorate „accesului” sau „înclinației” diferite la evaziunea fiscală din partea contribuabililor. Dacă nu ar fi decât aceste cauze aduse de evaziunea fiscală, statul ar trebui să se preocupe sistematic și eficient de preîntâmpinarea și limitarea fenomenului.²

Semnificația problemei este mai mare în țările mai puțin dezvoltate unde guvernele pot întâmpina mari dificultăți în supravegherea tranzacțiilor care au loc în economie, fraudă fiscală în aceste țări fiind estimată între 4/5 și 9/10 din încasările fiscale prevăzute. Nici România nu este departe de aceste estimări.

Cu toate acestea, statul prin puterile sale politice, poate să incite la evaziune fiscală urmărind în special două scopuri:³

- Un scop „pozitiv” argumentat de intenția de a stimula formarea capitalului;
- Un scop „negativ” reflectat în sprijinirea unor grupuri de interese, de multe ori de tip mafiot, cu toate consecințele pe care le implică.

„Intervenția” statului în menținerea unui anumit grad de evaziune fiscală, trebuie analizată prin prisma raportului dintre efect (formarea capitalului) și eforturi (o mare risipă de resurse bugetare, crearea de inechitate în veniturile disponibile ale contribuabililor etc.). Efectul benefic al intervenției statului sub raportul legislativ este direct, imediat și vizibil, în timp ce efectele ei nefaste sunt treptate, și indirecte, neperceptibile. Unul dintre aceste efecte este fenomenul corupției care este practic inevitabil însoțitor al evaziunii fiscale.

1.2. Definiția și clasificarea evaziunii fiscale

Multitudinea obligațiilor pe care legile fiscale le impun contribuabililor și mai ales povara acestor obligații au făcut să stimuleze în toate timpurile și ingeniozitatea contribuabililor de a inventa procedee diverse de eludare a obligațiilor fiscale. Evaziunea fiscală a fost întotdeauna în special activă și ingenioasă pentru motivul că fiscalul lovind indivizii și averea lor, îl atinge în cel mai sensibil interes: interesul bănesc.

În pofida a tot ceea ce se scrie despre cauze, modalități, amploarea, controlul și sancțiunile privitoare la evaziunea fiscală, nu există o definiție clară a acestei noțiuni și a noțiunii de fraudă fiscală.

Economistul francez Jean – Claude arată în lucrarea sa „Le fraude fiscale” că: „Dacă se vorbește într-adevăr de fraudă, se vorbește în aceeași măsură de fraudă legală sau legitimă, fraudă ilegală, de evaziune internațională, de evaziune legală, de evaziune ilegală, de paradisuri fiscale sau

² Patroi D., - “Evaziunea fiscală între latura permisivă, aspectul contravențional și caracterul infracțional”, Editura Economică, București, 2006, pag. 13.

³ Olteanu I., Bistriceanu G. – “Evaziunea fiscală. Metode și tehnici de combatere a evaziunii fiscale”, Editura ASE, București, 2005, pag.27.

refugii, de abuzul dreptului de a fugi din fața impozitului, de libertatea alegerii căii celei mai puțin impozitate sau subestimarea fiscală, fraudă la lege sau economia subterană.”⁴

Cu privire la definiția evaziunii fiscale și a fraudei fiscale:

Frauda fiscală desemnează o infracțiune la lege, și se distinge de evaziunea fiscală care se definește ca o utilizare abilă a posibilităților oferite de lege. Sunt însă cazuri când anumite legislații sau autori asimilează în parte cele două noțiuni. Evaziunea fiscală este minimizarea excesului de impozitare prin utilizarea alternativelor acceptabile reale. Frauda fiscală este determinată de contribuabili sau consilierii săi profesioniști, preocupați de a nu ține seama de legea fiscală în vigoare.⁵

În ceea ce privește definirea evaziunii fiscale opiniile specialiștilor sunt diferite. Astfel, în perioada dintre cele două războaie mondiale noțiunea de evaziune fiscală era inclusă în cea de fraudă. Autorii contemporani definesc evaziunea fiscală ca totalitatea manifestărilor de „fugă” din fața impozitelor. Ei susțin că evaziunea fiscală poate fi:

- ilicită, având uneori un caracter fraudulos, și
- legală sau tolerată.

Prin evaziune fiscală ilicită se înțelege acțiunea contribuabilului care violează prescripția legală cu scopul de a se sustrage de la plata impozitelor, taxelor și contribuțiilor cuvenite statului. Evaziunea fiscală este frauduloasă când contribuabilul, obligat să furnizeze date în sprijinul declarației în baza căreia urmează a i se stabili cota impozitului, recurge la disimularea obiectului impozabil, la subevaluarea cuantumului materiei impozabile sau la folosirea altor căi de sustragere de la plata impozitului.

Evaziunea fiscală legală reprezintă acțiunea contribuabilului de a ocoli legea, recurgând la o combinație neprevăzută a acesteia. Această formă de evaziune nu este posibilă decât atunci când legea este lacunară sau prezintă inadvertențe. Evaziunea fiscală legală se realizează atunci când o anumită parte din veniturile sau averea unor persoane sau categorii sociale, este sustrasă de la impozitare datorită modului în care legislația fiscală dispune stabilirea obiectivului impozabil.

Contribuabilii găsesc anumite mijloace, și exploatând insuficiențele legislației le eludează în mod legal, sustrăgându-se în totalitate sau în parte plății impozitelor, tocmai datorită unei insuficiențe a legislației. În acest fel contribuabilii rămân în limita drepturilor lor, fără puțință de a li se imputa ceva, iar statul nu se poate apăra decât printr-o legislație clară, precisă.

Descrierea evaziunii fiscale licite și ilicite este necesară și utilă pentru că dă posibilitatea, cel puțin teoretică, estimării mărimii fenomenului pe cele două forme de manifestare. Această disociere ajută și la sensibilizarea diferiților factori de decizie politică și a celor administrativi în căutarea și stabilirea mijloacelor adecvate de limitare și combatere a evaziunii fiscale. De evaziunea fiscală licită ar trebui să se ocupe îndeosebi factorii de decizie politică și apoi a celor administrativi, iar de evaziunea ilicită ar trebui să se ocupe guvernul care răspunde de înfăptuirea politicii fiscale a statului care poate fi compromisă dacă fenomenul evaziunii scapă de sub control.

1.3. Formele evaziunii fiscale

În general este greu să se determine toate formele de evaziune fiscală, ele fiind practic nelimitate. În activitatea fiscală există însă forme care se regăsesc mai frecvent:⁶

- întocmirea de declarații false;
- întocmirea de documente de plăți fictive;
- alcătuirea de registre contabile nereale;

⁴ J. C. Martinez, „La fraude fiscale”, Paris, 1990, p.224.

⁵ Patroi D., - “Evaziunea fiscală între latura permisivă, aspectul contravențional și caracterul infracțional”, Editura Economică, București, 2006, pag. 22.

⁶ Olteanu I., Bistriceanu G. - “Evaziunea fiscală. Metode și tehnici de combatere a evaziunii fiscale”, Editura ASE, București, 2005, p.69

- nedeclararea materiei impozabile;
 - declararea de venituri impozabile inferioare celor reale;
 - executarea de registre de evidențe duble, un exemplar real și altul fictiv;
 - diminuarea materiei impozabile rezultate din reducerea cifrei de afaceri prin înregistrarea în cheltuielile unității a unor cheltuieli neefectuate în realitate;
 - vânzările făcute fără factură, precum și emiterea de facturi fără vânzare efectivă, care ascund operațiunile reale supuse impozitării;
 - falsificarea bilanțului, ca mijloc de fraudare a fiscoi, care presupune o convenție între patron și contabilul șef, ei fiind astfel ținuți să răspundă solidar pentru fapta comisă.
- Micșorarea încasărilor bugetare din impozite, datorită evaziunii fiscale, este în mai multe state o problemă acută și frecventă, mărirea acestora nefiind deloc neglijabilă.

2. FENOMENUL EVAZIONIST

2.1. Factorii favorizanți ai fenomenului evazionist

Factorii care generează și favorizează fenomenul evaziunii fiscale, atât în forma sa „permisă” și nesancționată de lege cât și în forma sa sancționată de lege, se pot grupa, pentru o mai bună sistematizare, în:

- factori psiho-sociali, care țin atât de pornirile și convingerile interioare ale contribuabilului cât și de conduita generală și mediul social din care acesta face parte;
- factori de natură economică, care țin de percepția contribuabilului cu privire la nivelul venitului rămas după plata impozitului și capacitatea acestuia de a satisface nevoile individuale a contribuabilului;
- factori de ordin legislativ și administrativ, care țin, pe de o parte de percepția cu privire la modul de așezare a impozitelor, la echitatea sistemului fiscal precum și de percepția privitoare la destinațiile date, de stat, sumelor colectate din impozite, iar pe de altă parte de percepția contribuabilului cu privire la modul în care organele statului aplică legea fiscală și eventualele sancțiuni care decurg din nerespectarea ei.

Toți acești factori prezentați au o acțiune conjugată asupra deciziei de sustragere fiscală, astfel încât trasarea unei demarcații clare a acțiunii fiecăruia este atât dificil de realizat, cât și inoportun.

Prin urmare, consider că recurgerea contribuabilului la evaziune fiscală sau nu, reprezintă o opțiune internă, proprie fiecărui contribuabil, care ține de percepția acestuia asupra unor variabile exogene lui, privite în ansamblul lor.

Opinia unor specialiști în evaziune fiscală „legală” este că, în România, în perioada 1990-2000 și, într-o oarecare măsură, și după aceea, un agent economic care a valorificat din plin scăpările legislative, confuziile, ambiguitățile, interpretările cele mai diferite, uneori diametral opuse, din cele mai importante prevederi din legislația fiscală, nu mai avea nevoie să încalce legea pentru a se sustrage de la plata impozitelor. Singura condiție, pentru a beneficia de aceste facilități, este cunoașterea și valorificarea, din plin, a neajunsurilor și ambiguităților legislației fiscale și a facilităților fiscale acordate, în unele cazuri, pe „beneficiari”.

Aceste facilități fiscale au afectat substanțial veniturile bugetare și au stimulat efectiv indisciplina în achitarea obligațiilor bugetare, în special din partea celor mai mari contribuabili, cărora li s-au adresat cu precădere.

În condițiile acordării unor asemenea înlesniri la plata obligațiilor bugetare, cei mai dezavantajați au fost agenții economici corecți, care și-au achitat integral și în termenul legal obligațiile de plată, beneficiarii fiind agenții economici rău plătici, care nu și-au achitat, pe mai mulți ani, obligațiile de plată și care au folosit sumele datorate bugetului public ca „surse atrase” pentru finanțarea propriilor obiective. În timp, aceștia beneficiind, în plus, de o reducere, în termeni reali, a debitelor restante ca urmare a deprecierei monedei naționale.

Multitudinea facilităților fiscale acordate, retrase și apoi iar în aplicare, care, după o anumită perioadă de timp, efectiv nu mai puteau fi identificate, sistematizate și prezentate clar nici de cei mai

buni specialiști în domeniul fiscal, au făcut din România un loc propice pentru desfășurarea de diverse activități de către evazionisti și afaceriști dubioși din toate colțurile lumii.

Afluxul acestora către România a fost stimulat de neajunsurile din legislația fiscală, în special, dar și din reglementările financiare, bancare și valutare. Ca urmare a acestui fapt s-au înființat foarte multe societăți comerciale, fie cu „capital integral străin”, fie „prin participarea cu capital străin” la majorarea capitalului social al unei societăți existente, în care aportul investitorului străin era derizoriu, de ordinul a câteva zeci de dolari. După ce au făcut afaceri dubioase, acești „investitori străini” au dispărut lăsând în urmă datorii către stat de multe milioane în echivalent euro.

Se poate afirma că legislația fiscală din România, de după anul 1989, a fost, pentru cea mai mare parte a acestei perioade, o legislație generatoare de evaziune fiscală legală, înfloritoare pentru marii contribuabili și de creștere a poverii fiscale și a sărăciei pentru alți contribuabili, persoane fizice, cu posibilități reduse de sustragere de la plata impozitelor, în special a celor percepute prin stopaj la sursă.

Solicitat să-și exprime opinia asupra fenomenului evaziunii fiscale în România, analistul economic Daniel Dăianu declara „O clasificare a cauzelor evaziunii fiscale poate fi făcută, la noi, în funcție de felul întreprinderilor. Unele, structural nu pot plăti”.⁷: Fenomenele care au apărut după 1989, între care liberalizarea prețurilor, au figurat un alt context al întreprinderii. Producția nu recupera cheltuielile, iar lupta pentru supraviețuire i-a împins pe unii spre evaziune fiscală.

În concluzie, înclinația naturală a contribuabililor către evaziune fiscală, amplificată de lipsa unei educații fiscale, la care se adaugă dimensiunea presiunii fiscale și deficiențele legislative și administrative ale gestionării impozitelor constituie cei mai importanți factori care favorizează apariția și proliferarea fenomenului evazionist, sub toate formele sale.

2.2. Modalități prin care se realizează evaziunea fiscală

Taxa pe valoarea adăugată se spune că este unul din impozitele mai puțin predispușe a fi obiectul evaziunii fiscale. Se are în vedere, când se face această afirmație, că T.V.A., fiind înscrisă obligatoriu în documentul care atestă transferul proprietății unui bun, prezintă posibilitatea controlului încrucișat în vederea stabilirii realității operațiunii impozabile (la vânzător și la cumpărător).

Cu toate acestea, chiar în țările cu sisteme fiscale solide, evazionistii nu pierd din vedere nici acest impozit. Este vorba, de exemplu, de “instituția” taxi-ului. “Taxi” este un “mandatar” a cărui unică funcție este de a fi înscris la Registrul Comerțului pentru a emite, sub acoperirea antetului său, facturi de vânzare fictive. Altfel spus, el conduce o firmă de față, însărcinată să emită documente comerciale corespunzătoare operațiunilor fictive desfășurate de firme reale și în aparență, ireproșabile în ceea ce privește activitatea desfășurată. Prin aceste facturi se permite societăților comerciale beneficiare (reale) să obțină rambursări de T.V.A..

Cu atât sunt mai mari posibilitățile de evaziune fiscală, în materie de T.V.A. la noi, unde sistemul fiscal fragil este dublat de un aparat fiscal nu tocmai performant.

Cel care își propune să verifice dacă agentul economic a stabilit o sumă corectă privind T.V.A. pe care el trebuie să o suporte pentru activitatea unei anumite perioade, nu are decât să calculeze valoarea adăugată prin însumarea elementelor componente și să-i aplice cota de T.V.A. Deoarece T.V.A. calculată ca diferență între taxa aferentă ieșirilor (facturărilor) și cea corespunzătoare intrărilor (cumpărărilor) nu este taxa aferentă valorii adăugate pentru producția realizată într-o anumită perioadă, trebuie mai întâi făcute unele corecții atât la T.V.A. colectate, cât și a celei deductibile pentru a exista comparabilitate între cele două metode de calcul. Condițiile se referă la:

- scăderea din T.V.A. deductibilă a taxei aferente cumpărărilor de active imobilizate;

⁷ „Adevărul economic”, nr. 41/octombrie 2003

- influențarea T.V.A. deductibilă cu taxa aferentă diferențelor dintre soldul final și cel inițial al stocurilor; se scade taxa aferentă soldurilor finale și se adaugă cea aferentă soldurilor inițiale;
- influențarea T.V.A. colectată cu taxa aferentă diferenței dintre soldul final al ieșirilor și cea aferentă soldului inițial al ieșirilor; se adaugă taxa aferentă soldului final și se scade cea aferentă soldului inițial.

Folosind metoda de determinare a T.V.A. pe baza aplicării cotei de impozitare asupra valorii adăugate obținută prin însumarea elementelor componente ale acesteia se poate verifica dacă agentul economic în cauză a efectuat vreo evaziune fiscală prin:

- înscrierea în registrul de cumpărări a unor facturi fictive pentru a majora T.V.A. deductibilă și a micșora sau elimina datoria agentului economic față de bugetul de stat privind acest impozit;
- neînscrierea în registrul de vânzări a unor facturi emise de agentul economic sau neîntocmirea unor documente legale privind vânzările agentului economic.

Verificarea concordanței taxei datorate pentru activitatea desfășurată de un agent economic, stabilită prin cele două metode se poate face pe diferite perioade de timp, mergând de la o lună la un an de zile.

În cazul unui agent economic care are și activitate de export este necesară o corecție suplimentară a taxei calculate pentru a exista o comparabilitate cu taxa calculată pe bază de valoare adăugată. De asemenea, verificarea este îngreunată în cazul agenților economici care lucrează cu mai multe cote, deoarece ajustările se complică.

3. ANALIZA EVAZIUNII FISCALE IN ROMANIA

3.1. Motivele evaziunii fiscale în România

Fenomenul evaziunii fiscale în România este destul de extins și are la bază motive diferite. Principale motive ale acesteia sunt prezentate mai jos:

- multiple imperfecțiuni și particularități în domeniul legislației fiscale
- modificarea Codului Fiscal la intervale de timp mult prea scurte, și intervenția asupra unui număr prea mare de articole din acesta, creând, astfel, o instabilitate legislativă, care îi impune pe investitori să nu-și poată elabora un buget real al actelor de comerț pe durată mai mare de un an sau să caute căi de eludare legală a Codului Fiscal
- modul de organizare al activității fiscale
- nefolosirea metodei contabilității naționale, pentru evidență macroeconomică
- evaziunea masivă, realizată de diferite grupuri de interese și agenți economici apăruiți doar pentru a beneficia de lacunele legii
- lipsa unor organisme statale, care să aibă ca obiect auditarea operațiunilor fiscale în scopul îmbunătățirii mecanismului fiscal național și practicarea doar a unor controale fiscale efectuate de organele specializate ale Ministerului Finanțelor, care îmbracă, de cele mai multe ori, haina „vânătorilor de impozite neplătite”.^{8,9,10}

În România postdecembristă, evaziunea fiscală este dificil de cuantificat, tocmai ca urmare a:

- instabilității legislației fiscale, precum și a numărului mare de impozite și taxe percepute la un moment dat;
- permisivității legilor fiscale (numeroasele facilități acordate unor contribuabili imediat după apariția unui act normativ fiscal), concomitent cu practicarea unor politici fiscale agresive și chiar exagerate duse de către autorități;

⁸ Nandra, E. R. - „Competiția fiscală: infernul și paradisul fiscal”, Cluj-Napoca: Sfera, 2008, pag. 253.

⁹ Văcărel, I. - „Tendențe în evoluția sistemelor fiscale ale țărilor membre ale OCDE, Uniunii Europene și României”, București: Centrul de Informare și Documentare Economică, 2006.

¹⁰ Voicu, C. - „Spălarea banilor murdari”, București: Sylvi, 1999, pag. 372.

- existenței unor grupuri de interese ce își urmăresc afacerile proprii și care influențează de cele mai multe ori din umbră;

- apariției unor acte normative fiscale, modalității de aplicare a lor, precum și încetării aplicabilității unor acte normative;

- gradului de civilizație, cultură și conștiință civică, în cazul impozitelor care se referă la persoanele fizice.

Premisele pentru evaziune fiscală întâlnite în economia contemporană națională și internațională constau în:

- stabilirea domiciliului și sediului social în paradisurile fiscale, atât de către persoane fizice, cât și persoane juridice, spre care sunt dirijate profiturile obținute pe teritoriul altor state, eludându-se astfel fiscalul;

- impunerea veniturilor realizate de anumite categorii de persoane fizice pe baza unor norme medii de venit, impunere ce creează condiții favorabile, pentru contribuabilii care realizează venituri mai mari decât media, ca să nu plătească impozit pentru diferența respectivă;

- acordarea de facilități fiscale agenților economici din anumite ramuri ale economiei la înființarea sau pe parcursul desfășurării activității, sub forma unor scutiri de la plata TVA, la import sau export, accize, etc. sau reduceri de impozit pe profit;

- recurgerea, de către investitor, la amortizarea accelerată, atunci când este permisă de lege, pentru unele categorii de fonduri fixe, care permite diminuarea profitului impozabil în favoarea constituirii unui fond de amortizare mai mare decât cel impus de valoarea uzurii morale, înregistrate de mijloacele fixe respective, în perioada luată în calcul.

Cele mai frecvente fapte de evaziune fiscală legală în România, constatate de către organele de control sunt:¹¹

- investirea unei părți a profitului realizat, în achiziții de bunuri pentru care statul acordă facilități, deși utilizarea acestora nu este aceeași cu cea gândită de legiuitor, în scopul creșterii economice și dotării cu tehnologie modernă. Folosirea, în anumite limite, a prevederilor legale cu privire la donațiile filantropice, indiferent dacă acestea au avut loc sau nu;

- scăderea, din venitul impozabil, a cheltuielilor de protocol, reclamă și publicitate, mult mai mari decât cele rezultate din aplicarea cotelor legale;

- constituirea fondurilor de amortizare sau de rezervă mult mai mari decât ar fi justificat, din punct de vedere economic, diminuându-se, astfel, cuantumul venitului impozabil;

- înscrierea în actele de plată, a unor sume de bani din venituri pentru achiziționarea unor utilaje, mașini, materii prime sau alte bunuri, neprimite în realitate, pentru ca, după expirarea perioadei de impunere, să-i fie returnate sumele plătite fictiv, cu consecința diminuării impozitului;

- acordarea unor scutiri delimitate temporal, în cazul înființării de noi societăți comerciale, de la plata impozitului pe profit;

- atunci când statul se confruntă cu dificultăți financiare mai deosebite, scoate de sub incidența impozitării veniturile aferente depozitelor bancare și a celor provenite din plasamente, sub formă de titluri financiare obligatoare emise de stat.

Dacă facem analiza volumului evaziunii fiscale din România, singurele date care se diseminează sunt cele legate de ponderea economiei neobservate din PIB, evaziunea fiscală fiind inclusă. Pentru ultimii ani, ponderile sunt următoarele^{12, 13}: 2003 = 15,4 % din PIB; 2004 = 14,5 % din PIB; 2005 = 16,6 % din PIB; 2006 = 17,9 % din PIB; 2007 = 18,0 % din PIB; 2008=21% din PIB; 2009=24% din PIB.

¹¹ Site-ul Agenției Naționale de Administrare Fiscală din România:

<http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Informatii>

¹² Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

¹³ Site-ul Institutului Național de Statistică al României: www.insse.ro/ date statistice

După cum reiese din datele prezentate, ponderea economiei neobservate din PIB are tendință de creștere ce duce, concomitent, la creșterea evaziunii fiscale.

Lupta organelor de control în domeniul fiscal, în speță cea a Gărzii Financiare din România, în vederea combaterii evaziunii fiscale în România, este reflectată și prin sancțiunile aplicate agenților economici care nu respectă disciplina financiară (tabelul 3.1).

Tabelul 3.1. Sancțiunile aplicate, de către Garda Financiară din România, agenților economici, în vederea combaterii evaziunii fiscale

Anul	2004	2005	2006	2007	2008	2009
I.SUME TOTALE:						
- stabilite	272.100	279.492	281.943	376.805	382.502	374.043
- încasate	98.300	130.730	149.234	189.400	168.069	151.309
Din care:						
Amenzi						
- stabilite	108.200	162.395	192.606	272.983	251.085	239.452
- încasate	89.600	121.691	138.848	178.583	156.599	137.434
Confiscări						
- stabilite	163.900	117.097	89.337	103.822	131.417	134.591
- încasate	8.700	9.039	10.386	10.817	11.470	13.875
II.SESIZĂRI PENALE						
- număr	1.720	2.009	2.334	2.375	4.391	5.070
- valoare prejudiciu	361.600	697.104	745.773	1.400.023	2.194.971	2.250.935

În indicatorii de mai sus nu este cuprinsă contravaloarea mărfurilor indisponibilizate, care fac obiectul unor sesizări penale, dintre care menționăm: țigarete, băuturi alcoolice.^{14 15}

Analizând comparativ datele din tabel, putem aprecia că există o creștere importantă a sumelor estimate ca prejudiciu, ceea ce conduce la ideea orientării, cu precădere, a acțiunilor de control către identificarea faptelor de o mai mare gravitate, cu implicații majore asupra bugetului de stat. Acest lucru arată că trebuie făcută o schimbare în strategia de control a Gărzii Financiare și a altor organe de control fiscal, precum și o reorientare a controalelor către zonele și activitățile de mare risc, din punct de vedere fiscal.

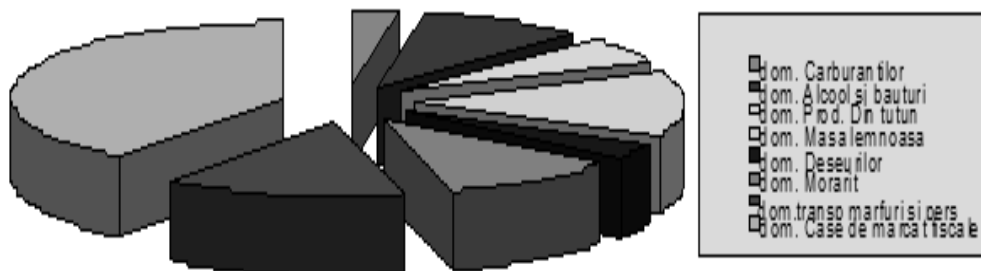
De asemenea, considerăm că este necesară efectuarea unor controale calitative, profesioniste, de către comisarii Gărzii Financiare, precum și o extindere a colaborării cu celelalte instituții ale statului cu rol în controlul și combaterea fenomenelor ilicite din economie.

În figura 3.1. sunt prezentate domeniile de activitate în care s-au efectuat verificările și au fost aplicate sancțiuni, în anii 2008 și 2009.

¹⁴ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

¹⁵ Site-ul Institutului Național de Statistică al României: www.insse.ro/date statistice

Figura 3.1. Domeniile de activitate în care s-au efectuat verificări.¹⁶

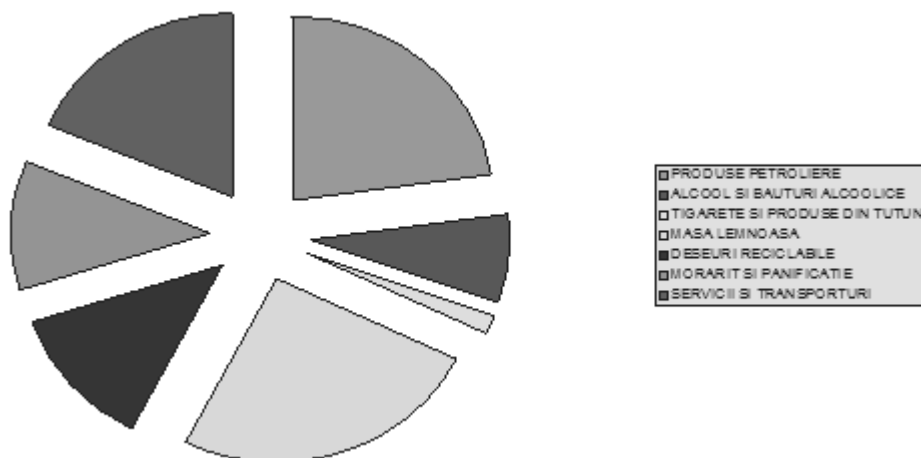


Din figura de mai sus, putem conchide că ponderea cea mai mare dintre agenții economici verificați o au cei din următoarele domenii: carburanți, case fiscale de marcat, transportul mărfurilor și persoanelor, masa lemnoasă, morărit și alcool și băuturi.

Ponderea cea mai mare a amenzilor aplicate agenților economici în funcție de domeniul de activitate, se înregistrează în domeniul caselor de marcat fiscale, al alcoolului și băuturilor, produselor din tutun, carburanților etc.

Structura sesizărilor penale pe principalele domenii de activitate este prezentată în figura 3.2.

Figura 3.2. Structura sesizărilor penale pe principalele domenii de activitate.¹⁷



Din analiza diagramei, constatăm că sesizările penale, referitoare la evaziunea fiscală, au fost făcute pentru produsele petroliere, alcool, țigări, masă lemnoasă, deșeuri reciclabile și servicii de transport.

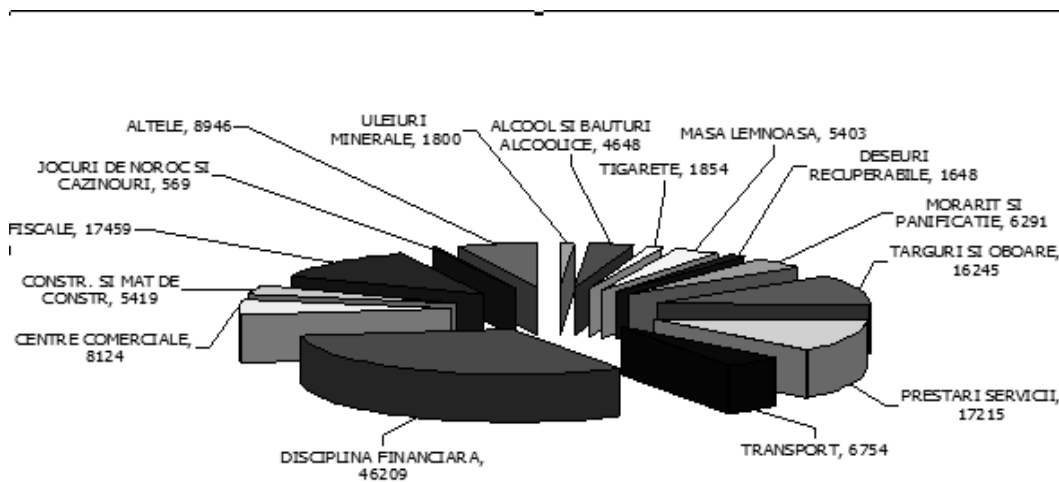
¹⁶ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

¹⁷ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

De asemenea, remarcăm că prejudiciile cele mai mari au fost constatate în domeniul produselor petroliere, alcoolului și tutunului. De aici, rezultă că aceste produse prezintă riscul cel mai mare de evaziune fiscală.

Reflectarea sinoptică a rezultatelor luptei cu evaziunea fiscală, obținute în principalele domenii de activitate se prezintă astfel (figurile 3.3., 3.4., 3.5., 3.6).

Figura 3.3. Numărul agenților economici verificați din principalele domenii de activitate.¹⁸



Constatăm că cei mai mulți agenți economici care au fost verificați nu au respectat disciplina financiară (figura 3.3.).

De asemenea, constatăm că cele mai multe amenzi aplicate de către Garda Financiară din România au fost date pentru nerespectarea disciplinei financiare (figura 3.4.).

Cele mai multe sesizări penale au fost făcute pentru nerespectarea disciplinei comerciale, precum și în domeniul uleiurilor minerale, materialelor de construcții, comerțului cu amănuntul și în domeniul prestărilor de servicii (figura 3.5.).

Cele mai mari prejudicii constatate în urma controalelor efectuate de Garda Financiară s-au înregistrat în domeniul morăritului și panificației, disciplinei comerciale și tranzacțiilor intracomunitare.

¹⁸ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro statistică

Figura 3.4. Domeniile de activitate în care au fost aplicate amenzi de către Garda Financiară din România.¹⁹

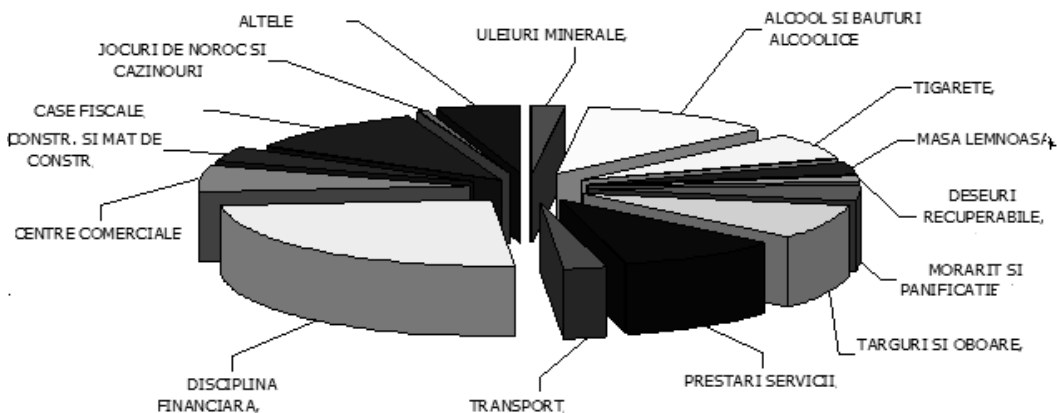
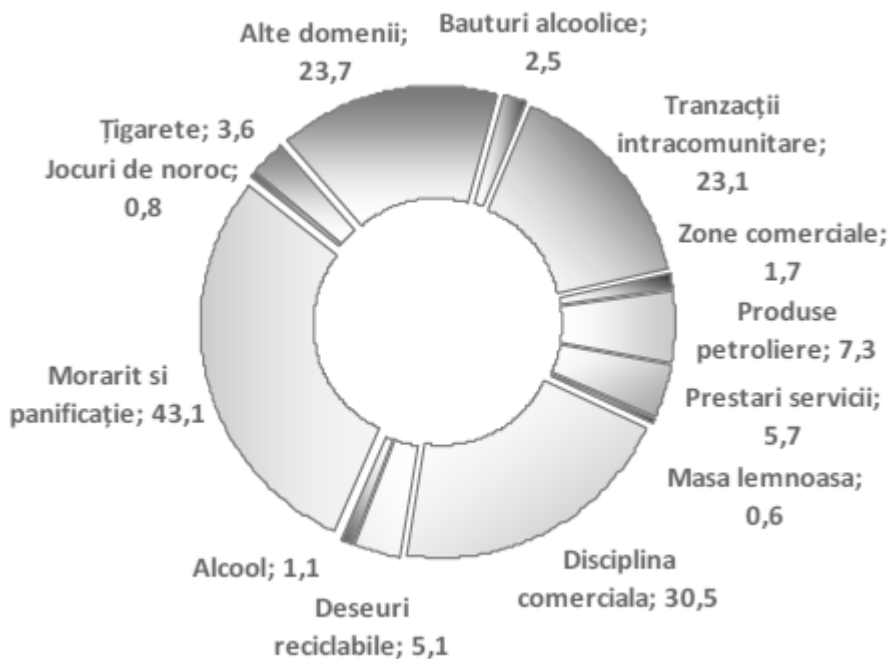
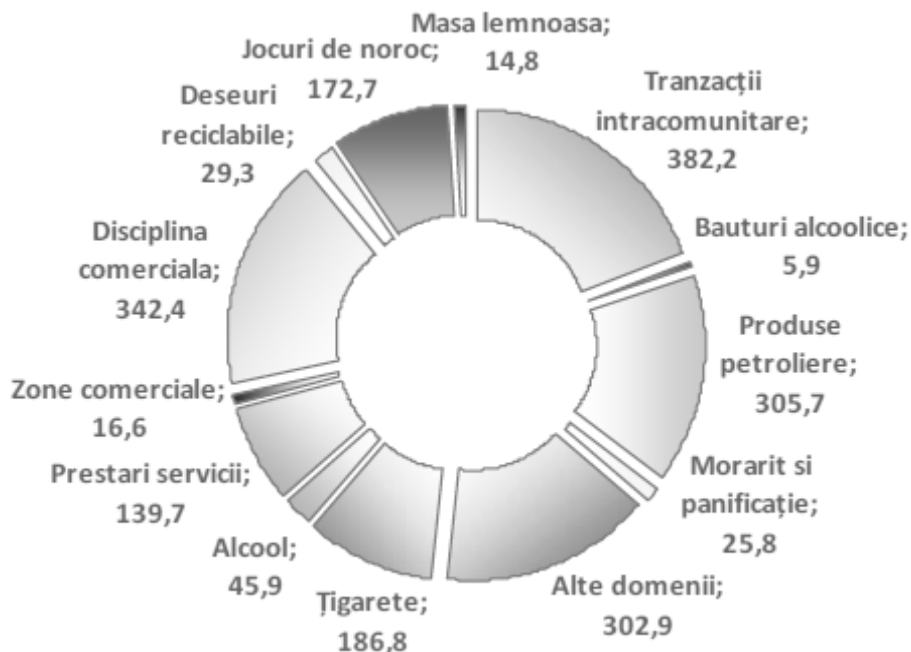


Figura 3.5. Valoarea confiscărilor de sume și bunuri în principalele domenii de activitate (mln. lei).²⁰



¹⁹ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

²⁰ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

Figura 3.6. Valoarea prejudiciilor stabilite pe principalele domenii de activitate (mln. lei).²¹

3.2. Depistarea metodelor de efectuare a evaziunii fiscale in orientarea controalelor spre anumite domenii de activitate

Orientarea controalelor spre anumite domenii de activitate, cu risc mai ridicat, a avut ca rezultat combaterea, într-o oarecare măsură, a evaziunii fiscale, precum și depistarea metodelor de efectuare a acestora, astfel:

1. În domeniul importului, producției și comercializării petrolului, carburanților sau altor componente petroliere (uleiuri minerale).

Verificările în domeniul uleiurilor minerale au identificat ca principale procedee frauduloase substituirea unor produse petroliere nepurtătoare de accize și comercializarea acestora sub forma de carburanți sau deturnarea de la destinația legală a uleiurilor minerale fără accize (solvenți), în vederea eludării plății accizelor.

În rețelele de distribuție, au fost intercalate societăți comerciale de tip fantomă în vederea disimulării originii mărfii sau a destinatarilor reali ai acestora.

2. În domeniul importului, producției și comercializării alcoolului și băuturilor alcoolice.

Controalele în domeniul producției și comercializării alcoolului și a băuturilor alcoolice au identificat producători neautorizați de băuturi alcoolice. O tehnică folosită de evaziuniști este și cea a producerii alcoolului și a băuturilor alcoolice, în spații neautorizate, din materii prime neînregistrate în contabilitate, urmată de disimularea produselor finite și comercializarea acestora împreună cu loturi legal procesate și marcate fiscal.

3. În domeniul producerii și comercializării de țigarete și produse din tutun.

În domeniul produselor din tutun, evaziunea fiscală se manifestă, în special, prin comercializarea clandestină, a țigaretelor introduse ilegal în țară, prin granița de est, din țări din fostul

²¹ Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică

spațiu sovietic, dar și prin redirijarea acestora către spațiul european, unde prețul țișărilor este mult mai mare.

4. În domeniul valorificării deșeurilor industriale reciclabile (în special feroase și neferoase).

Datorită faptului că reciclarea deșeurilor metalice determină diminuarea costurilor în sectorul metalurgic, achiziția acestor materii prime prezintă interes deosebit, atât pe piața internă, cât și pe cea externă. În multe cazuri, s-a constatat existența unor rețele care procedau la comercializarea ilicită a deșeurilor recuperabile prezentând centrelor de colectare, ca documente justificative, facturi de la societăți de tip-fantomă sau borderouri de achiziție de la persoane fizice, completate cu date fictive. Firmele-fantomă erau introduse în lanțul comercial, pentru a se îngreuna identificarea furnizorilor reali.

5. În domeniul exploatării, gestionării, prelucrării și comercializării masei lemnoase.

Verificările, în acest domeniu, au scos în evidență procedee de comercializare pe piața neagră a unor însemnate cantități de material lemnos prin:

- achiziționarea de lemn fără documente de proveniență;
- prelucrarea, cu complicitatea deținătorilor de gate, a materialelor lemnoase recoltate de deținătorii de fond forestier, fără înregistrare în gestiune;
- introducerea în lanțul comercial a societăților-fantomă în vederea împiedicării identificării furnizorilor și/sau a beneficiarilor reali.

6. În domeniul comerțului cu cereale, produse de morărit și panificație.

Rezultatele controalelor efectuate în acest domeniu au scos în evidență o serie de nereguli, practicate de unele grupuri de persoane sau firme, organizate și constituite după principiul rețelelor de contrabandă care acționează, de obicei, pe raza mai multor județe, cu privire la: neîntocmirea sau întocmirea incompletă a documentelor care atestă și însoțesc cantitățile recoltate, din câmp și până la înmagazinare; intercalarea pe circuitul economic a unor firme-fantomă.

7. În domeniul respectării disciplinei financiare.

Fenomenele principale identificate prin verificarea documentelor primare sunt:

- majorarea nejustificată a costurilor și implicit diminuarea profitului impozabil prin înregistrarea unor facturi de la societăți-fantomă, acestea având influență și asupra TVA deductibil;
- acceptarea unor facturi privind servicii care, în realitate, nu au fost prestate;
- neînregistrarea tuturor operațiunilor comerciale etc.

8. În domeniul jocurilor de noroc și cazinourilor.

În timpul controalelor efectuate de comisarii Gărzii Financiare Române, s-a constatat că jocurile de noroc reprezintă, în unele cazuri, un paravan pentru operațiuni de spălare a banilor sau pentru schimburi ilicite de valută, datorită sumelor mari rulate în intervale scurte de timp, ceea ce îngreunează surprinderea momentului operațiunii.

9. Controale efectuate în piețe agroalimentare, târguri, oboare sau bâlciuri.

Analizate individual, fraudele realizate în acest domeniu pot părea minore, dar, în realitate, datorită rulajului mare de marfă tranzacționată în zona târgurilor și oboarelor, prejudiciile aduse bugetului de stat prin însumarea fraudelor, sunt semnificative.

În cursul anului 2008, Garda Financiară Română, datorită noilor realități economice induse de aderarea României la UE, și-a orientat controalele către operațiunile cu caracter ilicit, precum fraudarea TVA aferentă tranzacțiilor intracomunitare și concurența neloială din piața bunurilor și serviciilor.

Tendințele de fraudare de acest tip au fost identificate în sectoarele unde rotația sumelor de bani este mare, adică în sectoarele unde plata se face, preponderent, în numerar, chiar în momentul în care se face recepția mărfurilor (produse agroalimentare, materiale de construcție, produse energetice).

Principalele metode prin care se efectuează acest tip de evaziune fiscală sunt:

- utilizarea firmelor-fantomă;

- situații frecvente în care același grup de persoane controlează, direct sau prin interpuși, întregi rețele de firme-fantomă;

- înscrierea pe documentele care însoțesc achizițiile unor beneficiari fictivi (neînregistrați la Registrul Comerțului), context în care evazioniștii mizează pe obstrucționarea verificării realității destinatarului;

- exploatarea lipsei unei standardizări, la nivel european, a documentelor care însoțesc transporturile, prin completarea, în mod intenționat, a acestora cu omisiuni sau greșeli, menite să împiedice identificarea beneficiarilor.

Pentru contracararea acestui gen de evaziune fiscală, Garda Financiară Română, împreună cu autoritățile vamale, au efectuat o monitorizare permanentă a frontierelor intracomunitare. Ca urmare a acestor monitorizări, au fost confiscate și importante cantități de marfă.

3.3. Direcții de diminuare a evaziunii fiscale

Fiscalitatea, prin faptul că implică, în mod inevitabil, un efort al individului, efectuat în scopul asigurării realizării surselor de acoperire a cheltuielilor și serviciilor publice, a fost și este considerată de-a lungul timpului o povară. În același timp, ea este un instrument al puterii guvernatoare a statului de a influența volumul evaziunii fiscale, fie prin stabilirea de obligații fiscale diferențiate în funcție de anumite criterii, care se referă la:

- acordarea de facilități unor contribuabili în funcție de diverse criterii (impozite reduse în funcție de numărul de persoane aflate în întreținere, impozite reduse pentru anumite ramuri de activitate etc.);

- acordarea unor facilități anumitor zone geografice, indiferent de contribuabilii din aceste zone;

- îmbinarea celor două criterii anterioare prin acordarea de facilități zonei, iar în cadrul zonei – contribuabilului.

Acordarea facilităților fiscale anumitor zone geografice din cadrul aceluiași stat se practică încă din antichitate. În Evul Mediu, zonele libere de impozite apar în tot spațiul european.

Zonele libere de pe teritoriul României au fost înființate în vederea promovării schimburilor internaționale și a atragerii de capital străin pentru introducerea tehnologiilor noi, diminuării migrării capitalului din țară, precum și pentru sporirea posibilităților de folosire a resurselor economiei naționale.

Operațiunile comerciale, industriale și serviciile ce se efectuează pe teritoriul zonelor libere românești prezintă o serie de avantaje la nivel macroeconomic:

- atragerea și dezvoltarea traficului de tranzit prin România;

- atragerea capitalului străin, pentru amplasarea unor investiții, prin închirierea pe diferite termene a unor suprafețe de depozitare, suprafețe de teren, spații pentru diverse activități etc.;

- realizarea unor activități de către firme și organizații economice românești, inclusiv prin construirea de societăți mixte comerciale;

- manipularea de mărfuri străine și depozitarea lor în magazine și platforme, precum și taxele de manipulare și depozitare, ceea ce contribuie la creșterea competitivității realizate de țara noastră;

- folosirea, în mai mare măsură, a mijloacelor de transport naționale, concomitent cu practicarea unor operațiuni de transport și expediții în cadrul portului liber;

- realizarea unor stocuri de marfă, necesare economiei naționale, din care să se poată aproviziona consumatorii interni, fără a fi necesare importuri masive în perioadele când conjunctura pieței externe este nefavorabilă, eliminându-se riscul de a se recurge la importuri prompte prin subfurnizori și evitându-se grevele bugetului consumatorilor cu plata de sume importante reprezentând taxele vamale.

Pentru exportatori, în opinia noastră, avantajele constau în:

- eliminarea obligației de a consemna la vamă contravaloarea taxelor vamale, evitându-se blocarea unor sume importante;

- posibilitatea apropierii mărfurilor de cumpărători și satisfacerea promptă a cerințelor piețelor apropiate;
- vânzarea mărfurilor în perioade conjuncturale optime, ridicând eficiența operațiunilor de export;
- posibilitatea depozitării mărfurilor în incinta portului, fără o limită de timp și de cantități și fără plata taxelor vamale, până în momentul realizării exportului;
- posibilitatea de a organiza magazine, expoziții permanente special amenajate, în scopul vânzării mărfurilor în țara noastră sau pentru reexportul în alte țări;
- scutirea de impozit pe cifra de afaceri pentru mărfurile care se vând în portul liber și apoi se reexportă;
- posibilitatea aducerii de diverse mărfuri, părți componente, subansamble din diferite țări pentru a se prelucra avantajos, și apoi efectuarea de reexporturi de produse finite;
- dreptul de a înființa reprezentanțe comerciale, ateliere de înnoțire a mărfurilor, ateliere de montaj proprii etc. și alte unități de prestare a unor servicii care ridică eficiența operațiunilor de export;
- dreptul de a contribui la amenajarea, dotarea, utilizarea portului liber pe bază de cooperare, urmând ca investițiile să fie recuperate prin serviciile prestate de administrația portului.

În prezent, pe teritoriul României, există 6 zone economice libere. Scopul înființării acestora constă în promovarea schimburilor internaționale și în atragerea capitalului străin pentru introducerea tehnologiilor noi, precum și pentru sporirea posibilităților de folosire a resurselor economiei naționale.

3.4. Combaterea evaziunii fiscale potrivit strategiei fiscale pe 2011-2013

Potrivit strategiei fiscale pe 2011 – 2013, combaterea evaziunii fiscale va fi o prioritate absolută.

Evaziunea fiscală prejudiciază societatea în ansamblu, prin diminuarea încasărilor bugetare, ceea ce conduce la insuficienta finanțare a politicii sociale și economice a statului, dar și prin practicarea unei concurențe neloiale și distorsionarea mediului de afaceri. În perioada 2011 – 2013 se vor urmări:

- Acțiunile de control vor fi mai bine țintite și, în acest fel, mai eficiente. Astfel, vor fi vizați, în primul rând, marii evazionști și domeniile cele mai expuse riscului de neconformare, programul de control fiind fundamentat pe o analiză de risc perfecționată.

- Calitatea actului de control va fi ameliorată prin acțiuni care vor viza domenii diverse: metodologii de control îmbunătățite, pregătire profesională, mai bună informare a inspectorilor (crearea unei baze de date care să-i sprijine în cunoașterea cauzisticii).

- Vor fi întărite acțiunile de prevenire a evaziunii fiscale.

- De asemenea, vor fi luate măsuri pentru o mai bună securizare a frontierei și protejare a intereselor naționale și comunitare în acest domeniu, de întărire a controlului vamal în vederea combaterii contrabandei.

Fenomenul evazionist reprezintă o consecință inerentă economiei de piață. De aceea, atitudinea cea mai eficace față de acest fenomen este aceea de a realiza o bună administrare a lui la nivelul identificării previzionării și controlul acestuia.

3.5. Exemple de evaziune fiscală în România

Un fapt care se poate de grav este totodată acela al jocurilor de noroc; după cum se știe România are o legislație extrem de permisivă și în acest domeniu foarte atractiv atât pentru pasionații acestui gen de distracții, cât mai ales pentru cei ce patronază astfel de afaceri. Este binecunoscut că, deși fiind o țară cu un nivel de trai extrem de scăzut, România avea, până acum câțiva ani, numai în București un număr atât de mare de cazinouri, încât densitatea lor pe cap de locuitor o depășea pe cea din Las Vegas. Acest gen de localuri sunt patronate în general de cetățeni străini, marea majoritate funcționând ilegal, și pentru perioade scurte de timp; nu o dată surse din Poliție au susținut ipoteza conform căreia exista organizații teroriste internaționale susținute cu fonduri de către cetățeni străini

de origine araba, patroni ai afacerilor mai sus menționate, afaceri care în aparență sunt curate. Astfel de localuri sunt foarte greu de verificat, ca să nu mai spunem că pot fi utilizate în scopul spălării banilor proveniți din acțiuni ilicite. Evaziunea fiscală este foarte ușor de practicat în astfel de “investiții”; verificările organelor de control sunt greu de făcut, ca să nu mai vorbim de coruptibilitatea anchetatorilor. În general cauza principală a lipsei eficienței organelor abilitate o constituie corupția de la nivelurile cele mai înalte, care nu permite desfășurarea unor anchete sau controale obiective și eficiente.

O altă situație aparține atunci când veniturile datorate statului se diminuează datorită pirateriei și încălcării dreptului de autor, mai ales în ceea ce privește producțiile audio și video românești și străine. Pirații copiază fără a deține drepturi de autor diverse produse de pe piață, pe care le vând mai ieftin decât producătorul autentic, câștigând astfel sume fabuloase, prejudiciind firmele serioase de producție, dar și statul român întrucât o afacere ilegală în nici un caz nu va fi declarată de bună-voie la Fisc, pentru a fi impozitată. Pierderile cauzate în România de încălcarea drepturilor de autor în domeniul jocurilor de calculator, în cel muzical, al filmelor și al cărților s-au cifrat în anul 2000 la 25,9 milioane de dolari, se arată într-un raport al International Intellectual Property Alliance (IIPA). Autoritățile române încearcă să diminueze fenomenul, conștientizând sumele fabuloase pierdute de agenții economici și implicit și de stat. Poliția Română și Oficiul Român pentru Drepturile de Autor, cu sprijinul BSA, au efectuat de la începutul anului 2001 peste o sută de controale. Au fost constatate astfel încălcări ale drepturilor de autor în materia programelor de calculator în aproape toate situațiile. Acest lucru reprezintă o creștere de 50% față de aceeași perioadă a anului trecut. Constatarea unui număr atât de mare de infracțiuni se datorează, pe de o parte, specializării polițiștilor și inspectorilor ORDA, pe de altă parte, extinderii zonei geografice de acțiune a acestora.

Corupția care macină societatea românească la momentul de față a devenit una cât se poate de agresivă. Mari societăți de stat sau regii autonome nu-și plătesc datoriile către stat, înfăptuind deci, evaziune fiscală; nimeni nu este, însă, tras la răspundere, nu se execută silit nici o datorie, așa cum se face, de exemplu, cu datornicii, consumatorii individuali și fără apărare. Aceasta modalitate de acțiune are drept rațiune păstrarea capitalului politic, însă ea este cât se poate de nocivă și de păguboasă, atât pe termen lung cât și pe termen scurt. În concluzie putem spune că autoritățile competente ar trebui să dovedească profesionalism, curaj, dăruire în munca lor, pentru că numai efortul lor îngemănat poate reduce considerabil acest adevărat flagel care este evaziunea fiscală. Din categoria acestor autorități fac parte Garda Financiară, Direcția generală a finanțelor publice și controlului financiar de stat, Departamentul de combatere a crimei organizate și serviciul economic din cadrul Poliției, departamente economice ale serviciilor secrete.

4. CONCLUZII

Evaziunea fiscală a devenit un fenomen omniprezent în plan economic și social. Amploarea pe care a luat-o evaziunea fiscală este îngrijorătoare deoarece în lipsa măsurilor de combatere se pare că atentează deja la stabilitatea economiei naționale. În plan economic o situație echilibrată a bugetului de stat ar conduce la echilibrarea macroeconomică și la asigurarea condițiilor unei dezvoltări economice.

Evaziunea fiscală este rezultanta logică a defectelor și inadvertențelor unei legislații imperfecte și rău asimilate, a metodelor și modalităților defectuoase de aplicare, precum și neprevederii și nepricerii legiuitorului a cărui fiscalitate excesivă este tot așa de vinovată ca și cei pe care îi provoacă prin aceasta la evaziune. Amenzile fiscale nu-l vor determina pe contribuabil să declare exact veniturile pe care le are, ci îl vor determina să ia o serie de precauții mai minuțioase, pentru a se sustrage de la obligațiile sale față de stat.

Există o psihologie a contribuabilului de a nu plăti decât ceea ce nu poate să nu plătească. Natura omenească are întotdeauna tendința să pună interesul general în urma interesului particular; ea

este înclinată să considere impozitul mai mare ca un prejudiciu. Există acest spirit de a se sustrage de la obligațiile față de fisc, un sentiment colectiv de amoralitate fiscală, sentiment mai puternic și mai viu manifestat în păturile orășenești, agravat de o strâmtă și egoista înțelegere a datoriilor sociale.

În condițiile economiei de piață, organele fiscale se confruntă cu un fenomen evazionist ce ia proporții de masă, din cauza tendinței de a fi sustrate de sub incidența legii venituri cât mai substanțiale. Proliferarea faptelor ilegale, îndeosebi a celor din domeniul economico-financiar, este o consecință a unor imperfecțiuni ale legislației sau a lipsei unor reglementări. În perioada tranziției la economia de piață, lacunele legislative sunt mai evidente.

Lipsa unor reglementări legale, în condițiile în care capitalul de stat a suferit modificări esențiale în favoarea capitalului privat, creșterea și diversificarea numărului de agenți economici, cărora le revin obligații fiscale, au creat posibilitatea sustragerii de la plata impozitelor, taxelor și a altor sume datorate statului, pentru majoritatea agenților economici nou înființați. Creșterea alarmantă a cazurilor de neevidențiere corectă a operațiunilor economice, înregistrările fictive în contabilitate, înființarea unor firme având ca scop efectuarea unei singure operațiuni comerciale de amploare neînregistrată în evidențe, și apoi abandonate în totalitate, distrugerea intenționată de documente, diminuarea procentului de adaos comercial practicat, folosirea unor evidențe duble, întocmirea și prezentarea de date nereale în bilanțuri și în balanțe, ascunderea unor activități comerciale, nedeclararea sucursalelor, filialelor, punctelor de lucru, a depozitelor și magaziiilor, prezentarea de documente false la operațiunile de import-export, au făcut necesară luarea unor măsuri ferme de stopare a fenomenului de evaziune fiscală.

În mod nemijlocit ea este determinată de atitudinea agenților economici și persoanelor fizice care activează pe teritoriul României, față de îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor, contribuțiilor și altor sume datorate statului, ca urmare a activităților economice care generează venituri supuse impozitării. Acestei atitudini a agenților economici i se adaugă și faptul că în mod nejustificat, unele unități bancare, prelevându-se de secretul bancar, au refuzat categoric să comunice organelor de control date privind disponibilitățile bănești aparținând agenților economici controlați și dinamica acestora.

Pentru combaterea evaziunii fiscale nu este necesar să se impună niște sancțiuni drastice, ci ar trebui realizat un control fiscal eficient, un sistem legislativ viabil și poate în primul rând o educație fiscală a cetățenilor. Legile fiscale trebuie să fie simple, clare, precise și relativ stabile, să se facă o deosebire între cazurile când legile sunt încălcate cu intenție de fraudă sau când sunt încălcate din culpă, din neglijență, sau din cauze independente de voința contribuabilului.

În concluzie, declanșarea acțiunii de dovedire a evaziunii fiscale este nu numai pretențioasă, ci și dificilă, deoarece sunt stabilite reguli foarte stricte în legătură cu ce se poate admite drept dovadă, care, de regulă, trebuie susținută cu probe materiale și cu martori.

Referințe bibliografice:

- Martinez, J.C. „Le fraude fiscale”, Paris, 1990.
- Nandra, E. R. „Competiția fiscală: infernul și paradisul fiscal”, Cluj-Napoca: Sfera, 2008, pag.253.
- Olteanu I., Bistriceanu G. – „Evaziunea fiscală. Metode și tehnici de combatere a evaziunii fiscale”, Editura ASE, București, 2005, pag.27.
- Patroi, D. – „Evaziunea fiscală între latura permisivă, aspectul contravențional și caracterul infrațional”, Editura Economică, București, 2006, pag. 13.
- Văcărel, I. „Tendințe în evoluția sistemelor fiscale ale țărilor membre ale OCDE, Uniunii Europene și României”, București: Centrul de Informare și Documentare Economică, 2006.
- Voicu, C. „Spălarea banilor murdari”, București: Sylvi, 1999, pag.372.
- Revista „Adevarul economic” nr. 41/octombrie 2003
- Site-ul Agenției Naționale de Administrare Fiscală din România: <http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Informatii>
- Site-ul Băncii Naționale a României: www.bnr.ro/ statistică.
- Site-ul Institutului Național de Statistică al României: www.insse.ro/ date statistice.

EVAZIUNEA FISCALĂ INTERNAȚIONALĂ

Alexandra SIMA¹

Abstract :

International tax avoidance can arise from large multinational corporations who shift profits into low-tax foreign subsidiaries or wealthy individual investors who setup secret bank accounts in tax haven countries. Multinational firms can artificially shift profits from high-tax to low-tax jurisdictions using a variety of techniques, such as shifting debt to high-tax jurisdictions. This article summarizes proposals that are designed to address or have consequences for international tax evasion and avoidance.

Cuvinte cheie: evaziune fiscală, paradis fiscal, companii offshore, companii multinaționale, taxe.

1. Introducere

Această lucrare analizează fenomenul de evaziune fiscală, încercând o cuantificare a acestuia precum și prezentarea unor metode de depistare și combatere.

Evaziunea fiscală este unul din fenomenele economico-sociale de maximă importanță, cu care, într-o măsură mai mare sau mai mică, toate statele lumii se confruntă. Acest fenomen continuă să reprezinte o prezență constantă în mediul economic și atâta timp cât fiscalitatea va fi abordată de către contribuabili ca o “confiscare nelegitimă” a veniturilor lor, aceștia vor continua să identifice soluțiile de optimizare, mai mult sau mai puțin legale a sarcinii fiscale la care sunt supuși. Prin multitudinea formelor sale de manifestare și prin efectele nefaste pe care le induce, evaziunea fiscală sedimentează bazele existențiale ale economiei subterane în ansamblul său.

În orice societate, necesitatea fiscalității este pe deplin dovedită, nimic altceva neputând înlocui acest mijloc de finanțare și de susținere a statului. În ultimii ani s-a creat o stare de spirit generală legată de conștientizarea implicațiilor bugetare, macroeconomice și sociale ale proliferării evaziunii fiscale. Din păcate, ceea ce se poate face efectiv în acest domeniu este limitarea cât mai mare a consecințelor acestui fenomen, eradicarea sa, fiind practic imposibil de realizat.

Efectele negative ale evaziunii fiscale se resimt direct asupra nivelului încasărilor și veniturilor fiscale, conducând, totodată la apariția de distorsiuni în mecanismele pieței și, nu în ultimul rând, contribuind la crearea unor inechități sociale datorate „excesului” și „înclinației” diferite a contribuabililor către acest fenomen. În toate timpurile, multitudinea obligațiilor pe care le impun legile fiscale contribuabililor, au făcut să stimuleze ingeniozitatea acestora în a inventa diverse procedee de eludare a legilor fiscale. Tendința contribuabilului spre evaziune este accentuată de perceperea impozitului drept o pedeapsă sau o amendă, cu atât mai mult cu cât și în cazul impozitului și al amenzii destinatarul este același: statul. Așadar contribuabilul nu percepe corect de multe ori rolul impozitului, acesta fiind unul din principalele motivele ale dorinței lui de a se sustrage de la plată. În cazul evaziunii fiscale, contribuabilul încearcă să se plaseze într-o poziție cât mai favorabilă, pentru a beneficia cât mai mult de avantajele oferite de reglementările fiscale în vigoare. Altfel spus, evazionistul folosește, de obicei, procedee legale, folosindu-se chiar de porțile lăsate deschise de legiuitor. În perioada de tranziție, în vederea promovării unor activități economice, legislativul a prevăzut în cadrul sistemului fiscal, o anumită strategie, cât și unele facilități, înlesniri sau scutiri de la plata unor obligații fiscale, facilități care, de regulă, sunt însușite și de unii contribuabili care nu au dreptul legal să beneficieze de ele. Asemenea facilități s-au restrâns în prezent, asigurându-se tratamentul neutru și echitabil al contribuabililor.

* Student, Facultatea de Studii Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; Alexandra.sima@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore.

Acțiunile de combatere a formelor de manifestare a evaziunii fiscale au efect sporit, de regulă, când cei desemnați să emită procedurile fiscale sau de control fiscal au stabilit și utilizează căi și metode cât mai diversificate, realiste și eficiente, adaptate la diversele forme de manifestare ale fenomenului. Neglijarea combaterii formelor de manifestare a evaziunii fiscale poate conduce la escaladarea fenomenului până la nivelul fraudei fiscale sau economice. De asemenea, consecințele negative ale acestui fenomen se reflectă și asupra realizării echilibrului bugetar la nivel local și central, asupra puterii de cumpărare a monedei naționale, și nu în ultimul rând, asupra stabilității economiei naționale.

În prima parte a lucrării ne propunem să clarificăm modul în care fenomenul evaziunii este tratat de legislația internațională, urmând ca pe parcursul capitolului 3 să demonstrăm cum sunt utilizate paradisurile fiscale prin intermediul schemelor offshore, iar în capitolul 4 să analizăm situația companiilor offshore înregistrate în paradisuri fiscale la nivelul țării noastre.

2. Fenomenul de evaziune fiscală în legislația internațională

În timpul ultimei decade a existat o tendință crescătoare a puterilor legislative, a agențiilor și organizațiilor interguvernamentale de a se concentra asupra fenomenului de evaziune și fraudă fiscală internațională.

Acest subiect are o importanță crescută ca rezultat direct al climatului de recesiune economică, care a crescut tendința unei părți a contribuabililor de a-și reduce contribuțiile bănești ca sursă a noii finanțe. În același timp, pentru alte motive, guvernele au continuat să recupereze impozitele și taxele pierdute (missing tax) prin lupta împotriva fraudei fiscale, prin evitarea creșterii poverilor fiscale (tax burdenn) și prin modificarea politicilor bugetare naționale.

În cele mai apropiate și mai largi relații ce se stabilesc între contribuabili în ceea ce privește limitele fiscalității și importanța crescută a tranzacțiilor ce depășesc granițele unui stat, atât taxele brute cât și cele nete au demonstrat în mod clar această tendință.

Acest lucru este, probabil, rezultatul faptului că aceste tranzacții cauzează mișcări de capital, acțiuni și persoane în jurul limitelor fiscalității ce sunt facilitate de ascunderea evenimentelor fiscale (taxe eventus) și face mai dificilă strângerea de către autoritățile competente a sumelor datorate de contribuabili bugetelor de stat².

De asemenea, caracterul internațional al tranzacțiilor poate determina ușor caracteristici particulare care, dacă nu sunt luate în considerare de către legiuitor, oferă oportunități pentru dezvoltarea evaziunii fiscale.

Legislația fiscală, atât în țările puternic industrializate, cât și în țările mai puțin dezvoltate, în ultimii ani au oferit instrumente variate de a stopa evaziunea și fraudă fiscală internațională.

Această tendință a dus la ascutirea conflictului dintre fisc și contribuabili, din moment ce continua modificare și înăsprire a legislației fiscale a determinat contribuabilii să găsească procedee legale de reducere a sarcinii fiscale folosind breșele existente în lege. În cadrul organizațiilor internaționale a existat tendința unei examinări atente a nonconformării fiscale, a formelor pe care le ia și a tehnicilor, mijloacelor de contracarare a acesteia.

În 1980 Comitetul afacerilor Fiscale al OECD/OELD (Ommitteean Fiscal Affaires) a publicat un raport – „Frauda fiscală și evaziunea” (Tax evasion and Avoidance) – prin care se evidențiază activitățile care vor fi considerate, în statele membre, a cădea sub acoperirea noțiunilor de evaziune și fraudă-fiscală, și măsurile legale și administrative ce se vor lua împotriva evaziunii și a fraudei fiscale. După munca valoroasă a Grupului ad-hoc de experți în tratate fiscale între țările dezvoltate și cele în curs de dezvoltare (Ad Hoc Group of Expertn an troc treaties between Derelaped and Developing Countries), Națiunile Unite au recunoscut importanța cooperării internaționale pentru

² V.Uckman-„Tax Avoidance/Tax Evasion” by International Fiscal Association, pag.17

combaterea neconformării fiscale, și în 1988 solicită Grupului ad-hoc (redenumit „al experților în cooperare internațională în probleme fiscale”) să urgenteze munca sa asupra evaziunii și a fraudei fiscale.

În același an Consiliul Europei a ținut un colocviu pe tema evaziunii și fraudei internaționale bazat pe rezoluția adoptată de Adunarea Generală a C.E. În 1982, centrul inter-american al administratorilor fiscali (Inter-American center of Tax Administration-CIAT) la a XVI-a Adunarea Generală s-a concentrat pe reducerea neconformării fiscale.

De asemenea, organizații nonguvernamentale au acordat o atenție deosebită acestei chestiuni. Evaziunea fiscală (frauda fiscală) a fost subiectul acțiunii desfășurate de Asociația Internațională a barourilor (International for Association) la Congresele anuale din 1980 și 1981. Un subiect similar (Flight from Taxation in International Transaction) a fost examinat în 1982 la al XI-lea Congres Internațional de Drept Comparat (The XI International Congress on Comparative Law). Subiectul evaziunii fiscale și fraudei fiscale internaționale a fost în atenția Asociației Fiscale Internaționale (International Fiscal Association) de-a lungul anilor.

Astfel, doar în 1971 și 1975 a existat o examinare a problemei veniturilor și cheltuielilor între corporații ce au relații economice unele cu altele, dar fără referiri la alte arii specifice ale tehnicilor folosite la comiterea evaziunii fiscale și fără corelarea lor cu legislația împotriva abuzurilor (antiabuse legislation). Acest ultim aspect a fost, oricum, examinat în timpul Seminarului IFA „*Folosirea paradisurilor fiscale –uz și abuz*” de la Paris 1980 (The TFA Paris Seminar „*Recourse to Tax Havens- Use and Abuse*”).

Intenția acestui capitol este de a evidenția o abordare variată a fenomenului de evaziune și fraudă fiscală în diferite țări și concentrează atât măsurile generale adoptate de puterile legislative cât și măsurile specifice folosite pentru a controla partea (fața) internațională a acestui fenomen.

Aspectele teoretice și practice ce tratează evaziunea (frauda) fiscală internațională și, de asemenea, semnificația mondială a acestuia sunt examinate din punctul de vedere al majorității țărilor ce fac parte din Asociația Fiscală Internațională (International Fiscal Association-IFA): Argentina, Australia, Austria, Belgia, Brazilia, Canada, Danemarca, Finlanda, Franța, Germania, Grecia, Hong-Kong, Indonezia, Israel, Italia, Japonia, Luxemburg, Mexic, Olanda, Noua Groelandă, Norvegia, Portugalia, Spania, Suedia, Elveția, Marea Britanie, U.S.A., etc.

De asemenea, trebuie luat în considerare că la data de 1 ianuarie 1999 (în cele mai multe cazuri) 11 țări europene – toate având economii de succes – au introdus moneda unică europeană – EURO – ca fiind moneda lor „națională”. În ciuda reuniunii monetare, Europa rămâne încă un continent cu o structură eterogenă formată dintr-o mare varietate de state individuale care toate au parlamente lor naționale și mai ales au diferite tradiții și tipuri de cultură. De aceea, nu este surprinzător ca fiecare țară participantă la reuniunea monetară și-a format regulile proprii în ceea ce privește tranziția de la moneda națională la moneda unică europeană. Atât pentru persoanele fizice, cât și pentru persoanele juridice, în ceea ce privește folosirea EURO, regulile de elaborare a declarațiilor de impunere, plata datoriei fiscale, declarațiile de asigurări vamale se vor face în mod obligatoriu folosind moneda unică europeană.

Aceste reguli oferă condiții diferite de la o țară la alta și sunt un factor decisiv pentru înlăturarea noii monede. De asemenea, această varietate de reguli de trecere de la moneda națională la moneda unică europeană pot crea posibilități atractive pentru unele persoane fizice sau juridice de a aplica anumite metode cu scopul de a-și reduce sarcina fiscală.

Odată cu înființarea uniunii monetare europene aceste reguli diferite vor dispărea și odată cu ele va dispărea o serie întreagă de diferențe legislative și economice care în prezent situează diferite companii (din state diferite) pe poziții de „inegalitate” și favorizează fenomenul de evaziune fiscală.

În principal, conceptul de fraudă fiscală este destul de clar, adică contribuabilul evită plata impozitelor fără a evita obligațiile fiscale și în consecință, scapă de plata impozitelor și taxelor care sunt fără îndoială datorate conform legilor fiscale și chiar încalcă litera legii. Această definiție nu este adoptată de legislațiile fiscale a tuturor țărilor lumii.

Conform cu cea mai rafinată și mai precisă abordare, fraudă fiscală este violarea directă a veniturilor fiscale, iar efectul negativ asupra venitului bugetului de stat este, prin el însuși, fără importanță atâta timp cât ponderea veniturilor sustrate nu produce efecte negative asupra funcțiilor bugetului de stat. În perioada actuală acest lucru nu se mai poate opune, deoarece fenomenul de sustragere de la plata obligațiilor fiscale a luat amploare din ce în ce mai mare, iar volumul veniturilor sustrate este unul important chiar și pentru bugetele statelor puternic industrializate.

3. Utilizarea paradisurilor fiscale prin intermediul schemelor offshore

Paradisurile fiscale sunt unul din cele mai importante subiecte pentru investitorii și antreprenorii internaționali. Unii spun că sunt folosite doar pentru spălarea banilor, alții spun că sunt doar bănci pentru bani după ce au fost făcuți.

Paradisurile fiscale joacă un rol-cheie în accentuarea mișcării de capitaluri și alcătuirea unor rețele complexe de tranzacții și interacțiuni între state, companii multinaționale, persoane fizice foarte bogate și indivizi obișnuiți³.

S-au dat mai multe definiții paradisurilor fiscale.

Nicolae Hoanță în lucrarea "Evaziunea fiscală" afirmă că paradisurile fiscale sunt "centre financiare care oferă condiții de impozitare mai favorabile".

În "Sistemul fiscal în știința finanțelor" Carmen Corduneanu definește paradisul fiscal ca "orice țară care este considerată ca atare și care se vrea astfel, sau orice teritoriu în care persoanele fizice sau societățile au impresia de a fi impuse mai puțin decât altundeva".

Paradisul fiscal constituie un mijloc, un instrument prin care se realizează evaziunea fiscală internațională de către contribuabilii care caută un tratament fiscal mai avantajos. A considera paradisul fiscal un mijloc de producere a fraudelor fiscale este puțin cam exagerat. Frauda fiscală este sancționată pecuniar și penal, în timp ce contribuabilii care utilizează avantajele oferite de aceste entități teritoriale nu sunt sancționate.

Paradisul fiscal este un fel de "sanctuar economic, un oraș modern sau un refugiu pentru cei asupriți de legile fiscale din propriile țări." Oamenii pot să își mute averile lor în paradisuri fiscale și să evite confiscarea unei părți a acestora de către guvern prin taxe, sau să evite controlul asupra schimburilor, sau pur și simplu să scape de regimuri totalitare.

Extinderea acestui fenomen începe în **anii 1950-1960**, când se înființează companii multinaționale cu filiale în străinătate. Inițial, aceste filiale au servit extinderii societății-mamă în străinătate, în țări care le acordau facilități fiscale și ca loc de refugiu pentru capitalurile destinate a fi reinvestite sau repatriate.

Dar începând cu **anii 1980** se poate vorbi de o adevărată migrație a capitalului spre zone cu reputația de paradis fiscal. În ultimele două decenii, la nivel mondial s-a construit o adevărată „industrie offshore”, propulsată de catalizatoare economice și politice⁴.

Paradisurile fiscale oferă prin ceea ce se cheamă **strategie de planificare fiscală internațională** evitarea poverii fiscale în schimbul plății unei „rente de rezidență”. Dar odată cu creșterea numărului paradisurilor fiscale și a celor care le folosesc, principiile cererii și ale ofertei apar să regleze costul onorariului de licență și al caracterului legal al protecției oferite de paradisurile fiscale. Cu alte cuvinte, paradisurile introduc **alegerea și utilitatea marginală** în problema rezidenței și a suveranității⁵.

³ Bișa Cristian, Costea Ionuț, Capotă Mihaela, Dăncău Bogdan: *Utilizarea paradisurilor fiscale. Între evaziune fiscală legală și fraudă fiscală*, BMT Publishing House, București, 2008, pag. 35

⁴ Kiss L. Gyorgy, Varadi Laszlo, David Jonathan Cooper: *Planificarea fiscală*, Ed. Napoca Star, Cluj-Napoca, 2000, pag. 86

⁵ Ronen Palan: *Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty*

Paradisurile fiscale sunt văzute ca și o strategie perfect legală pentru dezvoltare, în special potrivită statelor mici. Unii autori consideră comercializarea suveranității practicată de state ca un abuz (Gordon, 1981), pe când alții o văd ca o strategie perfect legitimă, dar care poate conduce la abuzuri prin încurajarea evaziunii fiscale și a spălării banilor (Hines și Rice, 1994). Dar aceste abuzuri pot fi evitate într-o oarecare măsură prin standarde internaționale stricte, dar se pare că tocmai datorită reglementărilor excesive și creșterii fiscalității în țările industrializate s-au dezvoltat paradisurile fiscale.

În privința clasificării paradisurilor fiscale există mai multe puncte de vedere și e destul de greu de a face o delimitare precisă și datorită faptului că o țara poate deveni și poate înceta să fie într-o bună zi paradis fiscal.

În prezent, în lume există peste 40 de jurisdicții care sunt paradis fiscal, (după alți autori numărul acestora ajunge la 70), printre cele mai utilizate sunt:

- în **Europa**: Irlanda, Insula Man, Jersey, Cipru, Liechtenstein, Elveția, Portugalia, Alderney, Guernsey, Gibraltar;
- în **zona Pacificului**: Noua Zeelandă, Hong Kong, Vanuatu, Singapore, Malaezia, Samoa de Vest, Nauru, Insulele Cook;
- în **zona Caraibelor**: Bahamas, Bermude, Insulele Cayman, Antigua și Barbuda, Belize, Costa Rica, Panama, Turks și Caicos, Insulele Britanice Virgine, Aruba, Barbados, Antilele Olandeze, Montserrat;
- în **Africa și Oceanul Indian**: Liberia, Insulele Marshall, Mauritius;
- în **SUA**: Delaware, Wyoming, New York, Nevada, Utah;

Principalul motiv care determină alegerea unui paradis fiscal atât de către societăți cât și de persoane individuale este tendința spre minimizarea sarcinii fiscale la care se adaugă realizarea unui mai bun management al riscului și reducerea costurilor.

Utilizatorii individuali ai paradisurilor fiscale se pot gupa în anumite categorii: multimilionari cu averi ce depășesc 2 milioane USD; expatriați și emigranți; oameni de afaceri, în special proprietarii afacerilor de familie; moștenitori ai unor exorbitante averi; antreprenori; inventatori, consultanți, ingineri, avocați, medici, scriitori, deținători ai drepturilor de proprietate etc. În mod tradițional proveneau din Europa și din America de Nord, dar în ultimul deceniu a crescut foarte mult numărul celor care provin din Europa de Est și din Asia de Sud-est. Aleg paradisurile fiscale pentru a-și proteja averile, evitând plata unor impozite apăsătoare în propriile țări, de asemenea pentru a-și păstra anonimitatea și confidențialitatea afacerilor. Unele țări precum Irlanda oferă avantaje fiscale persoanelor fizice în cadrul legii finanțelor din 1969, care au calitatea de artist⁶, dar și pentru deținători de know-how, licențe, mărci de fabricație și alte drepturi intelectuale, fapt care a determinat un adevărat exod al creierelor din țările dezvoltate spre acest paradis fiscal.

Societățile sau corporațiile, de asemenea prin alegerea unui paradis fiscal își reduc în mod semnificativ cheltuielile cu plata impozitelor sau a taxelor, ceea ce antrenează realizarea unor economii de scară, reflectate în final în creșterea profitului care poate fi reinvestit. Dar impactul paradisului fiscal asupra unei companii diferă în funcție de domeniul de activitate al companiei și bineînțeles de tratamentul fiscal aplicat distinct de către fiecare jurisdicție în parte.

Succesul economic al paradisurilor fiscale este reflectat în persistența politicii lor: din 1982 au fost identificate 42 de jurisdicții cu acest statut și numărul lor este în continuă creștere, fapt ce îngrijorează guvernele țărilor infern fiscal. Ca urmare comunitatea internațională consideră binevenită încercarea de a forța paradisurile fiscale să-și abandoneze politicile, dar se pare că paradisurile fiscale vor continua să joace un rol important în lumea afacerilor internaționale.

Una dintre cele mai eficiente și mai "legale" arme ale întreprinzătorului în lupta cu fiscalitatea s-au dovedit a fi așa-zisele "**companii offshore**".

⁶ Dauphin C.: *Ghidul cu adevărat practic al paradisurilor fiscale*, 2005, pag. 252

Prin termenul de "offshore"⁷ limbajul de specialitate britanic desemnează teritoriul situat dincolo de țarm. În jargonul economic american, prin offshore sunt denumite activitățile economice și firmele care își desfășoară activitatea în afara teritoriului național al statului în care acestea sunt rezidenți.

Termenul englezesc "offshore" explicat în noțiuni economice este "activitatea desfășurată în exterior, efectuată în afara legilor țării din care provine investitorul". Altfel spus, o zonă offshore reprezintă spațiul restrâns pe teritoriul unui stat, de obicei în cadrul unui port, aeroport, unde taxele vamale asupra mărfurilor intrate și destinate reexporturilor sunt suspendate și se autorizează realizarea unor operațiuni comerciale, industrial-bancare și de asigurare.

Teoretic, companiile offshore se pot înființa oriunde în lume, dar nu peste tot se pot obține și avantaje fiscale, pentru că o firmă nu va fi scutită de impozit datorită faptului că este o firmă offshore, ci pentru că este un offshore înregistrat într-un paradis fiscal.

Scopul pentru care se decide înființarea unei companii offshore este în principal *minimizarea taxării și reducerea poverii fiscale*, dar prin intermediul unei companii offshore se realizează și un management mai performant al riscului cât și o importantă reducere a costurilor. Companiile offshore pe lângă regimul de impozitare lejer beneficiază și de mult dorita și apreciată *confidențialitate* în fața unui control valutar, având *protecție* împotriva intervenției guvernamentale și a schimbărilor politice exterioare.

Schemele offshore constau în stabilirea și domicilierea unei entități juridice (corporatie, holding, fundație) prin intermediul căreia se derulează afaceri cu alte entități domiciliate în afara statului respectiv. Aceste entități sunt denumite generic "firme offshore" și oferă scutire de la plata impozitelor pe profit, pe creșterile de capital, pe dividende, pe dobânzi, etc.

Companiile offshore au cunoscut o amploare remarcabilă, mai ales în ultimele decenii, fiind o alternativă de a evita povara fiscală din ce în ce mai apăsătoare. Prin termenul de offshore, se înțelege teritoriul situat dincolo de țarm, în larg, departe de țara de origine, în contradicție evidentă cu onshore. În jargonul economic american, prin offshore sunt denumite activitățile economice și firmele care desfășoară activitatea în afara statului în care acestea sunt înregistrate.

Domeniile de utilizare a companiilor offshore pot fi grupate astel:

a) Comerț internațional: prin înființarea unei companii offshore de import-export într-un paradis fiscal este posibilă reducerea impozitării profitului. Compania offshore are rol de intermediar între compania producătoare și client. Cumpără mărfurile de la producător la un preț foarte mic (apropiat de prețul de fabricație) și le vinde clientului la prețul de piață, iar marfa este livrată direct de la societatea producătoare clientului, trecerea mărfurilor prin societatea offshore este doar scriptică. Bineînțeles că în cele mai multe cazuri proprietarul companiei offshore este și proprietarul companiei producătoare. În felul acesta compania offshore (situată în paradis fiscal) colectează profit substanțial care nu va fi impozitat, iar societatea producătoare înregistrată într-un „infern fiscal” obține un profit scăzut sau deloc.

b) Investiții: companiile offshore de investiții se pot folosi pentru realizarea unor investiții care vor produce profituri mari. Astfel, aceste profituri vor fi puse la adăpost de impozitele mari. Cu ajutorul companiilor offshore de investiții se poate asigura anonimatul adevăratului investitor. Un alt avantaj îl constituie faptul că în conturile companiei se pot păstra devize fără îngrădire, eliminând astfel pierderile datorate diferențelor de curs.

c) Tranzacții imobiliare: dacă o companie offshore este proprietara unui imobil, la înstrăinarea acestuia se pot economisi importante sume din taxe. De aceea, este de preferat ca cei care au proprietăți să le dețină prin intermediul unei companii offshore. Există o serie de avantaje precum și evitarea taxelor succesoriale, a impozitelor rezultate din vânzarea investițiilor de capital.

⁷ Potrivit diționarului anual al revistei "The Economist", companiile offshore sunt firme înregistrate în anumite țări sau jurisdicții care au o legislație fiscală fie fără impozite, fie cu impozite foarte scăzute atât timp cât societatea nu desfășoară activități pe teritoriul țării unde sunt înregistrate;

d) Servicii profesionale: prin plata contravalorii unor servicii de consultanță se pot transfera în conturile firmei offshore sume importante fără să se plătească impozit pe profit. În special persoane individuale precum designeri, consultanți, autori, artiști, sportivi semnează contracte cu o companie offshore pentru dreptul de a primi onorariile prin intermediul acesteia, evitându-se astfel plata unor impozite care ar diminua semnificativ aceste onorarii.

e) Operațiuni bursiere: dacă operațiunile la bursă se efectuează prin intermediul unei companii offshore, atunci profitul realizat nu este supus impozitării.

f) Operațiuni de lohn: compania offshore este mijlocul cel mai răspândit prin care se reduce impozitul pe profit realizat în urma executării contractului de lohn.

g) Proprietate intelectuală: o companie offshore poate cumpăra sau poate fi mandatată pentru dreptul de a folosi un patent, drepturi de autor, licență, know-how de la sau de către deținătorii originali cu drept de sublicență. Odată achiziționat dreptul de proprietate intelectuală de către o companie offshore, aceasta poate furniza drepturile de proprietate în sublicență în întreaga lume, exploatând drepturile de proprietate în diverse țări.

h) Shipping: folosirea unei companii offshore de shipping poate elimina impozitarea directă sau indirectă. Fără îndoială că în ultimii ani s-au produs mari transferuri de nave comerciale înregistrate în zone tradiționale ca Marea Britanie, Norvegia sau Grecia, către jurisdicții navale offshore precum Panama, Liberia, Isle of Man, Cipru și Gibraltar.

i) Recrutare de personal: companiile offshore pot fi folosite de către patroni cu scopul de a reduce impozitul pe salariile angajaților. În acest caz banii ce urmează să fie utilizați pentru salariile angajaților sunt transferați în conturile companiei offshore în care lucrează de fapt angajații.

j) Asigurări: societăți de asigurare offshore captive sunt constituite de către o companie înregistrată într-o țară cu fiscalitate ridicată sau de către un grup de asemenea companii și pot fi folosite pentru asigurarea riscurilor firmei mamă în condiții mai avantajoase decât cele oferite de obicei de societatea de asigurare.

Societățile captive offshore sunt societăți de drept străine și își desfășoară activitatea în alte țări în conformitate cu legislația din țara gazdă. Ele constituie majoritatea covârșitoare a societăților captive, respectiv 85% din total. Cele mai multe societăți captive "offshore" își au sediul în: Insulele Bermude (1336), Insulele Cayman (500), Guernsey (300), Bahamas, Seychelles, care dețin împreună circa 75% din totalul societăților captive din toată lumea. Celelalte sunt situate în Caraibe, Gibraltar, Insula Man, Channel Islands, Insulele Virgine Britanice, Nauru, Singapore, Vanuatu, Barbados⁸.

k) Operațiuni bancare: o bancă offshore poate fi utilizată și pentru finanțarea operațiunilor internaționale efectuate de fondatorii băncii respective, în scopul evitării problemelor legate de limitări valutare. În ultimii ani din ce în ce mai multe instituții bancare s-au stabilit în paradisuri fiscale precum: Anguilla, Antilele Olandeze, Bahamas, Bahrein, Barbados, Insulele Cayman, Costa Rica, Emiratele Arabe Unite, Guernsey, Hong Kong, Liban, Luxemburg, Insula Man, Panama, Saint Vincent, Seychelles, Singapore, care au devenit adevărate centre financiare internaționale.

În paradisurile fiscale se pot constitui două tipuri de societăți bancare:

✓ bănci de tip A sau de tip **unrestricted**, sau cu autorizație de funcționare nerestrânsă, care pot opera atât pe piața națională cât și pe cea externă

✓ bănci de tip B sau de tip **restricted**, sau cu autorizare de funcționare restrânsă, care nu pot interveni pe piața bancară internă, națională, pot efectua tranzacții doar cu nerezidenți, deci altfel spus acest tip de bănci pot opera doar în afara statului în care s-au înmatriculat.

Printre formele de evitare a plății impozitelor se află și **aranjamentele financiare**, precum *împrumutul între firme*, care plasează venitul brut (de impozitat) în jurisdicția cu taxele cele mai mici.

⁸ Ciumaș Cristina: *Economia asigurărilor*, Ed. Casa Cărții de Știință, Cluj-Napoca, 2006, pag. 81

Metodele convenționale a fraudei fiscale internaționale constau în special în două tehnici:

1. transferul profiturilor către o țară cu impozite reduse, prin manipularea prețurilor tranzacțiilor

2. nerepatrierea veniturilor încasate în străinătate, prin manipularea remunerațiilor

1. Tehnica transferului profiturilor ridică una din cele mai cunoscute probleme ale dreptului fiscal internațional. Problema manipulării prețurilor de transfer apare între relațiile dintre societățile-mamă și filialele acesteia, membrii unui grup având în realitate, o autonomie foarte limitată în raport cu societatea-mamă care-i conduce. Tranzacțiile comerciale care au loc între diferitele societăți de grup, dau loc la prețuri fixate nu atât în funcție de adevărul economic (prețul pieței) cât de o stratagemă fiscală utilizând porțițele și breșele oferite de diferitele legislații fiscale.

O formă a strategiei fiscale internaționale (*international tax planning*) o constituie "**treaty shopping**" și constă în compararea avantajelor și inconvenientelor convențiilor utilizabile. Va fi reținută convenția (dintre state) care facilitează recurgerea la structuri juridice de natură să reducă sarcina fiscală fără să comită totuși ilegalități. Termenul *treaty shopping* este de origine engleză sau americană, dar practica nu este specifică numai societăților din aceste țări. Această tehnică în sine nu este ilegală: ea relevă o strategie fiscală care permite să se obțină cel mai bun avantaj de pe urma convențiilor fiscale existente. Totuși *treaty shopping* este considerată o formă abuzivă a planificării fiscale, constând în crearea în mod artificial a condițiilor de a beneficia de avantajul fiscal convențional, permițând astfel creșterea beneficiului net prin micșorarea costului fiscal.

Ostilitatea guvernelor față de *treaty shopping* se explică prin aceea că țara-sursă pierde din încasări fiscale pentru că va aplica o rată de reținere la sursă mai mică. Pe de altă parte, practica *treaty shopping* încurajează multiplicarea tranzacțiilor care nu au, în general, consistență economică. În același timp ea riscă să micșoreze încrederea contribuabililor în propriul lor sistem fiscal. Nu în ultimul rând, recurgerea la *treaty shopping* reduce puterea de negociere a țării în care se află sursa de venit atunci când aceasta caută să obțină pentru proprii săi rezidenți avantaje de ordin fiscal de la statul străin cocontractant. Toate aceste motive justifică măsurile anti-*treaty shopping* pe care statele încearcă să le ia. Multiplicarea convențiilor bilaterale privind evitarea dublei impunerii a creat obligații referitoare la asistență, implicând schimbul de informații în legătură cu veniturile sau patrimoniile. Cooperarea multilaterală în materie de luptă împotriva fraudei și evaziunii fiscale a fost de asemenea dezvoltată odată cu crearea "grupului celor patru" în 1970, materializată prin întâlniri anuale ale directorilor generali ai administrațiilor financiare din Franța, Germania, Marea Britanie și SUA.

Prin transfer se înțelege, în sens larg, orice ieșire de valori constatată în conturile unei întreprinderi care corespunde unei intrări de aceeași valoare în conturile unei alte întreprinderi. Pentru ca administrația fiscală să poată stabili *prezumția de transfer indirect de beneficii în străinătate* trebuie reunite două condiții: existența simultană de legături de dependență între societăți și existența unui avantaj anormal.

În mod concret, frauda fiscală are loc prin majorarea prețurilor de cumpărare sau micșorarea prețurilor de vânzare.

Majorarea prețurilor de cumpărare funcționează la import, în timp ce micșorarea prețurilor de vânzare operează la export. "De exemplu, o firmă multinațională dintr-o țară exportă mărfuri în altă țară utilizând în acest scop serviciul a două filiale ale sale: cea din Bermuda și cea din țara importatoare. Societatea-mamă din țara exportatoare exportă inițial filialei din Bermuda, stabilind în mod artificial un preț de transfer scăzut, astfel încât profiturile operațiunii apar nu în țara exportatoare ci la filiala din Bermuda. La rândul ei, filiala din Bermuda exportă mărfurile filialei din țara importatoare la un preț de transfer artificial ridicat, astfel încât, și de această dată, profiturile apar în bilanțul filialei din Bermuda. Scopul acestor operații este transferarea celei mai mari părți din profit

în Bermuda, unde impozitele pe venit sunt deosebit de scăzute. Mărfurile nu ajung niciodată în Bermuda. Totul este făcut numai scriptic.”⁹

Exemplul 1. Presupunem că o companie petrolieră din România, pe care o denumim „A”, exportă produse petroliere unei societăți din Austria, „B”. Firma „A” livrează un lot de bunuri al cărui preț de vânzare este 300.000\$ și înregistrează un cost total pentru lot de 200.000\$. Există două posibilități: să se facă vânzarea direct - cazul a) și prin intermediul unei filiale (firmă offshore din Cipru, „C” - cazul b).

Societatea „A” înregistrează următoarele situații:

a) Vânzare directă

Cost total de producție	200.000\$
Preț de vânzare	300.000\$
Profit brut	100.000\$
Impozit pe profit datorat în România	16% \times 100.000=16.000\$
Rezultat net	300.000-200.000-16.000=84.000\$

b) Vânzarea prin intermediul unei filiale offshore din Cipru, care refacturează marfa firmei din Austria, înregistrând un cost suplimentar de refacturare de 1.000\$

Cost total de producție	200.000\$
Preț de vânzare către filiala din Cipru	210.000\$
Profit brut	10.000\$
Impozit pe profit datorat în România	1.600\$
Cost de refacturare pentru revânzare	1.000\$
Preț de revânzare	300.000\$
Profit brut înregistrat de filiala din Cipru	300.000-210.000-1.000=89.000\$
Impozit datorat în Cipru	10% \times 89.000\$ = 8.900\$
Impozit total înregistrat la nivelul grupului	1.600\$+8.900\$=10.500\$
Economie de impozit	16.000\$-10.500\$=5.500\$
Rezultat net consolidat la nivel de grup	300.000-201.000-10.500=88.500\$

Se observă că se înregistrează o economie de impozit de 5.500\$, iar rezultatul net consolidat este mai mare cu 4.500\$. Dar situația este și mai avantajoasă în cazul în care impozitul este zero pentru filiala offshore (cazul altor jurisdicții) sau când cifra de afaceri este mult mai importantă.

Administrațiile fiscale încearcă eliminarea unor astfel de practici prin stabilirea prețului de tranzacționare "normal". Și în acest sens există mai multe metode.

Organizația Economică pentru Dezvoltare și Cooperare recomandă folosirea prețurilor pentru tranzacțiile obișnuite pe piața respectivelor bunuri și servicii, respectiv tranzacții care au loc între întreprinderi independente. Dar este destul de greu din punct de vedere practic pentru că asta

⁹ Mugur N., Ștefănescu P., Isărescu M.: *Afaceri în căderi financiare în lumea capitalului*, Ed. Dacia, CN, 1979, pag. 223

înseamnă să existe pe piață tranzacții comparabile, produse identice în condiții de tranzacționare identice ceea ce nu este totdeauna posibil.

O altă metodă face referire la prețul de vânzare către un terț independent: prețul real pentru un bun cumpărat de la o altă componentă a grupului este stabilit pe baza prețului de vânzare către o firmă independentă (din afara grupului) din care se scade o cotă normală de adaos aplicat de vânzător, costul eventual al finanțării stocului, avându-se în vedere și riscul pe care și-l asumă acesta.

Tranzacțiile intra-grup se pot referi atât la bunuri, cât și la servicii sau tehnologii ori mărci comerciale. Pentru acestea din urmă, controlul fiscalului este îngreunat mai ales din cauza naturii lor necorporale. Plata unui astfel de transfer îmbracă forma unei redevențe care acoperă costul unei licențe de exploatare sau chiar asistență tehnică. De multe ori în jurisdicții offshore se înființează filiale care îmbracă forma unor laboratoare sau centre de cercetare mai mult fictive (în special în domeniul farmaceutic) astfel încât serviciile prestate de aceste filiale pot îmbrăca valori foarte dificil de cuantificat la un preț real.

O altă schemă poate implica delocalizarea angajaților unui departament de cercetare-dezvoltare dintr-o țară cu fiscalitate ridicată, într-un paradis fiscal. În ciuda costurilor suplimentare care apar per ansamblul grupului se pot obține economii substanțiale de impozit.

Avansuri și împrumuturi intra-grup

Atunci când una din componentele grupului are dificultăți de trezorerie o alta poate să îi ofere sprijin financiar acordându-i un împrumut.

Exemplul 2. Presupunem un grup format din trei societăți (A, B, C), situate în trei țări diferite în care impozitul pe profit este 35%, 1% și 30%. Societatea dominantă este C. Dacă grupul dorește să facă o investiție masivă de 1.000.000\$, sub formă de împrumut acordat lui A, atunci creditul poate veni direct de la C la A, cu o dobândă de 10% pe an. Câștigul realizat (fără a considera alte cheltuieli) al societății C este $10\% \times 1.000.000 = 100.000\$$, pentru care ar plăti un impozit de $30\% \times 100.000 = 33.000\$$.

Dar dacă operațiunea se face prin intermediul lui B, C împrumută pe B cu 1.000.000\$ cu o dobândă de 1% și B împrumută, la rândul lui, pe A, cu aceeași sumă, cu o dobândă de 10%. Situația se prezintă astfel:

La soc. A: Cheltuieli de $10\% \times 1.000.000 = 100.000\$$;

La soc. B: Cheltuieli cu dobânda de $1\% \times 1.000.000 = 10.000\$$

Venituri din dobânzi $10\% \times 1.000.000 = 100.000$

Rezultat brut 90.000\$

Impozit pe profit $1\% \times 90.000 = 900\$$

La soc. C: Venituri din dobânzi $1\% \times 1.000.000 = 10.000\$$

Impozit pe profit $30\% \times 10.000 = 3.000\$$

Impozit total la nivelul grupului: $900 + 3.000 = 3.900\$$, față de 33.000\$ cât ar fi trebuit să plătească fără intermediarul offshore.

În acest fel societatea-mamă își diminuează baza impozabilă și obligațiile către bugetul de stat. Administrația poate să stânjenească metoda transferurilor de beneficii rezultate din micșorarea prețului de vânzare sau majorării prețului de cumpărare prin impunerea respectării *principiului prețului just* (arm's length prices) fără a ține seama de legăturile de dependență dintre societățile în cauză.

Un *avantaj anormal* poate rezulta din împrumuturi sau avansuri consimțite de către o întreprindere în favoarea alteia, cu scutire de plată a dobânzilor sau cu dobânzi reduse. Au loc în acest caz *operații financiare anormale* care conduc la evaziune sau fraudă fiscală.

2. Metoda manipulării remunerațiilor serviciilor în străinătate constă în nerepatrierea veniturilor încasate. Evaziunea, dacă nu fraudă, este adesea permisă prin societățile de bază sau societățile fictive care primesc remunerațiile, pentru serviciile datorate unui contribuabil dintr-o țară puternic fiscalizată. Procedul este frecvent întâlnit în cazul profesiunilor artistice și sportive. Acest procedeu a fost descoperit în anii '60 și este cunoscut sub numele "**rent a star company**" (societate care închiriaza serviciile unei vedete). El a permis mai multor artiști și sportivi francezi să sustragă de la impozitare o mare parte a veniturilor lor. Procedul a fost întrebuințat pentru prima oară în SUA de către membrii show-business care au implementat societăți fictive în insulele Caraibe, situate în apropierea Floridei. Actorul sau sportivul profesionist primește o remunerație fixă vărsată de către societatea pe care el o controlează și mult inferioară onorariilor vărsate de către societățile producătoare sau organizatorii de întreceri sportive. Sunt cunoscute în acest sens afacerile Johanson, boxer suedez care și-a creat o societate în Elveția, și Nat King Cole, "regele" jazz-ului anilor 1960 care era salariat al unei societăți panameze ale cărei acțiuni aparțineau în ultimă instanță unui trust din Bahamas al cărui beneficiar era soția sa.

Există o multitudine de căi pentru evitare impozitelor, în funcție de tipul și locația afacerilor, strategia investițională, strategia fiscală, etc. Una dintre ele este **subcapitalizarea unei filiale (thin capitalisation)**. O societate mamă își constituie o filială într-un paradis fiscal, dar subscrie un capital mult inferior celui necesar, iar restul i-l pune la dispoziție sub formă de împrumuturi pentru care urmează a primi dobânzi (desigur împrumutul se face prin intermediul unei filiale localizate optim). Această modalitate este preferată subscrierii de capital, pentru că pentru dobânzi se beneficiază de deducere (când apar ca și cheltuială), iar când sunt un venit pentru un nerezident nu sunt impozitate, pe când dividendele care se primesc ca urmare a participării la capital sunt impozabile și cu o cotă destul de ridicată.

Schemele offshore constau în stabilirea și domicilierea unei entități juridice (corporație, holding, fundație) prin intermediul căreia se derulează afaceri cu alte entități domiciliate în afara statului respectiv și care oferă scutire de la plata impozitelor pe profit, pe creșterile de capital, pe dividende, pe dobânzi, etc. (figura nr.1).

4. Analiza companiilor offshore care își desfășoară activitatea în România

În continuare vom analiza companiile offshore înregistrate în paradisuri fiscale la nivelul întregii țări, pe baza statisticilor publicate de Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru anii 2007, 2008 și datelor disponibile până la 28 februarie 2009. Statisticile cuprind clasamente pe țări de rezidență a investitorilor în societăți comerciale cu participare străină la capitalul social. Analiza prelucrează datele aferente principalelor paradisuri fiscale din aceste clasamente: Antilele Olandeze, Cipru, Elveția, Gibraltar, Insulele Bermude, Insulele Marshall, Insulele Virgine Britanice, Irlanda, Liban, Liechtenstein și Luxemburg.

Figura nr. 1. Utilizarea paradisurilor fiscale prin intermediul schemelor offshore

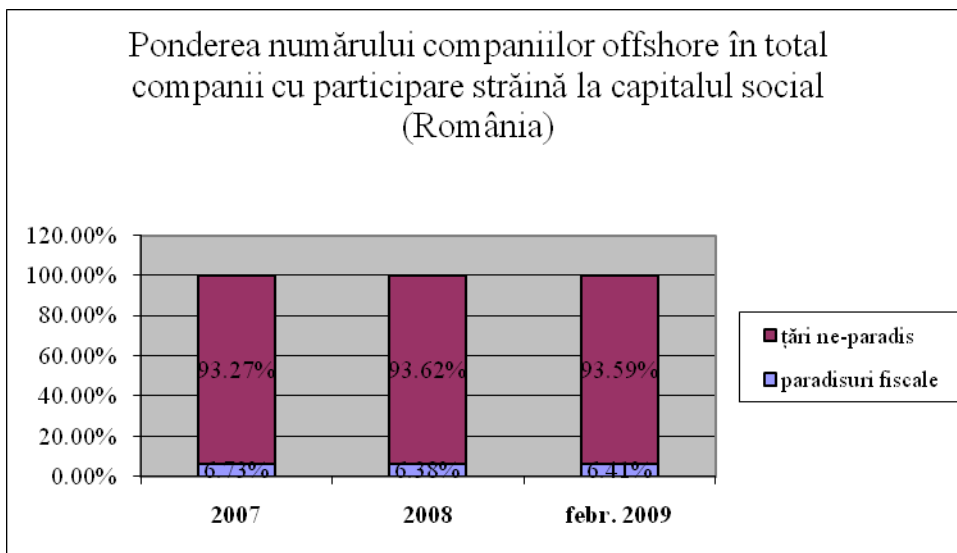


*Societatea ecran sau societatea releu este aceea societate care nu are o existență fizică și cel mai adesea se rezumă la o simplă cutie de scrisori, având doar o existență fictivă și care permite "transferul de fonduri", adică un circuit financiar stabil care permite reciclarea banilor. Cel mai adesea sunt societăți de import-export, însă de asemenea pot fi companii aeriene, firme de asigurări sau societăți bancare, filiale ale companiilor multinaționale.

Numărul de societăți comerciale cu participare străină la capitalul social la nivelul României la 31 decembrie 2007 este de 107.398. În graficul nr. 1 se poate vedea cum în anii următori acest număr crește, însă nu este o creștere considerabilă: în 2008 este de 111.579, iar în februarie 2009 de

120.910 de companii străine. Din acest total, la nivel de țară 7.224, 7.579, respectiv 7.754 de companii au investitori ai căror țară de origine este o oază fiscală.

Graficul nr. 1



Sursa: date statistice ale ONRC

Ponderea numărului companiilor offshore din total companii cu participare străină la capitalul social este relativ constantă pe perioada 2007 - febr. 2009. Se observă că în anul 2007 societățile înregistrate în paradisuri fiscale dețin 6,73% ca pondere în totalul societăților străine din România. În anul 2008 această pondere înregistrează o scădere ușoară până la 6,38%, respectiv 6,41% în februarie 2009. Cu toate că numărul companiilor offshore crește, ponderea acestora în totalul companiilor cu participare străină la capitalul social este în scădere.

Clasamentul paradisurilor fiscale din care provin investitorii principali ai acestor companii cuprinde pe primele locuri Liban, Cipru, Elveția.

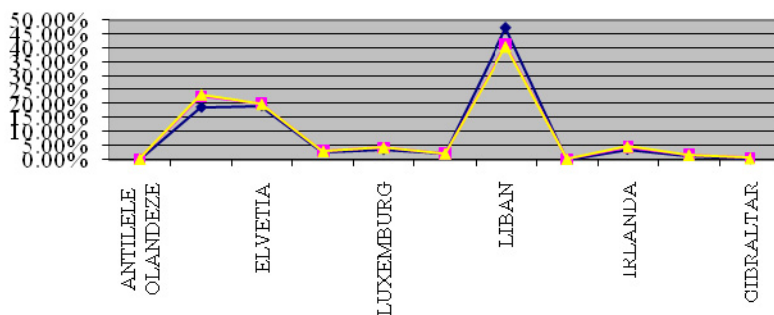
Este însă interesant să observăm și modificările intervenite, evoluțiile pe această perioadă a ponderii companiilor offshore pe paradisuri fiscale în totalul societăților înregistrate în astfel de țări.

După cum putem remarca din graficul nr. 2 evoluția numărului companiilor înregistrate în paradisuri fiscale este aproximativ similară în cei trei ani de analiză (2007 - febr. 2009). Tendința este aceeași - în general de creștere - cu câteva excepții, când se înregistrează scăderi mici (mai ales în perioada 2008-febr. 2009).

O explicație ar fi faptul că analiza nu folosește date pe întregul an 2009, ci doar din primele două luni al acestuia. Pe de altă parte, evoluția acestei ponderi este influențată de schimbările legislației fiscale a țărilor-paradis/infern, și în cazul paradisurilor europene de reglementările EU și OECD. Măsurile luate de aceste organizații internaționale încearcă să influențeze în sensul dorit de acestea evoluția paradisurilor fiscale și a companiilor offshore, însă de multe ori metodele "neconvenționale/imorale" a contribuabililor care doresc să evite impozitele sunt mai ingenioase. Mobilitatea acestor persoane, și mai ales a banilor lor le conferă avantajul de a se stabili într-un nou paradis fiscal dacă fiscalitatea celui folosit anterior devine apăsătoare.

Graficul nr. 2

Evoluția ponderii companiilor offshore în total societăți înregistrate în paradisuri fiscale (România)



Sursa: date statistice ale ONRC

De remarcat ar fi datele privind Cipru, Elveția, Liban, aceste state fiind cele din care provin majoritatea investitorilor străini. Investitorii din Liban au înființat în România 3.410 companii în 2007, 3.132 în 2008, iar până la sfârșitul lunii februarie 2009 în statisticile ONRC se înregistrează 3.148 companii cu participare libaneză la capitalul social. Ca număr ocupă un loc important (chiar dacă este în scădere), însă pentru o analiză relevantă trebuie luat în considerare și capitalul social al acestor companii. Dacă și aceasta este de o mărime considerabilă, se poate spune că țara respectivă (în acest caz: Liban) întradevăr este un investitor important și joacă un rol la fel de important în viața economică și mediul de afaceri român.

În continuare analiza urmărește ponderea capitalurilor sociale subscrise de companiile offshore înregistrate în paradisurile fiscale și de companiile cu participare străină la capitalul social din țările ne-paradis, raportat la total capital străin (Graficul nr. 3).

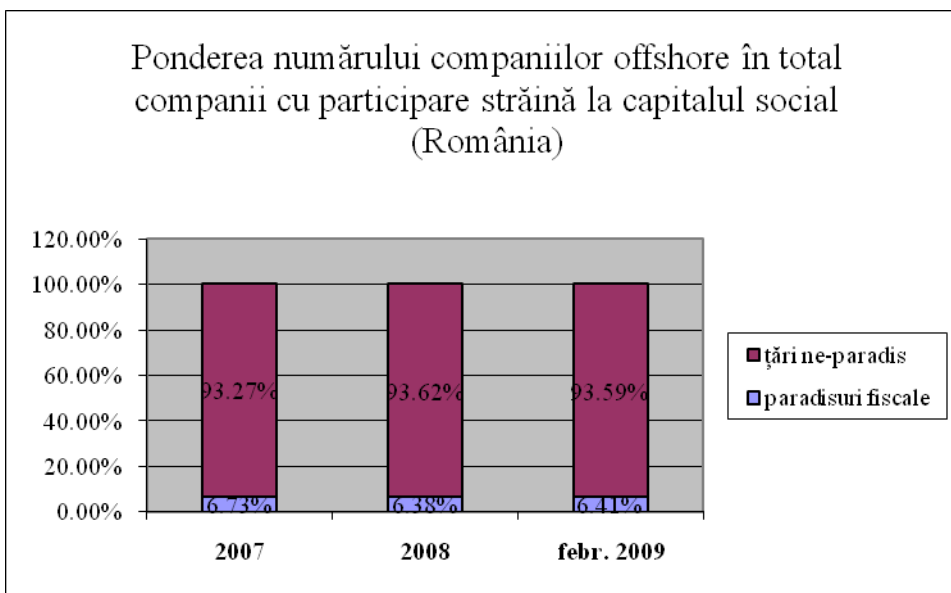
Din grafic reiese că ponderea capitalului companiilor offshore din totalul capitalului străin este destul de restrânsă în 2007 (20,77%) și până la sfârșitul lunii februarie 2009 (16,23%). În 2008 se observă o creștere dramatică (de aproape 34%) în comparație cu anul anterior, la 54,36%. Această creștere provine din capitalul străin din Luxemburg, care reprezintă 46,38% din totalul capitalului străin din companiile cu capital străin care operează în România.

În 2007 nivelul înregistrat al capitalului străin este de 26.839.559,4 mii RON (Anexa nr. 1), în 2008 de 69.212.597,8 mii RON - din care Luxemburg reprezintă 32.100.282,6 mii RON - (Anexa nr. 2), iar datele până la sfârșitul lunii februarie 2009 arată o mărime de 34.914.565,2 mii RON.

Evoluția și amploarea capitalului străin ar putea fi explicat prin creșterea/scăderea numărului de companii cu participare străină la capital înregistrate. Totuși, în cazul de față, această explicație nu poate fi luată în considerare deoarece din graficele anterioare reiese că numărul companiilor offshore și celor cu participare străină la capital înregistrate în țări ne-paradis este aproape constantă cu o ușoară tentă de scădere.

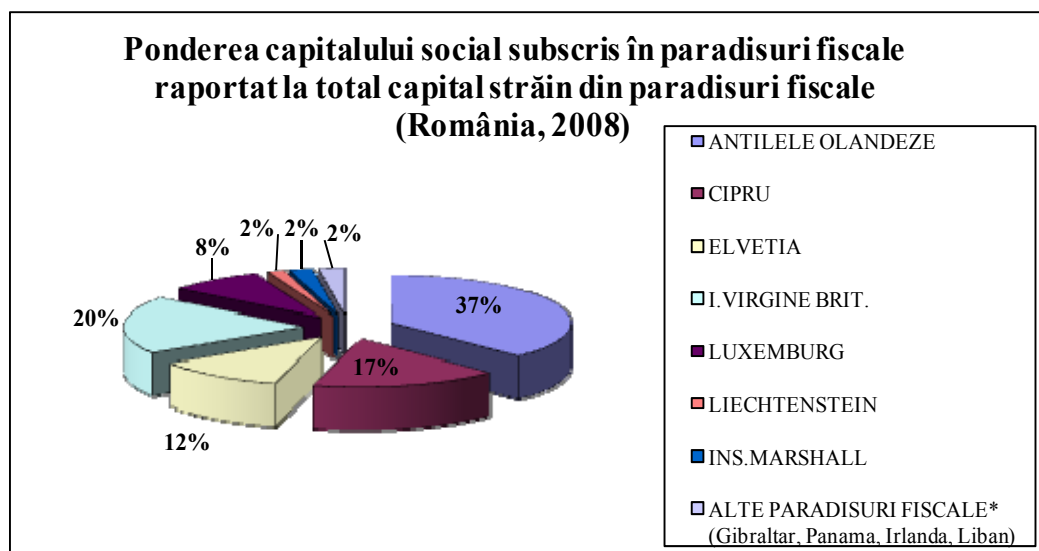
Graficul nr. 4 prezintă aceleași date ca și graficul anterior, însă ca și pondere din totalul capitalului străin din respectivele paradisuri fiscale. Astfel Antilele Olandeze au o pondere în totalul capitalului străin din paradisuri fiscale de aproximativ 36%, urmat de IVB (20%), Cipru (17%), Elveția (12%), etc. Celelalte paradisuri fiscale au o pondere sub 10%.

Graficul nr. 3



Sursa: date statistice ale ONRC

Graficul nr. 4



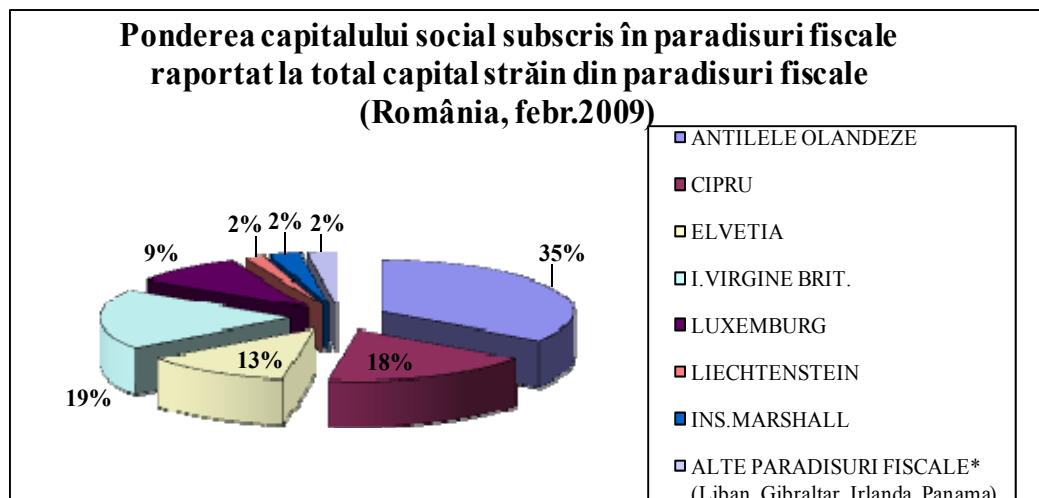
* sub 1%

Sursa: date statistice ale ONRC

Graficul nr. 5 prezintă datele graficului anterior ca pondere din totalul capitalului străin din respectivele paradisuri fiscale. Astfel Antilele Olandeze au o pondere în totalul capitalului străin din paradisuri fiscale de 34,55%, urmat de IVB (19,05%), Cipru (17,97%), Elveția (12,58%), celelalte paradisuri fiscale analizate având o pondere sub 10%.

Evaziunea fiscală internațională este deci o formă a evaziunii fiscale. Alături de regimurile fiscale privilegiate oferite, paradisurile fiscale reprezintă una dintre modalitățile de realizare a "fugii fiscale internaționale".

Graficul nr.5



* sub 1%

Sursa: date statistice ale ONRC

În lumea afacerilor, în mod evident, se face uz de avantajele fiscale pe care le reprezintă diferitele legislații fiscale în diferitele țări ale lumii, ceea ce permite o fiscalitate mai mică pentru afacerea respectivă. Legislația fiscală a unor state, în general mici, este foarte favorabilă întreprinzătorului permițându-i inițierea unor persoane juridice, care apoi, beneficiind de fiscalitatea redusă a țării de înregistrare pot să-și desfășoare activitatea în alte state unde fiscalitatea e mult mai apăsătoare.

Astfel persoanele juridice sunt în general societăți comerciale care se bucură de această personalitate juridică printr-o ficțiune a legii. Ca persoane juridice ele nu pot să existe dacă sunt animate de persoane fizice a căror interese le reflectă.

Importanța lumii offshore este ilustrată de faptul că cele mai mari bănci internaționale au creat filiale bancare și sunt prezente în centrele financiare offshore. În același timp, cele mai mari fundații de investiții din lume, administratori de fonduri și companii trust operează și ele prin filiale offshore.

Împotriva extinderii paradisurilor fiscale se duce o adevărată luptă promovată în special de țările dezvoltate. Atâta timp cât statul bunăstării există (și se extinde) va fi o presiune tot mai mare pentru majorarea taxelor. Așa se explică intensificarea asaltului din ultima vreme dintre guvernele statelor cu taxe ridicate (inclusiv SUA) și națiunile lumii cu o fiscalitate redusă. O campanie - coordonată de 29 de națiuni (inclusiv SUA), în cadrul OECD, Uniunea Europeană, Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional, Organizația Națiunilor Unite, WTO (Organizația de Comerț Mondial),

Departamentul Trezoreriei Americane și Congresul SUA – a ținut ceea ce se cheamă "practici fiscale dăunătoare" ale națiunilor sau teritoriilor cu fiscalitate scăzută¹⁰.

OECD a propus o serie de măsuri de penalizare pentru folosirea paradisurilor fiscale, asta din dorința de a restricționa abilitatea companiilor multinaționale de a se izola în jurisdicții cu fiscalitate zero.

Fiecare din aceste inițiative cuprinde un set de obiective prin care se intenționează eliminarea minimizării impozitului pe venit, eliminarea posibilității unui stat membru de a oferi facilități pentru atragerea investițiilor străine și o simplificare a operațiunilor pan-europene. Chiar dacă acestea dau naștere mai multor forme de armonizare a impozitării veniturilor, vor rămâne încă multe probleme de rezolvat. Este evident că multe din stimulentele fiscale vor dispărea și acest fapt nu va rămâne fără implicații la nivelul companiilor multinaționale. În acest caz principalele alternative pentru companiile multinaționale sunt fie să-și desfășoare afacerile în jurisdicții care nu fac parte din UE și oferă condiții favorabile, fie să facă presiuni astfel încât prin armonizarea fiscală să se ajungă la un nivel acceptabil al ratei fiscalității.

Dar companiile multinaționale sunt destul de sceptice și se pare că vor trebui să suporte măsurile UE, care le vor afecta destul de serios pe viitor. Acest lucru se întâmplă mai ales datorită imperfecțiunilor pieței, fiindcă nu toate companiile multinaționale pot să își deschidă filiale offshore în jurisdicții din afara UE din cauza costurilor suplimentare pe de o parte, cât și din cauză că țările nu sunt perfect substituibile între ele.

Un alt factor de importanță majoră în extinderea companiilor offshore este și dezvoltarea accelerată a înaltei tehnologii de comunicație care practic permite în câteva secunde îndepărtarea oricăror bariere fizico-geografice dintre țări.

În privința tipurilor de firme care aleg să-și desfășoare activitatea prin intermediul paradisurilor fiscale se poate aprecia că în principal companiile multinaționale sunt cele care preferă operarea prin intermediul unei filiale offshore (economia de impozite realizată este mult mai mare pentru ele și costul folosirii unui paradis fiscal are o pondere mult mai scăzută decât pentru alte firme cu o cifră de afaceri mai redusă) dar și acele firme care desfășoară activități intense de cercetare-dezvoltare (în special înaltă tehnologie).

Din analiza situației companiilor care își desfășoară activitatea în România, dar provin din paradisurile fiscale (pe perioada 2007-febr. 2009) rezultă:

a. Ponderea numărului de societăți provenite din paradisurile fiscale în totalul societăților străine este relativ constantă, cu o ușoară scădere de un procent (de la 7% la 6%);

b. Ponderea capitalului aceluiași societăți în volumul total al capitalului social subscris este mult mai mare și anume de 21% în 2007. În 2008 cunoaște o creștere majoră, ajungând la 54% (mai mult de jumătatea capitalului total provenit din societăți cu capital străin). În prima parte a anului 2009 (până în februarie) scade dramatic la 16% - mult mai redus chiar și decât media pe perioada 1991-2008 (când era 18,18%);

c. Clasamentul paradisurilor fiscale în funcție de capitalul străin subscris se menține relativ constant. La nivel de țară cea mai mare parte a capitalului provine din Antilele Olandeze, urmează apoi Cipru, Elveția, Insulele Virgine Britanice, Luxemburg (cu o importanță aparte în anul 2008) și Liechtenstein.

5. Concluzii

Comentariile sunt necesare în legătură cu problema abordărilor pe care țările a căror legislație a fost studiată (țările membre IFA) au adoptat-o pentru a face distincție între evaziunea fiscală legală (sau acceptată) și mijloacele acceptabile de reducere a datoriei fiscale.

¹⁰ Salsman Richard M.: *Capital on Strike: The Tax Haven Controversy*, Part One, The Capitalist Advisor, 2002;

Este clar, fără îndoială, ca o reconciliere utilă și o adoptare reciprocă a acestor idei nu poate fi obținută prin folosirea abordărilor extreme și unilaterale cum ar fi atitudinea formalistă a unor țări latine sau folosirea prevederilor anti-evaziune care lasă un spațiu foarte larg pentru interpretările date de instanțe, așa cum se întâmplă în unele jurisdicții anglo-saxone. Rezolvarea problemei trebuie să aibă un caracter legislativ: aceasta trebuie să se supună competenței exclusive a puterii legislative în materie fiscală, în concordanță cu principiile folosite în majoritatea statelor pentru a întări siguranța legii fiscale. Prevederile pentru interpretarea economică a tranzacțiilor trebuie făcute în concordanță cu aceste principii¹¹.

Această abordare furnizează o armă utilă ce poate fi folosită împotriva evaziunii în țările continentale care, prin tradiție, sunt mai puțin dornice să devieze de la relația strictă dintre dreptul privat și dreptul fiscal.

Este semnificativ că interpretarea economică a fost judecată pentru a fi valabilă în cazuri test în țări ca Germania, unde principiile constituționale ale legii fiscale și ale protecției contribuabilului constituie unul dintre cele mai rafinate exemple de teorie legală.

Unele ramuri fiscale ar trebui să aibă ca subiect „schemele” ori modalitățile folosite pentru sustragerea de la plata obligațiilor fiscale. Exploatarea golurilor legislative pentru a micșora datoria fiscală, ceea ce este o violare indirectă a prevederilor fiscale poate fi făcută în feluri diferite. Astfel, camuflarea tranzacției care, trebuie spus că este adoptarea unei forme legale care concură cu interpretarea literară a legii, dar nu cu semnificația sa economică, este cel mai simplu exemplu.

Termenele „evaziune” („avoidance”) și „goluri” („loopholes”) în mod evident denotă tendința de a folosi expresii și „mecanisme” complicate.

Într-adevăr cele mai sofisticate forme (metode) de exploatare a golurilor fiscale pot fi puse pe seama unor serii de tranzacții care, luate separat sunt în concordanță cu prevederile legale în sensul lor legal și economic, dar care evaluate împreună relevă natura lor artificială evidențiată de ținta finală și de rezultatul exclusiv care este reducerea datoriei fiscale.

Astfel, o companie poate încheia un contract de împrumut și poate să anuleze în aceeași zi pentru ca în acest fel să realizeze o „pierdere de impozit”. Cele două acte văzute din punct de vedere dinamic împreună – orativ ca realitatea economică a companiei nu s-a schimbat și că seria de tranzacții a fost efectuată doar pentru o reducere a datoriei fiscale. Abordări și metode de acest fel sunt folosite din ce în ce mai mult în unele țări și sunt bine cunoscute sub denumirea de „scheme”.

Se pune întrebarea dacă măsurile generale examinate mai sus pot fi întotdeauna folosite în țările unde se practică tranzacțiile simulate pentru a contracara încercările contribuabililor, de a-și reduce sarcinile fiscale în acest fel și, în mod special se pune întrebarea dacă principiul „substanța peste formă” sau teoria „abuzului de drept” se pot aplica și când evaziunea fiscală este produsă prin intermediul unei serii de tranzacții simulate.

Într-adevăr se poate nega faptul că „schemele” cad sub incidența teoriei „abuzului de drept” din moment ce originile acestei teorii sunt în conceptele dreptului civil și pot fi aplicabile doar pentru un singur act considerat din punctul de vedere al dreptului civil.

O concluzie similară poate fi obținută prin aplicarea principiului interpretării economice la o anumită tranzacție. Două abordări trebuie comparate aici.

În primul rând unele țări (de exemplu SUA, Japonia, Canada) au elaborat așa-numita „step-transaction”, conform căreia o tranzacție care implică o varietate de acte conexe trebuie privită în întregime, din punctul de vedere al impozitelor ce le implică și în relație cu rezultatul final pe care îl produce.

În Marea Britanie unde în trecut s-a arătat întotdeauna tendința de a interpreta legea fiscală în mod literar, un rezultat similar cu cel prezentat mai sus a fost obținut de către instanțe, în cazul

¹¹ Emil Bălan, *Drept Financiar*, Ed. CH Beck, 2004

Ramroy, unde Camera Lorzilor a reținut faptul că atunci când un contribuabil folosește „scheme” ce conțin un număr de tranzacții separate ce au ca scop evaziunea fiscală instanțele nu sunt oprite în a considera corecte fiecare tranzacție sau par individual luat separat, dar poate analiza „schema” și în întregimea ei.

Referințe bibliografice:

- Bălan Emil, Drept Financiar, Ed. CH Beck, 2004
- Bișa Cristian, Costea Ionuț, Capotă Mihaela, Dăncău Bogdan: *Utilizarea paradisurilor fiscale. Între evaziune fiscală legală și fraudă fiscală*, BMT Publishing House, București, 2008
- Ciumaș Cristina: *Economia asigurărilor*, Ed. Casa Cărții de Știință, Cluj-Napoca, 2006
- Corduneanu Carmen *Sistemul fiscal în știința finanțelor*, Ed. Codecs, București 1998
- Dauphin C.: Ghidul cu adevărat practic al paradisurilor fiscale, 2005
- Hoanță Nicolae *Evaziunea fiscală*, Ed. Tribuna Economică, București 1997
- Kiss L. Gyorgy, Varadi Laszlo, David Jonathan Cooper: *Planificarea fiscală*, Ed. Napoca Star, Cluj-Napoca, 2000
- Ronen Palan: *Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty*
- Salsman Richard M.: *Capital on Strike: The Tax Haven Controversy*, Part One, The Capitalist Advisor
- Mugur N., Ștefănescu P., Isărescu M.: *Afaceri în căderi financiare în lumea capitalului*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1979, pag. 223
- Uckman V. - *Tax Avoidance/Tax Evasion* by International Fiscal Association, pag.17

POVESTEA CONTABILITĂȚII

Cornelia ANTOȘICĂ *
Ancuța CĂLIN

Povestea contabilității - o scurtă incursiune în istoria contabilității

1. Contabilitatea este știința și arta stăpânirii afacerilor, se ocupă cu "măsurarea, evaluarea, cunoașterea, gestiunea și controlul activelor, datoriilor și capitalurilor proprii, precum și a rezultatelor obținute din activitatea persoanelor fizice și juridice", "trebuie să asigure înregistrarea cronologică și sistematică, prelucrarea, publicarea și păstrarea informațiilor cu privire la poziția financiară, performanța financiară și fluxurile de trezorerie, atât pentru cerințele interne ale acestora, cât și în relațiile cu investitorii prezenți și potențiali, creditorii financiari și comerciali, clienții, instituțiile publice și alți utilizatori" (Legea contabilității nr.82/1991, republicată).

Contabilitatea s-a născut odată cu economia de subzistență a comunei primitive, desenele din peșterile rupestre nefiind altceva decât forme incipiente ale „socotelilor”: câte animale au fost vâdate și mâncate, câte piei s-au jupuit și câte haine au rezultat, etc.

Contabilitatea nu are hotare. Limitele ei teoretice, științifice și practice sunt fără sfârșit atât în ceea ce privește cuprinderea fenomenelor economice cât și al modului în care ele sunt sistematizate, prelucrate și prezentate, astfel că despre ea niciodată nu poți să pretinzi că știi totul.

2. Împreună cu economia în dezvoltare s-a perfecționat și „arta ținării socotelilor”, punctul de cotitură reprezentându-l modelul matematic elaborat de Luca Paciolo di Borgia acum mai bine de 500 de ani, după care contabilitatea a devenit de neînlocuit, fără alternative, deopotrivă o știință și o artă în urmărirea existenței și mișcării capitalurilor și utilităților, al stabilirii rezultatelor activității și plasării lor, și totul de manieră ca afacerile să beneficieze permanent de suportul bănesc necesar.

3. Începând cu primele forme ale contabilității și continuând cu toate formele de organizare contabilă, cu felul în care contabilitatea este percepută ca știință, limbaj, artă, vrem să arătăm importanța contabilității pentru economie și pentru o desfășurare cât mai bună a activităților economice.

4. Companiile, întreprinderile, instituțiile, societățile de orice fel și mărime, persoanele juridice din întreaga lume întocmesc „conturi” și situații financiare pentru a fi prezentate utilizatorilor de informații, proprietarilor, controlorilor, administratorilor, organelor fiscale, după o metodologie unică - iar aceasta este contabilitatea.

A. Istoric

Din punct de vedere istoric, câteva repere merită a fi reținute. În lucrarea "Contabilitate generală" din 1947, ediția a 13-a, autorul, prof. univ. C. G. Demetrescu definește contabilitatea pe trei coordonate:

a) obiectul - contabilitatea este o ramură a științelor sociale care asigură înregistrarea metodică și ordonată a tuturor operațiilor privind mișcările de valori, de drepturi și obligații, precum și modificările determinate de rezultatele activității desfășurate;

b) scopul - contabilitatea are drept scop stabilirea situației economice și juridice a întreprinderii, exercitarea permanentă a unui control;

c) mijloacele - contabilitatea se folosește de mijloace proprii: conturi, balanțe de verificare, jurnale.

Arta contabilizării pe principii științifice era deja cunoscută în Italia înainte de 1495 când Luca Paciolo (1445 - 1517), cunoscut și că Părintele Luca di Borgia, a publicat la Veneția tratatul său

* Student, Facultate de Stiinte Economice, Universitatea Nicolae Titulescu din Bucuresti. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore.

de contabilitate. Împreună cu economia în dezvoltare s-a perfecționat și „arta ținării socotelilor”, modelul matematic elaborat de Luca Paciolo di Borgia acum mai bine de 500 de ani, după care contabilitatea a devenit de neînlocuit, fără alternative, deopotrivă o știință și o artă în urmărirea existenței și mișcării capitalurilor și utilităților, al stabilirii rezultatelor activității și plasării lor, și totul de manieră că afacerile să beneficieze permanent de suportul bănesc necesar.

Prima carte în limba engleză a fost publicată la Londra de John Gouge or Gough în 1543: *A Profitable Treatye called the Instrument or Boke to learn to knowe the good order of the keypyng of the famouse reconyng, called in Latin, Dare and Habere, and, in Englyshe, Debitor and Creditor.*

B. Statutul Contabilității : Artă, Tehnică, Știință Sau Limbaj? Către o tehnno-știință contabilă

Contabilitatea ca artă

Dicționarul Larousse conferă artei mai multe sensuri. Cel de „activitate umană specifică, prin care se face apel la anumite facultăți senzoriale, estetice și intelectuale”, este, poate, sensul cel mai uzual la care suntem înclinați să facem recurs. Dar numai un al doilea sens, de „ansamblu de reguli care interesează o profesie, o activitate”, este cel ce poate fi atribuit contabilității. Bernard Esnault și Christian Hoarau disting două accepțiuni atașabile contabilității ca artă:

- Într-o prima accepțiune, arta este, în opoziție cu știința și sinonimă cu tehnica, o aplicare a cunoștințelor, în vederea obținerii de rezultate utile omului. Este vorba, aici, de „măiestria”, de „priceperea” omului de artă (în cazul nostru, contabilului) de a se baza pe cunoștințe empirice. Pe această lungime de undă, contabilitatea este adesea definită ca „arta a măsurării, a clasificării și a înregistrării datelor exprimate numeric, implicate de evenimente care au afectat întreprinderile”. Trebuie precizat că noțiunea de „măiestrie” sau de „pricepere”, în contabilitate, incumbă prezența elementelor de judecată profesională, în vederea rezolvării diferitelor probleme.

- O a doua accepțiune, de utilizare rațională de metode, în vederea obținerii unui anumit rezultat, face că artă să fie opozabilă naturii. În acest sens,- contabilitatea că artă este o creație a omului, deoarece, prin ea, se reprezintă, în mod abstract, fenomene concrete.

Contabilitatea ca tehnică

Acest statut este cel mai adesea invocat în lucrările de specialitate. În sensul clasic, tehnica este un ansamblu de procedee utilizate în vederea obținerii unui rezultat determinat. Contabilitatea, spun Esnault și Hoarau este o „tehnica de ordin cantitativ, de colectare, prelucrare și analiză a informațiilor privind evenimentele economice și juridice din viața întreprinderilor”. Cei doi autori remarcă, totodată, că tehnica nu poate să fie concepută astăzi fără a o raporta la aplicarea de cunoștințe științifice, în vederea realizării unei producții (în cazul contabilității, producția de informații). În aceasta din urmă accepțiune, este important de știut dacă tehnicile contabile se bazează pe o teorie.

La rândul său, Jacques Richard, arătând că, în fapt, contabilitatea are mai multe expresii, se oprește mai întâi asupra statutului ei de tehnică, subiect în evoluție care corespunde practicilor sociale diverse. El rememorează trei ipostaze ale acestui statut:

- Asirienii, patru mii de ani înainte de Hristos: comercianții notau pe bule de lut obiectele și cantitățile vândute, ca termeni contractuali. Acești primi contabili erau la originea unei mari descoperiri: scrierea.

- Veneția, secolul al XIII-lea: pentru a-și calcula beneficiul, comercianții orașului dogilor comparau plățile pe care le angajau cu cumpărarea unei nave (și cu încărcătura sa), cu banii pe care îi încasau, la întoarcerea (eventuală!) din expediție, din operative comerciale și din revânzarea navei.

- Manchester, la începutul secolului al XIX-lea: filatura de bumbac Charlton Milles urmărește, pe filiera de producție, originea și mutațiile de valoare ale capitalurilor investite.

În cele trei ipostaze, este vorba de tehnici contabile diferite. Raportat la semnificația de astăzi, înțelegem prin tehnica de natură contabilă, ceea ce se realizează la Manchester, în secolul trecut.

Contabilitatea utilizată de asirieni, am evocat și în capitolul precedent, se numește astăzi contabilitate statistică, deoarece ea constă numai în numărarea obiectelor. Tehnica utilizată la Veneția, este cea a unei contabilități de casă (în partidă simplă). Ea viza, scrie Richard, urmărirea intrărilor și ieșirilor bănești, relative la o întreprindere, cu ajutorul unei înregistrări, pentru fiecare încasare și pentru fiecare plată. În ipostaza Manchester, însă, contabilitatea are ca obiect urmărirea mutațiilor, în cadrul unui patrimoniu, prin înregistrarea tuturor resurselor (originea fondurilor care alimentează patrimoniul) și toate utilizările acestor fonduri, indiferent de forma lor. O atare contabilitate este numită în partidă dublă, deoarece ea își îndeplinește obiectivele prin înregistrarea fiecărei operații în cel puțin două conturi diferite.

Contabilitatea ca știință

Conceptul de știință are o multiplicitate de sensuri. În vremuri mai vechi, știința era apropiată de noțiunile de artă sau de tehnică. Artă sau tehnică ce necesită cunoștințe și reguli implicate de îndemânarea (savoir-faire) presupusă de profesia respectivă. La baza îndemânării stau cunoștințe experimentale și cunoștințe acumulate în operele scrise.

Contabilitatea este știința conceperii și interconectării conturilor. Dar, dacă o catalogăm astfel, ne situăm departe de sensurile noi care se dau disciplinelor cu statut științific. Pentru că, prin acceptarea științei ca un „ansamblu de cunoștințe teoretice sau de studii, cu o valoare universală, caracterizate printr-un obiect și o metodă, determinate și bazate pe relații obiective, exprimate prin legi, verificabile sau invalidabile, în mod cert avem în vedere științele fizice și naturale. Contabilitatea nu se încadrează aici deoarece cunoștințele sale nu sunt universal valabile.

Contabilitatea ca limbaj

Contabilitatea reprezintă unul din limbajele formalizate, acceptate în viața întreprinderilor. Nu puțini sunt cei ce o consideră un limbaj al vieții afacerilor. Ca orice limbaj, contabilitatea trebuie să dispună de o sintaxă, de o semantică și de o practică a utilizării sistemului ei de semne.

Fiind un limbaj normalizat, limbajul contabil este precis, concis și complet, dar, spre deosebire de limbajele naturale, el prezintă și o serie de limite și de efecte perverse. Existența unui vocabular și a unor reguli universal acceptate asigură informațiilor contabile transparența, necesară comunicării între actorii pieței informației contabile. Totodată, modelând realitatea (viața întreprinderii), prin limbajul contabil, se exercită o influență asupra comportamentului actorilor contabili.

În sfârșit, limbajul contabil facilitează controlul activității întreprinderilor și favorizează procesul de luare a deciziilor. Modelele contabile nu se identifică, însă, cu fenomenele reprezentate, ceea ce face ca limbajul contabil să aibă, totuși, un caracter reductor.

Statutul de limbaj, pe care îl posedă contabilitatea, se cristalizează, în concluzie, în momentul în care informația contabilă nu se mai limitează, în principal, la nivelul întreprinderii, ea adresându-se, cel puțin în egală măsură, terților.

Către o tehnă-știință contabilă

În pofida a numeroase polemici și ca răspuns la controversa ce formează substanța acestor rânduri, se pare că, totuși, contabilitatea nu este decât o tehnică sau o artă, ultima accepțiune, în sensul vechi al termenului de artă (savoir-faire), dar o artă în care munca intelectuală să fie dominantă.

Pentru a acumula această imensă „masă de a face”, pentru a dezvolta și perfecționa artă lor, practicienii nu au trebuit să aștepte apariția, oricum întârziată, a aportului cercetătorilor în contabilitate. De altfel, contribuția primordială a cercetătorilor este de a asigura acumularea de cunoștințe. În felul acesta, ei participă la elaborarea unei științe contabile, a unei baze de cunoștințe capabilă să conducă, prin ea însăși, la evoluția contabilității. Prin aportul cercetătorilor, se poate

conferi contabilității calitatea de tehnico-știință, adică o tehnică alimentată nu numai de cunoștințele trecute, generate de practică, ci și de rezultatele furnizate de cercetare.

B. Obiectul contabilității

Concepția juridică consideră că obiectul contabilității îl formează patrimoniul unui subiect de drept, privit prin prisma relațiilor juridice, adică drepturi și obligații pecuniare ale unei persoane fizice sau juridice, în corelație cu obiectele (bunurile, valorile) corespunzătoare.

Concepția economică definește că obiect al contabilității circuitul capitalului privit sub aspectul destinației lui, respectiv capital fix și capital circulant, și sub aspectul modului de dobândire, respectiv capital propriu și capital străin (atras și împrumutat).

Conform Legii contabilității nr. 82/1991, obiectul contabilității îl constituie reflectarea în expresie bănească a bunurilor mobile și imobile, inclusiv solul, bogățiile naturale, zăcămintele și alte bunuri cu potențial economic, disponibilitățile bănești, titlurile de valoare, drepturile și obligațiile persoanelor fizice sau juridice (subiecți de drept), precum și mișcările și modificările intervenite în urmă operațiunilor patrimoniale efectuate, cheltuielile, veniturile și rezultatele obținute de acestea.

C. Funcțiile contabilității

- Funcția de înregistrare și prelucrare a datelor constă în consemnarea, potrivit unor principii și reguli proprii, a proceselor și fenomenelor economice ce apar în cadrul unităților patrimoniale și se pot exprima valoric.

- Funcția de informare constă în furnizarea de informații privind structură și dinamică patrimoniului, a situației financiare și rezultatelor obținute în scopul fundamentării deciziilor. Contabilitatea are o funcție de informare internă (pentru conducerea unității) și o funcție de informare externă (a terților).

- Funcția de control gestionar constă în verificarea cu ajutorul informațiilor contabile a modului de păstrare și utilizare a valorilor materiale și bănești, de gospodărire a resurselor, controlul respectării disciplinei financiare etc.

- Funcția juridică - datele furnizate de contabilitate și documentele de evidență servesc ca mijloc de probă în justiție, pentru a dovedi realitatea unor operații economice și a stabili răspunderea patrimonială pentru pagubele produse.

- Funcția previzională - informațiile contabile aferente unei perioade deja încheiate pot fi folosite pentru determinarea tendințelor de evoluție a fenomenelor și proceselor economice viitoare.

D. Principalele forme de organizare contabilă

Pilonul principal pe care se sprijină economia este întreprinderea, firmă, compania, societatea comercială.

Contabilitatea întreprinderii (firmei, companiei) se organizează la nivelul întreprinderilor care produc bunuri, execută lucrări, prestează servicii, dar și al instituțiilor, băncilor, societăților de asigurare și, în general, al oricărei persoane juridice, evident, în forme complexe sau simplificate, în funcție de mărimea și profilul operatorului. În consecință, oricare ar fi acestea, contabilitatea modernă este organizată în așa numitul dublu circuit, sau mai exact, pe două paliere, adică:

- contabilitatea financiară presupune urmărirea, controlul și prezentarea fidelă a patrimoniului, în ansamblu și pe structură, a situației financiare și rezultatului exercițiului, prin intermediul documentelor de sinteză, în scopul furnizării informațiilor necesare elaborării deciziilor economice. Are un caracter unitar pentru toți agenții economici, se organizează pe bază unor norme elaborate de autorități.

- contabilitatea internă de gestiune (numită și) are scop urmărirea a gestiunii interne a unității, calcularea costurilor de producție, stabilirea rentabilității pe produse, lucrări, servicii, întocmirea bugetelor pe feluri de activități, furnizarea de informații necesare procesul decizional.

Sistemul unic de contabilitate, cu ambele paliere, prezintă particularități semnificative în funcție de sfera de activitate la care se referă, astfel că trebuie să mai facem distincția între:

- contabilitatea operatorilor economici, «cadru contabil general» sau «pilonul principal» aplicabil de societățile comerciale de orice fel, mici întreprinzători, mari companii și oricine desfășoară o activitate lucrativă (având și derivații distincte, specifice societăților financiar-bancare și societățile de asigurare-reasigurare);

- contabilitatea organizațiilor non-profit/non-guvernamentale, inclusiv asociații și fundații ;
- contabilitatea instituțiilor publice este organizată la nivelul instituțiilor și administrației publice, unităților publice autonome persoane juridice din învățământ, sănătate, apărare, cultură și artă etc. și urmărește execuția de casă a bugetului statului, bugetelor locale, bugetului asigurărilor sociale de stat, gestiunea datoriilor publice și alte operații financiare specifice sectorului neproductiv.

- contabilitatea națională este organizată la nivelul economiei naționale și prezintă sintetic activitatea economică a unei națiuni urmărind evoluția indicatorilor macroeconomici, modificările în structura de ramură și teritorială a economiei, mărimea și structura averii naționale, relațiile financiare și fluxurile monetare. Contabilitatea națională se obține pe alte căi decât prelucrarea documentelor justificative, apelându-se la statistică, serii matematice, centralizări și consolidări de situații financiare ale entităților juridice și multe alte proceduri, toate însă respectând regulile contabile

E. Organismele normalizării contabile

Companiile, întreprinderile, instituțiile, societățile de orice fel și mărime, persoanele juridice din întreagă lume întocmesc „conturi” și situații financiare pentru a fi prezentate utilizatorilor de informații, proprietarilor, controlorilor, administratorilor, organelor fiscale, după o metodologie unică - iar această este contabilitatea.

Importanță contabilității în economia modernă este evidentă. Așa se face că organisme tot mai simandicoase din Uniunea Europeană și de pretutindeni se ocupă de organizarea și funcționarea contabilității ca o componentă fundamentală a afacerilor.

Poate că nu este lipsit de importanță să amintim câteva din organismele specializate, mai ales că, în continuare, ne vom mai întâlni cu ele:

- Comitetul pentru Reglementarea Contabilității (ARC);
- Federația Experților Contabili (FEE);
- Federația internațională a Contabililor (IFAC);
- Grupul Consultativ European pentru Raportare Financiară (EFERAG);
- Consiliul pentru Raportare Financiară (FRC);
- Consiliul pentru Standarde Internaționale de Contabilitate (IASB);
- Fundația Comitetului pentru Standarde Internaționale de Contabilitate (IASCF);
- Consiliul pentru Interpretarea Standardelor Contabile (SEC).

La toate acestea se adaugă comisii, consilii, asociații etc. zonale și internaționale, inclusiv din afară Europei, astfel încât se poate spune că soartă contabilității se află în cele mai bune mâini (și, evident, minți). Tot aici trebuie menționate și unele organisme românești precum Colegiul Consultativ al Contabilității, Corpul Experților Contabili - (mai nou, fără Contabili Autorizați), Camera Auditorilor Financieri din România (C.A.F.R.), etc.

F. Politici contabile

Politicele contabile definesc o concepție contabilă pentru fiecare întreprindere sau instituție publică în rezolvarea ansamblului problemelor financiare. Ele încorporează principiile, bazele, convențiile, regulile și practicile specifice adoptate de o entitate în conducerea curentă a activităților a contabilității acestora, pentru întocmirea și prezentarea situațiilor financiare. Prin politică contabilă trebuie să se clarifice ferm varianta de operare constanța pentru fiecare tip de eveniment în parte, pornindu-se de la faptul ca IAS și interpretările Comitetului Permanent pentru Interpretări oferă diverse metode de rezolvare a unei anumite probleme, soluții alternative, calcule opționale etc. Așa constatăm că mai apar și alte principii și reguli, cum ar fi:

- „raționamentul profesional”, singurul care permite alegerea alternativelor;

- „judecata de valoare” este bază soluțiilor contabile;
- „pragul de semnificație” conform căruia o informație - este tratată sau nu ca semnificativă în funcție de interesul urmărit (spre exemplu dacă ea reprezintă sub 5% din portofoliul problemei nu ne interesează evident).

Politicile contabile încorporează:

- principiile;
- metodele și procedurile;
- bazele de calcul;
- regulile de evaluare;
- practicile proprii, specifice fiecărei instituții publice.

La elaborarea politicilor contabile trebuie respectate conceptele de bază ale contabilității, și în deosebi: contabilitatea de angajamente, principiul continuității activității, dar și celelalte principii, care guvernează funcționarea contabilității.

Politicile contabile trebuie elaborate astfel încât să se asigure furnizarea, prin situațiile financiare, a unor informații care să fie:

(a) relevante pentru nevoile utilizatorilor în luarea deciziilor, și

(b) credibile în sensul că:

- reprezintă fidel rezultatele și poziția financiară a persoanei juridice;
- sunt neutre, adică nepărtinitoare;
- sunt prudente;
- sunt complete sub toate aspectele semnificative;
- reflectă substanță economică a evenimentelor și tranzacțiilor și nu doar formă lor juridică.

Schimbarea politicilor contabile se poate face:

- Retrospectiv - deci și asupra evenimentelor anterioare, pentru bunurile și evenimentele existente și în derulare;

- Prospectiv - numai pentru viitor.

Tratamentele contabile necesare la modificarea politicilor contabile:

- Soluția de bază: imputarea efectelor schimbării asupra capitalurilor („Rezultatului reportat”);

- Soluția alternativă permisă: ajustarea situațiilor economice curente.

Este foarte importantă menționarea în notele explicative a oricăror modificări ale politicilor contabile, pentru că utilizatorii să poată aprecia dacă noua politică contabilă a fost aleasă în mod adecvat, efectul modificării asupra rezultatelor raportate ale perioadei și tendința reală a rezultatelor activității persoanei juridice.

Nu sunt considerate modificări ale politicilor contabile:

- a) adoptarea unei politici contabile pentru evenimente sau tranzacții care diferă de fond de evenimentele sau tranzacțiile produse anterior;

- b) adoptarea unei politici contabile pentru evenimente sau tranzacții ce nu au avut loc anterior sau care au fost nesemnificative. Modificarea politicilor contabile aduce după sine și actualizarea "manualului de proceduri" care trebuie să conțină acea concepție contabilă care este în funcțiune și pe „senalul” căreia se realizează contabilitatea curentă

G. Funcționarea contabilității

Obiectul contabilității, așa cum s-a văzut mai înainte, este poate cel mai clar exprimat prin Legea contabilității nr. 82/1991 (republicată și actualizată) care, la art. 2, precizează:

(1) „Contabilitatea, ca activitate specializată în măsurarea, evaluarea, cunoașterea, gestiunea și controlul activelor, datoriilor și capitalurilor proprii, precum și a rezultatelor obținute din activitatea persoanelor fizice și juridice trebuie să asigure înregistrarea cronologică și sistematică, prelucrarea, publicarea și păstrarea informațiilor cu privire la poziția financiară, performanță financiară și fluxurile de trezorerie, atât pentru cerințele interne ale acestora, cât și în relațiile cu

investitorii prezenți și potențiali, creditorii financiari și comerciali, clienții, instituțiile publice și alți utilizatori.”

(2) „Contabilitatea instituțiilor publice asigură informații ordonatorilor de credite cu privire la execuția bugetelor de venituri și cheltuieli, patrimoniul aflat în administrare, precum și pentru întocmirea contului general anual de execuție a bugetului de stat, a contului anual de execuție a bugetului de asigurări sociale de stat, a fondurilor speciale, precum și a conturilor anuale de execuție ale bugetelor locale.”

H. Organizarea contabilității

Orice entitate persoană juridică, nu poate funcționa decât împreună cu propria contabilitate, că o cerința obiectivă a gestiunii financiare, ordinea și disciplină fiind cerințe ale legii, dar și ale propriului statut. Persoanele juridice organizează și realizează contabilitatea, de regulă, în compartimente distincte, conduse de către directorul economic (financiar), contabilul șef sau altă persoană împuternicită să îndeplinească această funcție. Aceste persoane trebuie să aibă studii economice superioare și răspund, împreună cu personalul din subordine, de organizarea și conducerea contabilității, în condițiile legii.

Persoanele care răspund de organizarea și conducerea contabilității trebuie să asigure, potrivit legii, condițiile necesare pentru întocmirea documentelor justificative privind operațiunile economice, organizarea și conducerea corectă și la zi a contabilității, organizarea și efectuarea inventarierii elementelor de activ, capitaluri proprii și datorii, precum și valorificarea rezultatelor acesteia, respectarea regulilor de întocmire a situațiilor financiare, depunerea la termen a acestora la organele în drept, păstrarea documentelor justificative, a registrelor și situațiilor financiare, organizarea contabilității de gestiune adaptate la specificul persoanei juridice.

I. Concluzii

Termenul contabilitate desemnează știință care studiază efectele tranzacțiilor și a altor activități economice asupra situației economice și financiare a unei entități contabile. Prima formă de contabilitate își găsește originea în anul 1494, în tratatul "Summa de arithmetica" publicat de Luca Paciolo. Această publicație cuprindea o descriere a practicilor de contabilitate ale epocii și a practicilor de contabilitate în partidă dublă, în special. Se consideră că Paciolo este cel care a pus bazele practicilor de contabilitate în partidă dublă, motiv pentru care în prezent practică de contabilitate în partidă dublă se numește "metodă italiană".

De-a lungul timpului numeroase definiții au fost asociate termenului de contabilitate. Principalele aspecte sub care putem să explicăm termenul contabilitate sunt:

A) Artă Putem vorbi despre artă în contabilitate prin prisma experților contabili. Pentru aceștia îmbinarea cunoștințelor acumulate într-o manieră care să crească la maxim performanțele clienților este într-adevăr o artă.

B) Tehnică Termenul contabilitate poate fi înțeles drept o tehnică. Contabilitatea este o tehnică deoarece dispune de instrumente specifice care permit interpretare și prelucrarea informațiilor contabile. Deci putem vorbi despre contabilitate drept tehnică de prelucrare și interpretare a informațiilor contabile.

C) Știință Termenul contabilitate desemnează printre altele o știință, știință contabilă deoarece dispune de un obiect de studiu, respectiv patrimoniul întreprinderii și de o metodă proprie de cercetare. Contabilitatea, spre deosebire de alte științe nu este exactă, nu are valoare universală, ci se află în continuu progres, fiecare etapă de evoluție a societății dezvoltând o contabilitate nouă, o contabilitate evoluată, o contabilitate aprofundată, în fine o contabilitate care răspunde din ce în ce mai bine nevoilor întreprinderilor.

D) Limbaj de comunicare Simbolurile folosite în contabilitate au o semnificație proprie, terminologia utilizată în contabilitate este unică, vocabularul utilizat în contabilitate este de asemenea propriu. Deci, putem atribui termenului contabilitate semnificația unui limbaj de comunicare.

E) Joc social Atunci când rostim cuvântul contabilitate automat ne referim și la factorii care realizează cadrul în care contabilitatea își desfășoară activitatea. Dintre aceștia piața este cel mai important. Trebuie să existe piață pentru a putea desfășura practici de contabilitate, pentru a vorbi despre contabilitate în general. Piață pe care se desfășoară practicile de contabilitate este formată din cerere (adică utilizatorii informației contabile) și ofertă (adică situațiile financiar contabile).

Referințe bibliografice

- "Drumul spre Europa"- Program de Reforma a contabilității și de întărire Instituțională. Documentar elaborat de Bancă Mondială pentru România,2006;înregistrat pe C.D.de Cameră Auditorilor Financiar din România și trimis membrilor săi ca atașament la revistă Auditul financiar" nr.4 /2007
- Legea contabilității nr.82/1991 (cu toate modificările până în 2007);
- Drăgan, C. M. - Revoluția contabilității, Editură Universitară, 2007;
- Drăgan C. M. - Contabilitatea de gestiune, Editură Academiei Române, 1978;
- Niculae Feleagă, Ion Ionașcu - Tratat de contabilitate, Volum I, Editura Economică, 2004
- Ion Ionașcu - Dinamică doctrinelor contabilității contemporane, Editura Economică, 2003

EFFECTUL BUTTERFLY ÎN AFACERI

Noura AL KAWADRI*
Andreea BALAURE**

Abstract

This paper tries to present some aspects and facets of the butterfly effect in economy and business. Our aim is neither oriented towards the technical details, nor to mathematical rigours. It relies on the notions of „butterfly effect” and „sensitivity to initial conditions” and emphasizes the possible effects of apparently minor, neglectable changes and decisions in business. As a result, the first chapter presents only those theoretical aspects, the clarifying specific notions used in our analyses. The second chapter contains the description of the phenomenons as they are noticed in economic and business` management contexts, whilst the third chapter describes, a real economic situation, a study case at national level. The conclusions and path to go on with are outlined in the last part.

Cuvinte cheie: *efectul butterfly, haos, sensibilitate, condiții inițiale, fractal, economie, afaceri*

În loc de introducere

În Univers, toate lucrurile sunt interconectate. Fiecare dintre noi este parte din acest sistem. Conexiunile dintre toate elementele Universului fac ca o acțiune asupra unui element să aibă un efect, mai puternic sau mai subtil, asupra tuturor celorlalte subsisteme și asupra componentelor acestora.

„Efectul butterfly” pe care încercăm să îl tratăm în lucrarea în speță atrage atenția către o mai mare deschidere asupra a ceea ce este nou, asupra recunoașterii oportunităților care există și apar în fiecare moment al zilei. Efectul, care se află în strânsă legătură cu teoria haosului, descrie importanța unei evenimente minor în declanșarea unor rezultate de proporții mari, neașteptate.

„Butterfly effect” se traduce în română ca „efectul fluturului” sau „efectul bățăilor din aripi ale fluturului”, denumiri ce în ambele limbi sunt extrem de sugestive.

Alături de teoria relativității și de mecanica cuantică, teoria haosului este privită de mai mulți oameni de știință drept o descoperire ce a revoluționat secolul al XX-lea. Teoria susține că orice variație cât de mică în condițiile inițiale ale unui sistem dinamic neliniar, precum cel meteorologic, poate genera o perturbare haotică majoră. În același timp, teoria recunoaște faptul că nimic în viață de obicei nu este întâmplător, nimic nu apare din senin, iar totul succede din altceva, pe baza principiului cauză-efect.

Termenul „haos” pentru această teorie este paradoxal, dorindu-se a se demonstra contrariul, și anume că haosul nu există cu adevărat. Adepții teoriei susțin că totul are o logică, și chiar cele mai mici lucruri dezvoltă lucruri mari; acest fapt există în viața cotidiană, dar și în afaceri, după cum se va încerca să se demonstreze în capitolele ce urmează. Astfel, știința susține că este posibil ca mișcarea aripilor unui fluture într-o parte a lumii poate provoca un taifun în alt punct al planetei; astfel, „efectul fluturului” sugerează faptul că un eveniment minor din viață poate schimba întregul curs al existenței.

Privind în viața cotidiană, se observă că deseori o acțiune minoră a dat curs unui întreg lanț de evenimente ce a culminat cu o schimbare majoră, fie ea pozitivă sau negativă. De multe ori se regretă lucrurile grăite anterior, acțiunile deja realizate, apărând refuzul de a accepta că poate propriul

* Student, Facultatea de Comerț, Academia de Studii Economice din București; (noura.kawadri@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ.dr Carmen COSTEA și Lect.univ.dr. Mădălina ȚALĂ.

** Student, Facultatea de Comerț, Academia de Studii Economice din București; (andreea_b_27@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ.dr Carmen COSTEA și Lect.univ.dr. Mădălina ȚALĂ.

interior a împins ființa să procedeze așa. Totodată, trebuie luat în considerare și faptul că mulți oameni se bazează pe noroc, nu bagă de seamă ceea ce fac, uită să mulțumească și să fie corecți. În realitate, omul trebuie să facă eforturi mai mari în ceea ce privește viața în general, să conștientizeze tot ce se întâmplă cu el; inconștientul uman deține o inteligență unică folosită la interpretarea masei de informații pe care o absoarbe în fiecare secundă prin cele 5 simțuri.

Pe scurt, *Efectul butterfly* face referire la conștientizarea modului în care toate lucrurile sunt conectate între ele, înțelegerea cauzelor și a efectelor, observarea a mai mult decât ceea ce este evident, acceptarea urmărilor, crearea de rezultate uriașe prin acțiuni mici.

Efectul fluturelui provoacă o serie de schimbări; de exemplu dacă privim meteorologic o tornadă, observăm faptul că potențialul apariției ei este mereu prezent, însă din fericire pentru noi secvența necesară pentru declanșarea ei nu apare prea des. Oamenii au multe vise, însă doar unele dintre ele se realizează; privind în ansamblu, realizarea lor ar putea avea un grad mai ridicat dacă oamenii ar ști să privească lucruri mărunte care dezvoltă realizări cu adevărat semnificative.

1. Aspecte teoretice

Viața este complicată, lumea este complexă. Toate procesele pe care acestea le includ sunt imprezvizibile prin complexitatea lor. De aceea, în zilele noastre, este necesară o abordare multidimensională a tuturor conceptelor și problemelor.

Precizarea evoluției viitoare a unui sistem, în funcție de condițiile sale inițiale, a fost o problemă care a preocupat dintotdeauna lumea științei. Într-un sens mai larg, cunoașterea viitorului și capacitatea de a prezice, fără erori, desfășurarea anumitor fenomene, reprezintă un dar pe care toată lumea ar dori să-l posede.

În ceea ce privește predicția evoluției ulterioare a unui sistem, putem spune că, într-un anumit fel, această problemă a fost rezolvată prin intermediul modelelor matematice și a algoritmilor. Astfel, cu ajutorul unor ecuații, ar putea fi determinată starea exactă a unui sistem peste o anumită perioadă de timp. În unele situații, însă, lucrurile nu sunt atât de simple, iar modelul stabilit se poate dovedi inefficient, din cauza influențelor unor factori imprezvizibili, considerați, inițial, ne semnificativi. „Marele truc de a privi mici devieri de la adevăr, ca fiind adevărul însuși (...) este baza speculațiilor noastre, unde totul s-ar prăbuși dacă am lua în discuție abaterile cu rigoare filozofică”. [Lichtenberg, Georg Christoph - *Aforisme*, 1764-1799]

Imagina clară a lumii a fost zdruncinată cu circa cinci decenii în urmă, prin descoperirile decisive ale lui Edward Lorentz de la Institutul de Tehnologie din Massachussets și ale lui David Ruelle și Floris Takens de la Institutul de Înalte Studii Științifice din Bure-sur-Yvette, Franța. Aceștia au demonstrat că există sisteme guvernate de ecuații simple care, deși ar trebui să prezinte un comportament relativ regulat, evoluează uneori într-o manieră neperdictibilă, dezordonată, haotică.

Descoperirea comportării neregulate a sistemelor ce nu sunt supuse unor acțiuni aleatorii, ci din contră, sunt caracterizate de legi deterministe¹, a marcat apariția unei noi paradigme, numită „haos determinist”, a cărui existență a fost prezisă, la sfârșitul secolului trecut, de către matematicianul francez Hadamard, apoi de către Henri Poincare. Ulterior, această paradigmă stă la baza interpretării multora dintre fenomenele ce par să scape oricărei predicții.

Caracteristica principală a unui sistem complex este aceea că, în mod paradoxal, ecuațiile ce guvernează mișcarea haotică sunt complet deterministe. Sisteme pornind din condiții inițiale apropiate pot evolua într-o manieră complet diferită. Astfel, ideea de bază care susține întreg edificiul haosului determinist este sensibilitatea la condițiile inițiale, fenomen cunoscut sub numele de „butterfly effect” („efectul fluturelui”).

Denumirea de „butterfly effect” provine de la ideea că bătăile aripilor unui fluture în zbor poate determina un set de schimbări în atmosferă, schimbări capabile să întârzie, accelereze sau

¹ Legi deterministe = legi conform cărora nu există evenimente aleatoare pentru dezvoltarea stărilor ulterioare ale sistemului

anuleze o tornadă la câteva sute de kilometri distanță. Bătaia aripilor reprezintă o schimbare minoră în condițiile inițiale ale sistemului, provocând o serie de evenimente în lanț, de tip domino, ce vor avea repercusiuni la o scară mult mai largă. Trebuie făcută însă precizarea că fluturile nu reprezintă o cauză a declanșării tornadei, ci unul dintre elementele esențiale în tulburarea condițiilor inițiale și derularea evenimentului. Dacă acesta nu ar fi existat, rezultatele ar fi diferit semnificative.

Conform acestei teorii este mai înțelept să privim și să analizăm rădăcina unei plante înainte de a ne opri la un simplu detaliu. Tot ce apare la exterior vine din interior, iar întreg universul ar trebui să soluționeze întâi problemele mici care provoacă probleme mari în orice domeniu. De exemplu, de ce am zugrăvi mereu în casă pereții și tavanul din cauza igrasiei, când mai bine ar fi să aflăm cauza și eventual să reparăm acoperișul creând o izolare mai bună? De ce să stricăm un kilogram de mere când putem arunca doar mărul stricat dintre toate? De ce să ne ferim să facem ceva aparent rău, când putem pune în balanță binele ce succede răului? În general unii oameni se feresc a fi egoiști fără a ști cu adevărat semnificația acestui termen. Teoria “fluturului” nu ne educă să fim egoiști, ci mai mult raționali, atenți la ceea ce ne înconjoară; ne împinge către cunoaștere, analiză, studiu aprofundat. Considerăm că această teorie ne lărgeste orizontul către prietenie, către cunoașterea aproapelui și a nevoilor care pentru unii par ne semnificative.

Acestea fiind spuse, se poate ajunge la concluzia că rolul unor elemente aparent minore se poate dovedi foarte important, dacă acestea sunt prezente la începutul unei succesiuni de evenimente ce decurg unele din altele și au legătură între ele.

Dacă ceva are rezultate complicate, nu înseamnă neapărat că a avut și un input complicat. Este posibil ca haosul să fi influențat procesul, producând rezultate extrem de complexe. Cu alte cuvinte, un proces simplu poate avea un rezultat extrem de complex. Acest principiu stă la baza formării fractalilor.

Fractalii sunt figuri geometrice fragmentate sau frânte care poate fi divizate în părți, astfel încât fiecare dintre acestea să fie o copie miniaturală a întregului. Denumirea provine din latinescul *fractus*, însemnând “spart”, “fracturat” – divizând un fractal componentele sale par identice la orice nivel de magnificare și similare cu întregul. Astfel, fractalii sunt considerați ca fiind infinit complecși. Totuși, nu există o definiție concretă și stabilită a acestei noțiuni: „Recunoaștem un fractal atunci când îl vedem, însă încercarea de a-i descrie cu o precizie suficientă pentru a putea înțelege complet ce sunt este problematică”².

Fractalii pot fi descriși drept reprezentări ale planului complex, într-o manieră recursivă. Un obiect fractal este mai dificil de surprins în complexitatea sa, el necesită din partea observatorului un efort imaginativ, o participare mentală de natura unui proces nesfârșit, fractalii păstrându-și forma, indiferent cât de mult am mări o reprezentare. Această proprietate – autosimilaritatea (fiecare componentă a mulțimii este imaginea redusă a întregului) – reprezintă conceptul central al geometriei fractale. Astfel, dacă se va alege și se va studia un detaliu oarecare al unei forme fractale, se va observa că acest detaliu este asemănător cu întreaga formă, oricât de mult s-ar micșora scara observărilor, partea analizată rămâne aproximativ similară cu întregul. Exemple care evidențiază acest aspect sunt întâlnite în viața de zi cu zi: natura abundă în forme auto-similare, cum ar fi ramurile care se aseamănă cu copacii, vârful munților care are aceeași formă ca întregul munte, valurile și norii mici care sunt o replică a celor mai mari. Alte exemple reprezentative sunt triunghiul lui Sierpinski și fulg de zăpadă al lui Koch.

„Triunghiul lui Sierpinski³ este un fractal ce poate fi generat pornind de la un triunghi echilateral. Unind mijloacele celor trei laturi prin segmente de dreaptă se vor obține trei miniaturi

² Peters, E. Edgar - *Fractal market analysis: applying chaos theory to investment and economics*, editura Wiley, Canada, 1994, pag. 12

³ Sierpiński, Waclaw Franciszek (1882-1969), matematician polonez, renumit pentru contribuțiile sale la teoria seturilor

identice în formă de triunghi echilateral. Procedul poate fi repetat la nesfârșit, cu fiecare dintre miniaturile obținute.”⁴

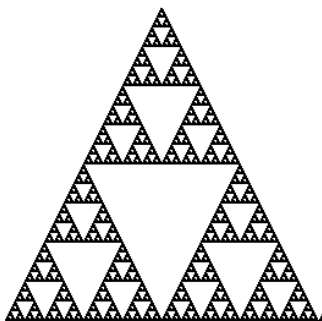


Fig. 1 – Triunghiul lui Sierpinski

Sursa: <http://web.cs.wpi.edu/~matt/courses/cs563/talks/cbyrd/pres1.html>

Asemănător cu acest procedeu, pentru a crea un fulg Koch⁵, se începe cu un triunghi echilateral și se înlocuiește treimea din mijloc de pe fiecare latură cu două segmente astfel încât să se formeze un nou triunghi echilateral exterior. Apoi se execută aceiași pași pe fiecare segment de linie a formei rezultate, la infinit.

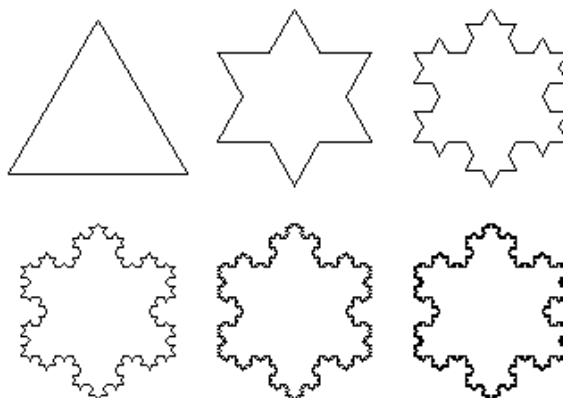


Fig. 2 – Fulgul lui Koch

Sursa: <http://www.ccs.neu.edu/home/fell/COM1201/PROGRAMS/RecursiveFractals.html>

Un fractal este caracterizat de o așa-numită „dimensiune fractală” - un număr care cuantifică gradul de neregularitate și de fragmentare al unei structuri geometrice sau al unui obiect din natură. Dimensiunea fractală indică ceea ce se întâmplă cu întregul, suprafața sau volumul fractalului atunci când acesta este mărit. Spre exemplu, dacă o linie de țărm este măsurată pe hartă, nu se pot observa

⁴ Jurgens, Hartmut; Peintgen, Hanz-Otto; Saupe, Dietmar – *Chaos and Fractals. New Frontiers in Science*, editura Springer, New York 2004, pag. 76

⁵ Koch, Niels Fabian Helge (1870 – 1924), matematician suedez ce a dat numele său renumitului fractal “fulgul Koch”

neregularitățile ei. La cealaltă extremă, dacă se încearcă măsurarea țărnelui cu rigla, se va observa și lua în considerare fiecare stâncă. Cu cât sunt mai mici și mai detaliate structurile analizate, cu atât mai lungă va părea linia țărnelui.

2. Teoria haosului și efectul butterfly în economie și în afaceri

Economia este, la rândul ei, un sistem complex și, de multe ori, imprevizibil, chiar dacă teoria clasică încearcă să demonstreze contrariul, iar economiștilor le place să creadă că întreprinderile, acțiunile și averile lor sunt stabile. Economiștii nu mai pot ignora faptul că sistemul economic este unul complex, iar aplicarea teoriei haosului și a efectului butterfly pot îmbunătăți performanțele acestuia.

„Economia și prezicerea vremii au multe în comun. Atunci când oamenii nu vorbesc despre vreme, vorbesc despre economie. Atât prognoza vremii, cât și cea a economiei nu au o reputație prea bună. Similaritățile merg și mai departe: ambele încearcă să prezică rezultatele unor sisteme extrem de mari, ale căror componente interacționează în mod complex. Output-ul ambelor sisteme este, desori, întâmplător, chiar dacă există anumite regularități.” [Kelsey, David - *The Economics of Chaos or the Chaos of Economics*, Oxford Economic Papers, New Series, Vol. 40, No. 1 (Mar., 1988), pp. 1-31.]⁶

În zilele noastre, cercetările cu privire la teoria haosului și a fractalilor cuprind domenii foarte diferite, precum fizica, chimia, biologia, chiar sociologia, care încearcă să găsească o serie de reguli comune pentru diferite comportamente, în scopul găsirii unei posibilități de a prezice și de a controla fenomenele sociale. Fractalii pot fi folosiți pentru a construi modele utilizabile în vederea analizei unor sisteme imprevizibile și haotice, unde ecuațiile liniare dau greș. Întrucât aceste teorii au o gamă largă de domenii de aplicabilitate, ele pot fi folosite și în economie.

Pentru a modela structura neliniară, complexă și volatilă specifică pieței este nevoie de o analiză a pieței (pe baza cererii și a ofertei) mult mai profundă. Haosul, sensibilitatea la condițiile inițiale și structura fractală intră, așadar, în joc.

Benoit Mandelbrot⁷ și-a întemeiat geometria fractală bazându-se pe observarea prețurilor bunurilor de consum. Analizând prețul bumbacului, a observat la acesta o constanță ciudată, având aceeași variație timp de secole, dar și într-o perioadă de zeci de ani sau de câțiva ani. El a numit acest lucru *invarianța de scară*. Deși valoarea acesteia rămâne constantă, ea nu poate fi prezisă în orice moment și la orice mărime a scării.

Simulările lui Mandelbrot asupra prețului bumbacului continuă să prezică cu exactitate *cantitatea de variație* din prețul bumbacului, atât lunar cât și anual, dar nu pot calcula valoarea prețului bumbacului din aprilie 2020. Așadar, fractalii și haosul nu dau rezultate în *prezicere*, ci în *simulare*. Simularea fractală poate modela și anticipa natura generală a unui sistem, fără a-i prezice comportarea și valoarea exactă într-un anumit moment.

Conform teoriei economice clasice, piața urmează o traiectorie predictibilă, definită, ce urmărește un anumit trend, conform graficului:



Fig. 3 – Modelarea pieței conform teoriei clasice

Sursa: <http://library.thinkquest.org/26242/full/ap/ap7.html>

⁶ Sursa: <http://www.jstor.org/pss/2663252>

⁷ Mandelbrot, Benoit, matematician american născut în Polonia, părinte al geometriei fractale

Conform teoriei fractale a lui Mandelbrot, graficul de modelare a pieței ar avea următoarea formă:



Fig. 4 – Modelarea fractală a pieței

Sursa: <http://library.thinkquest.org/26242/full/ap/ap7.html>

Se poate observa cu ușurință că cele două grafice nu coincid, cel din urmă evidențiind o evoluție turbulentă a pieței. În acest sens, haosul și analiza fractală ar putea reprezenta o nouă modalitate de a privi explicarea fenomenelor economice, precum fluctuațiile, instabilitatea, crizele.

Teoria haosului devine și mai interesantă și mai complexă atunci când vine vorba de factorul uman. Împrumutând teoria haosului din fizică și aplicând-o în economie și în afaceri, nu trebuie să uităm faptul că există o diferență între știința exactă și economie, care nu permite o aplicare mecanică și exactă a modelelor și metodelor din fizică. În economie se lucrează cu factorul muncă, cu oameni, a căror mentalitate și relaționare reciprocă sunt în continuă schimbare; ei au anumite preferințe, au moduri proprii de a percepe informațiile. Toate aceste elemente acționează decisiv. Atât agenții economici, cât și angajații și clienții sunt subiectivi, selectivi, ei afectează structura sistemului economic, care, spre deosebire de sistemul fizic, depinde de comportamentul uman și este rezultatul acțiunilor umane.

Analiza propriei persoane este la fel de importantă în luarea unei decizii ce provine din această teorie. Ce s-ar întâmpla dacă o persoană ar lucra o oră în plus sau în minus? Nu cumva randamentul de a doua zi ar fi mai mare datorită odihnei ce conferă întregii ființe o mai bună stare de creație a doua zi? Sau dacă tot acea persoană ar lucra mai mult azi, mâine poate ar fi liber, sau ar avea de câștigat datorită timpului redus alocat soluționării unei probleme. Totul depinde de problema în speță și de fiecare individ privit individual.

În afaceri și la nivelul întreprinderilor diferențele și mutațiile ce apar în condițiile inițiale sunt de tot felul și pot fi interpretate de fiecare, în funcție de cauză și de scop. *Efectul butterfly* s-a făcut resimțit în lumea afacerilor din toate timpurile, chiar dacă nu a fost cunoscut sub acest nume. Toți știu, de exemplu, istoria Mc Donald's, istoria rimelului, a jeans-ilor.

În 1987, James Gleick a publicat cartea „*Chaos: Making A New Science*” („Haos: creând o nouă știință”), un best-seller care a făcut din teoria haosului o metaforă extrem de populară în literatura de management, fiind privită ca o „nouă știință” a administrației. Gleick nu a reinventat teoria haosului și nici nu a contribuit la partea ei științifică, dar a făcut-o cunoscută și a deschis ochii publicului larg.

Există multe cărți, articole, jurnale, institute, firme de consultanță care fac din teoria haosului noua „paradigmă” pentru aplicarea teoriei complexității în managementul afacerilor. Spre exemplu, în Africa de Sud există o companie denumită sugestiv „Butterfly Effect Intelligence™” ce are rolul de a interacționa cu întreprinzători naționali dar și internaționali. „Butterfly Effect Intelligence™” sunt o echipă dinamică specializată în toate domeniile de afaceri. Ei se bazează pe această teorie și îndeamnă tot mai mulți întreprinzători să analizeze foarte bine piața ce dorește să o penetreze, oferindu-le consultanță de specialitate. „Butterfly Effect Intelligence™” este un membru al Global Intelligence Alliance™, care este o rețea mondială de companii specializate în informații de piață.

Având în vedere definițiile fractalilor, poate fi realizată o analogie între o companie și un fractal: sucursalele, filialele unei companii pot fi privite ca având o structură aproximativ

asemănătoare cu cea a firmei-mamă, respectându-se principiul autosimilarității, ce constituie esența teoriei fractalilor. Pentru aceasta poate fi descrisă situația unei economii și a unei industrii care, fiind puse sub presiunea crescândă a pieței, caută noi moduri de abordare a provocărilor care apar.

Autosimilaritatea, autoorganizarea, ideea de fractal, de companie a cărui sistem de organizare poate fi privit ca un model ale cărui forme se regăsesc la orice scară sunt principii ce vor sta la baza agenților economici ai viitorului. Perfecționarea și schimbarea la nivelul tuturor filialelor și componentelor ce țin de o organizație și utilizarea la maxim a potențialului sunt elemente cheie ce vor conduce la obținerea avantajului competitiv. Astfel, la nivelul unei întreprinderi mari, o modificare în una din structurile sale mai mici (spre exemplu, sucursalele) poate avea efecte semnificative asupra întregii activități. [Hans-Jurgen Warnecke - *“The Fractal Company: A Revolution in Corporate Culture”* *“Compania fractală: O revoluție în cultura corporatistă”*].

“Efectul butterfly” are, însă, cel mai mare impact asupra întreprinderilor mici și mijlocii; antreprenorii din aceste întreprinderi se lovesc zi de zi de o serie de mari schimbări asupra activităților realizate. În consecință, mici modificări apărute într-un plan pot avea un mare efect asupra întregii afaceri. Cu toate acestea, “butterfly effect” poate fi văzut în moduri diferite pentru că în urma acestuia efectele pot fi pozitive, pe de o parte, și negative, pe de o altă parte.

Drept exemplu ce prezintă efectele negative, putem lua în considerare o sală de fitness din America care a uitat să își facă public numărul de telefon, site-ul precum și data în care se va deschide; unele surse apropiate personalului susțin faptul că acest lucru nu a fost foarte regretat de către conducere, aceștia bazându-se pe o amplasare foarte bună de care se bucura. Cu toate acestea s-a observat faptul că profitul a întârziat să apară, iar promovarea aproape inexistentă și-a spus cuvântul.

Exemplele cu efecte pozitive sunt mai numeroase. De multe ori, schimbarea managerului general dintr-o întreprindere poate aduce cu sine o serie de îmbunătățiri de ordin economic, social și nu numai. Atenția la detalii, corectitudinea și profesionalismul la orice sacră a înreprinderii vor avea un efect multiplicator pozitiv: prin creșterea performanței firmei, este posibil ca și alte întreprinderi să înregistreze o creștere a productivității, ceea ce va conduce, în final, la creșterea economică.

Organizarea prin Haos reprezintă o manieră avangardistă de interpretare a dinamicii organizaționale. Într-o astfel de organizare, managerii introduc ei înșiși perturbări în procesul de funcționare, pentru a testa și experimenta permanent limitele proceselor, ale funcțiilor organizației, dar și ale angajaților. Organizația devine mai permeabilă la nou, la schimbare și cunoaștere, mult mai adaptată la dinamica contextului de afaceri și va exploata mult mai ușor oportunitățile de dezvoltare. Oamenii din astfel de organizații vor fi mult mai creativi și mai experimentați, mai liberi în gândire și în atitudini și vor accepta mai ușor instabilitatea și incertitudinea, considerând-o ca ceva firesc.

Teoria Haosului oferă științei manageriale noi posibilități de a sesiza “când?” și “unde?” controlul managerial este necesar sau posibil și la ce scară a organizației trebuie intervenit, unde anume impactul eforturilor este cel mai bine fructificat. Managementul modern trebuie să facă loc ideilor spontane, venite la momentul oportun.

Schimbările mici duc la apariția rezultatelor mari. Efectul fluturelui este în măsură de a readuce speranța pierdută sau inexistentă în ceea ce privește o afacere aproape distrusă.

3. Particularizarea efectului butterfly în economie și în afaceri - exemple

Conform aspectelor prezentate anterior, fractalii și teoria haosului nu dau rezultate în precizie, ci în simulare.

În continuare, susținem ideea prezentând o situație reală. Pentru asta, am ales să prezentăm o societate comercială ce se bucură de un real succes; în urma unui interviu realizat cu întreprinzătorul acesteia, s-a conchis să se analizeze ce s-ar înâmpla, care ar fi rezultatul unor schimbări minore în lanțul de aprovizionare a firmei SC Negura SRL.

Mihai Negură este întreprinzătorul unei societăți comerciale ce se ocupă cu exploatarea, transportul și prelucrarea lemnului. Societatea Comercială Negura S.R.L. a fost înființată în 1993

conform Legii nr.31/1990, fiind înregistrată la Camera de Comerț și Industrie a județului Neamț sub nr. J27/1404/1993 și nr. de înregistrare fiscală R4235352. Societatea produce și livrează: cherestea de rășinoase, fag, stejar, tei, paltin, plop; semifabricate; ambalaje și confecții din lemn; lemn pentru construcții. S.C. Negura S.R.L. își desfășoară activitatea de exploatare și transport a lemnului în Neamț, dar și în județele învecinate - Bacău, Vaslui, Suceava, Iași. Contractele cu țări precum Germania, Ungaria, Turcia îi conferă firmei un succes și un profit considerabil chiar și în perioadă de criză. În 2009, "Negura" a ocupat locul 1 în Top Profit România, orașul Dumbrava Roșie, domeniul 16: de prelucrare a lemnului, fabricarea produselor de lemn și plută, cu excepția mobilei, fabricarea articolelor din paie și din alte materiale vegetale împletite. Cifra de afaceri a acestei societăți în prezent este de 3.000.000 Euro, iar numărul angajaților se ridică la 200.

După cum lesne se poate observa, succesul a fost de partea sa; experiența acumulată de-a lungul vremii i-a fost de mare ajutor întreprinzătorului, iar acesta în prezent nu regretă nimic.

Dorim să menționăm faptul că interviul realizat domnului Mihai Negură este cât se poate de real, dânsul fiind de acord să se realizeze acest studiu de caz în care să fie prezentat și să se propună o situație ce ar aduce repercusiuni grave asupra afacerii sale.

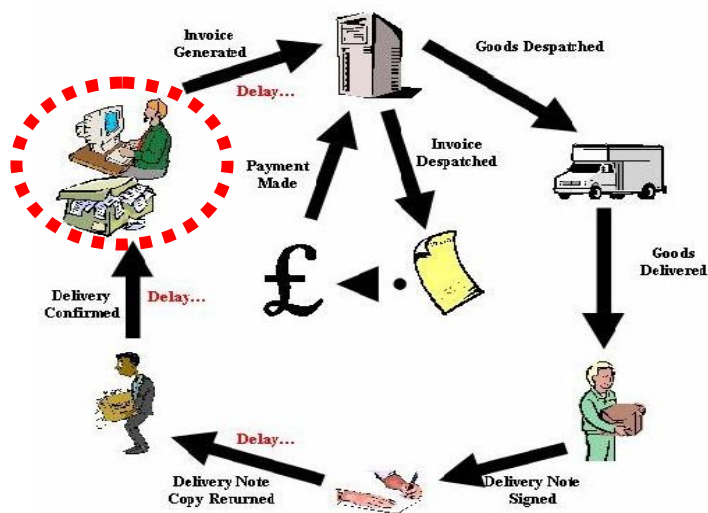


Fig. 5 – Lanțul de aprovizionare al unei firme

Sursa: <http://www.micromatter.co.uk/Delivery.htm>

Presupunem că, într-o zi, un angajat completează incorect o factură aferentă unei comenzi importante. Factura este prezentată a doua zi clientului care, în mod normal, completează un cec pentru achitarea plății, însă de data aceasta nu va completa cecul până când factura nu este corectă. Factura nu poate fi modificată în ziua respectivă, întrucât nu mai este timp. Din cauza programului încărcat al clientului, o întâlnire cu acesta va fi imposibilă în următoarele câteva zile, iar o factură prin intermediul faxului sau al mailului nu este acceptată. Din cauza neplății din partea clientului, nu poate fi achitată comanda de la un furnizor, comandă pentru materiale esențiale producției imediate. Înainte de a trimite materialele, furnizorul verifică dacă acestea au fost achitate. Cum suma de bani de la client nu a fost primită în contul bancar, cheltuielile cu furnizorul nu pot fi acoperite și, din această cauză, furnizorul amână trimiterea materialelor până când acestea vor fi plătite. Din această cauză, producția nu poate fi reluată. Toate acestea se petrec din cauza angajatului care a completat greșit factura. Astfel, acestuia i se oprește o parte din salariu drept sancțiune pentru neatenția sa. Angajatul este nemulțumit și își dă demisia, aceasta întâmplându-se chiar în ziua în care sosesc

materialele și operațiunea ar fi trebuit facturată. Activitatea de producție reîncepe, în cele din urmă, dar cu câteva zile întârziere, iar o comandă semnificativă a unui client nu va putea fi onorată la timp.

În concluzie, neglijarea efectului butterfly și luarea unor decizii pripite în management poate cauza pierderi la nivelul profitului și al activității întreprinderii. În cel mai rar caz, acesta poate conduce la pierderea afacerii. În afacerile mici trebuie, așadar, pus accent pe gestionarea micilor decizii. Când această condiție va fi îndeplinită, schimbările mărunte în condițiile inițiale vor acționa în sens invers, aducând efecte pozitive și succes afacerii.

Astfel, la nivelul managementului unei întreprinderi, cunoașterea efectului butterfly oferă o nouă perspectivă asupra corelațiilor dintre decizii, asupra interdependenței acestora. Așadar, echipa de management trebuie să aibă în vedere o serie de întrebări cheie:

1. Cine este implicat în identificarea problemelor și găsirea de soluții: managerul general, echipa de management sau întreaga organizație? Ar fi util dacă ar fi implicat și un consultant în management pentru a conferi obiectivitate?

2. Care sunt principiile care vor fi avute în vedere în definirea setului de acțiuni?

3. Cine colectează propunerile, cine evaluează, cine ia decizii, cine urmărește rezultatele?

4. Cum se gestionează implementarea soluțiilor: inițiativele sunt coordonate de o persoană sau de către o echipă? Se formează echipe multidisciplinare, gestionare pe baza ad-hoc etc?

5. Este necesar un plan de răspuns la deciziile luate? Cât de detaliat trebuie să fie și cât de flexibil? Sunt imaginate mai multe scenarii?

6. Ce tipuri de acțiuni se iau? ce acțiuni se realizează cu rol de prevenție? ce acțiuni sunt pentru înlăturarea unor cauze? ce acțiuni pentru tratarea sau interzicerea sau diminuarea unor efecte?

7. Care sunt implicațiile asupra următorilor parametri: profit, numerar, creștere, structură organizațională, resurse umane, model de business, urmărirea unor noi oportunități, diminuarea unor amenințări, reduceri de costuri etc?

8. Orientarea trebuie să fie spre "interior" (personal, procese, proiecte) sau spre "exterior" (clienți, furnizori, parteneri, finanțatori) sau un mix între acestea?

9. Ce, cum, cât și când se comunică?

10. Ce portofoliu de soluții se adoptă? Care este mixul de soluții rapide versus soluțiile pe termen mediu/lung?

Aceste întrebări nu au un răspuns unic, corect, însă este de datoria managerilor să le aibă în vedere și să aloce timp pentru identificarea celei mai bune combinații de răspunsuri care se potrivește propriei afaceri. Deciziile pot fi explicite, luate în cunoștință de cauză, sau implicite, rezultând fără să se ia o decizie clară asupra aspectelor respective sau uneori chiar și din întâmplare. Nu toate deciziile vor fi tranferate în practică. Un bun manager trebuie să monitorizeze implementarea și respectarea deciziei în practică, precum și rezultatele acesteia, pentru a putea decide la timp păstrarea deciziei sau adoptarea uneia noi, care să îmbunătățească situația. Deciziile pe aspectele punctate mai sus, la care pot fi adăugate și alte opțiuni, pot să influențeze radical modul în care se va desfășura activitatea întreprinderii. *"Acordați-vă timp pentru analiză și reflecție astfel încât deciziile să fie cele corecte, analizați influența acestora atât pe termen scurt, dar și pe termen lung."*⁸

Un alt exemplu de „butterfly effect” poate fi greșeala unei companii industriale franceze de a discrimina, în mod neintenționat, sexul feminin, lucru ce s-a dovedit a fi ineficient în ceea ce privește rezultatele economice ale firmei. Astfel, în cadrul organizației s-a luat decizia să se cerceteze cauzele recrutării deficitare a persoanelor de sex feminin. Au fost invitați toți directorii de Resurse Umane din sucursale de pretutindeni, pentru a se discuta problema. În timpul ședinței au fost examinate fișe de post, cerințe și liste întregi cu anunțuri pentru angajări, luate de pe site-ul întreprinderii. Nu a fost sesizată nicio neconformitate. Dintre cele 20 de joburi listate, toate, în afară de una, începeau descriind persoana ideală prin cuvintele “Candidatul va fi...”, peste tot fiind utilizate numai pronume masculine. Singura excepție era postul de secretară, unde descrierea începea cu „Candidata...”.

⁸Sura: <http://bizcafe.ro/articole/butterfly-effect-istoria-deciziilor-initiale.html>

Experții de la Resurse Umane au fost foarte șocați să vadă că anunțurile fuseseră scrise într-o astfel de manieră, în ciuda legislației UE cu privire la discriminarea sexuală. Descoperirea a condus la luarea de măsuri, firma propunându-și să ajungă într-un timp cât mai scurt la proporția de circa 40% femei din numărul de angajați. În urma deciziei luate, pe termen scurt creșterea economică nu a apărut, lucru ce le-a ridicat managerilor semne de întrebare în ceea ce privește decizia luată. După mai mult timp, s-a observat că profitul era în creștere, depășind chiar nivelul maxim atins de la apariția întreprinderii și până în prezent.⁹

Discriminarea persoanelor de sex feminin în domeniul de afaceri este încă prezentă; decizii subiective și lipsite de esență practică duc la efecte negative la nivelul unei simple organizații, urmând ca în timp să afecteze o întreagă economie.

În ultimii ani tot mai multe femei au dovedit că spiritul lor antreprenorial poate fi mult mai bun decât al bărbaților; până la urmă nu este vorba de o despărțire a sexelor pe plan profesional, ci o îmbinare armonioasă a acestora în vederea obținerii unui rezultat cu adevărat bun. Când vine vorba de afaceri, subiectivismul ar trebui să stea cât mai departe ca să nu influențeze sub nicio formă deciziile, negocierile, discuțiile și tot ce ține de comunicarea în afaceri. O șansă oferită la timp persoanei potrivite poate însemna un adevărat succes neașteptat. Femeia antreprenor încearcă să capete respect prin valoarea pe care o deține, prin atuu-rile specifice. Deși femeia a căpătat o serie de drepturi, lupta sa este continuă, fapt prezentat și mai sus, unde într-o companie importantă franceză încă exclude femeia din posturile importante ale companiei.

Acestea fiind spuse, se poate desprinde ideea că din cauza unei decizii aparent minore luate la nivel de organizație sub formă indirectă (excluderea femeilor din posturi importante), repercusiunile sunt neașteptate și se pot accentua treptat.

Rezultatele discriminărilor, în general, pot fi exemple de *butterfly effect*. Într-o companie germană specializată pe felicitări și pungi făcute manual, decizia conducerii a fost de a nu angaja persoane ce suferă de un handicap. Aparent în viziunea unora este o idee bună, însă de exemplu persoanele cu handicap la nivelul membrilor inferioare de ce nu pot lucra într-un domeniu ce le solicită doar brațele? Aceasta a fost și întrebarea pusă de o comisie națională ce se ocupă cu integrarea în societate a persoanelor cu handicap; astfel, compania a acceptat să angajeze timp de o lună persoane cu handicap la nivelul membrilor inferioare. După luna de probă, surpriza a fost mare pentru conducere; numărul de produse făcute manual era cu aproximativ 40% mai mare decât cele făcute anterior. În urma acestui „exercițiu”, au fost angajate 20 de persoane handicapate care s-au dovedit a fi profitabile companiei. Mai multe studii de specialitate au dovedit faptul că persoanele ce suferă de un handicap pot fi mult mai concentrate pe ceea ce fac, se pot implica mai bine în activități și din cauza dorinței de a le arăta celorlalți că sunt și ei oameni normali, cu drepturi să muncească și că își doresc să dobândească încredere.

Etica în afaceri poate fi privită ca un exemplu de *butterfly effect*. Pe termen scurt acțiunile neetice conduc la un profit, urmând ca pe termen lung profitul să scadă substanțial; altfel fiind spus, acțiunile etice sunt profitabile. Cel mai controversat subiect ce ține de etică este publicitatea ce induce în eroare consumatorii. Fascinat de caracteristicile aparente pe care unele produse le dețin în spoturile publicitare, consumatorul este tentat să încerce măcar o dată produsul; astfel, pe termen scurt produsul este vândut într-un număr foarte mare. Contactul direct consumator – produs nu este de cele mai multe satisfăcător, ca și în exemplul prezentat, decizia cumpărătorului fiind de a nu cumpăra a doua oară produsul. Un lung șir de evenimente pleacă de aici: produsul nu mai este cumpărat, compania își pierde atât clienții noi apăruiți cât și clienții vechi, renumele întregii companii capătă fațete negative în rândul tuturor. O decizie greșită luată pentru obținerea unui profit rapid dar neetic conduce în esență la declin pe termen lung.

⁹ Maitland, Alison; Wittenberg, Cox-Avivah - "Why Women Mean Business" Ed Wiley, [John Wiley & Sons, Ltd.](http://www.wiley.com) Y 2009

În cele prezentate până acum, schimbările înregistrate la nivelul condițiilor inițiale au avut loc în mediul intern al întreprinderii. Aceste schimbări pot proveni, însă, și din mediul extern al întreprinderii, și pot avea efecte la fel de semnificative ca și cele provenind din mediul interior. O afacere este extrem de sensibilă la condițiile politice, legislative în care își desfășoară acitivitatea, la mediul economic, cultural și tehnologic. O schimbare la nivelul tehnologiei (spre exemplu, apariția de noi sisteme informatice capabile să gestioneze mult mai ușor o afacere) va fi extrem de benefică activității unei firme, înlesnind desfășurarea tuturor proceselor și atrăgând, astfel, un profit mai mare. Totodată, o modificare la nivelul socio-cultural, precum schimbarea mentalității și a preferințelor clienților, ar putea avea efecte dăunătoare afacerii, întrucât clienții se vor orienta către alte produse/servicii oferite de către alte firme.

Tabel nr 1 : Mediul extern al întreprinderii

Factori politici	Factori economici
<ul style="list-style-type: none"> - politici fiscale - stabilitatea politică - atitudinea și organizarea guvernamentală - regelementări privind comerțul internațional - reglementări privind protecția mediului - cadrul legislativ - birocratie, corupție 	<ul style="list-style-type: none"> - creșterea/criza economică - schimbările în mediul economic - profitul și politica monetară - șomajul - inflația - etapa din ciclul de viață al afacerii - globalizarea
<ul style="list-style-type: none"> - creșterea demografică - vârsta - schimbările în stilul și nivelul de viață - mobilitatea socială și a forței de muncă - educația - moda, mentalitatea, obiceiurile, atitudinile - condițiile de viață, nivelul de trai 	<ul style="list-style-type: none"> - invenții și domenii de dezvoltare - impactul noilor tehnologii - rata de transfer tehnologic - schimbări în tehnologia informației - ciclul de viață și de îmbătrânire tehnologică
Factori socio-culturali	Factori tehnologici

De cele mai multe ori, schimbările în plan politic/legislativ provoacă schimbări și în mediul economic, de regulă schimbări nu tocmai favorabile. Un exemplu elocvent în acest caz îl constituie introducerea legislației potrivit căreia întreprinderile trebuie să plătească impozitul forfetar. Această hotărâre, survenită ca schimbare în condițiile existente, a produs mari pagube, ilustrând conceptul de „butterfly effect”.

Impozitul reprezintă cea mai importantă resursă financiară a statului; acesta este stabilit în funcție de anumiți indici valorici precum profituri, venituri. În comparație cu acesta, valoarea impozitului forfetar este stabilită ca sumă globală și invariabilă care nu ține cont de valoarea individuală a resurselor financiare ale companiei. Sistemul forfetar implică stabilirea unor sume fixe de plată către buget, indiferent de volumul veniturilor sau al cheltuielilor, acesta fiind aplicabil doar la impozitul pe profit, nu și la TVA.

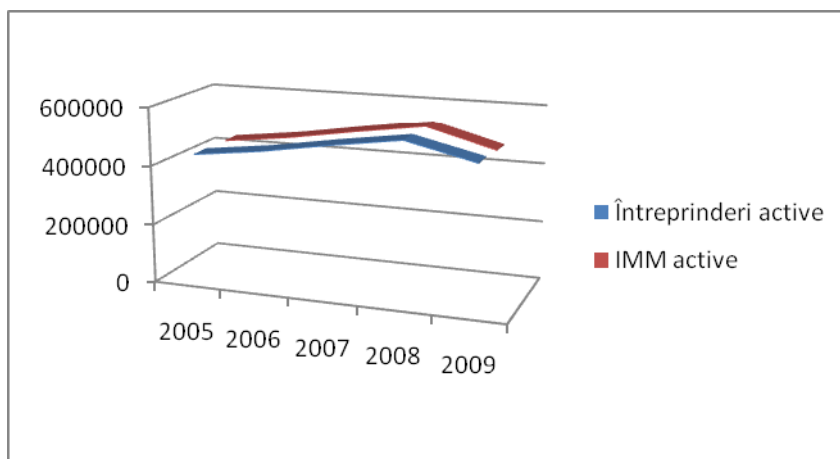
Impozitul forfetar s-a vrut adoptat încă din 2001. Atunci, măsura fiscală avea în vedere întreprinderile mici, impozitarea în sumă fixă vizând toate firmele care aveau mai puțin de 20 de angajați și o cifră de afaceri de maxim 100.000 euro și intenționa să înlocuiască impozitul pe profit. Ideea a apărut deoarece întreprinderile mici erau nevoite să recurgă la tot felul de artificii contabile pentru a-și diminua profitul, din cauza fiscalității ridicată. Impozitul a fost, în cele din urmă, lansat la data de 1 mai 2009, fapt criticat de mulți.

În perioadă de criză, acest impozit agravează situația în care România se află. Suma de 500 de euro anual nu era considerată la vremea respectivă o sumă mare, care să falimenteze firme. Cu toate

acestea, la o perioadă scurtă după ce acest impozit a fost impus, peste 20% dintre firmele din România și-au încetat activitatea, concediându-și angajații. Conform statisticilor, această cifră este foarte mare și evidențiază un dezastru pe care Ministerul de Finanțe nu l-a anticipat.

Efectele s-au făcut resimțite asupra micilor afaceri, studiile de caz indicând la scurt timp o cifră de peste 120 de mii de firme care au renunțat să mai activeze. În urma închiderii acestor afaceri au apărut și multe persoane care și-au pierdut locurile de muncă. După patru luni s-a constatat că zilnic au fost înregistrate circa 900 de falimente pe zi.

Fig. 6- Graficul evoluției numărului întreprinderilor active și al IMM-urilor active în perioada 2005-2009



Sursa: Anuarul statistic 2010, INS

Din grafic se observă că, până la introducerea impozitului forfetar numărul întreprinderilor active a crescut de la an la an. Trendul crescător s-ar fi menținut, probabil, dacă impozitul minim nu ar fi fost introdus. În anul 2009, a avut loc o scădere semnificativă a numărului întreprinderilor active, întrucât multe dintre acestea și-au încetat activitatea.

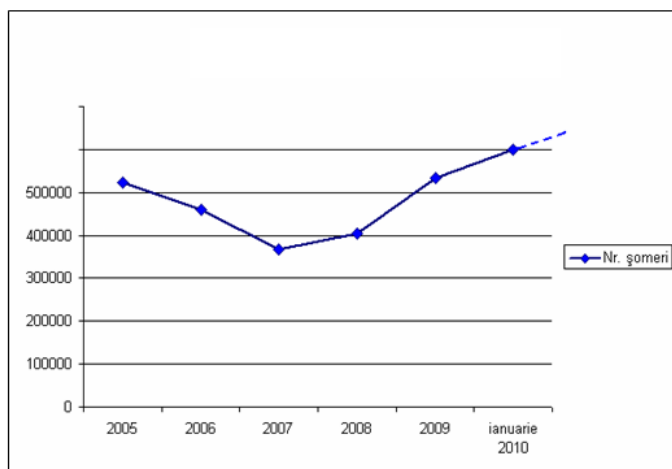
Dispariția unor firme de pe piață a cauzat un șir de evenimente nu tocmai plăcute, provocându-se dezechilibre pe care autoritățile se pare că nu le-au prevăzut sau au refuzat să o facă. O dată cu încetarea activității firmelor, au crescut, în mod firesc, și numărul șomerilor și rata șomajului. Pierderile au fost în valoare de 100 de milioane de lei la bugetul de stat, prin generarea a aproximativ 56.000 de șomeri, în urma închiderii a 26.000 de firme cu activitate, potrivit calculului Consiliului Național pentru Întreprinderi Private Mici și Mijlocii din România (CNIPMMR), citate de Mediafax. Prin neîncasarea impozitelor din cauza închiderii acestor firme au mai fost înregistrate alte pierderi în valoare de 300 milioane de lei.

Tabelul nr. 3 – Numărul șomerilor și valoarea ratei șomajului în România în perioada 2005-2009

	2005	2006	2007	2008	2009
Nr. șomeri	522967	460495	367838	403441	460441
Rata șomajului	5,9 (%)	5,2(%)	4(%)	4,4(%)	7,8(%)

Sursa: Anuarul statistic 2009; Sinteza principalilor indicatori economici sociali 1/2010, INS

Fig. 7- Graficul evoluției numărului de șomeri în perioada 2005 – ianuarie 2010



Sursa: Anuarul statistic 2009; Sinteza principalilor indicatori economici sociali 1/2010, INS

Rata șomajului a înregistrat, în perioada 2005-2008, o evoluție fluctuantă, diferențele de la an la an nefiind foarte mari. Se observă, însă, că în 2009 aceasta a crescut cu 3,4% față de anul precedent, valoare semnificativă. În ianuarie 2010, conform publicației „Sinteza principalilor indicatori economici sociali”, volumul 1/2010, rata șomajului în luna ianuarie 2010 a atins valoarea de 8,1%, adică a crescut cu 0,3%.

Dacă firmele vor plăti, în continuare, impozitul minim, există posibilitatea ca numărul întreprinderilor care vor da faliment și rata șomajului să fie în continuă creștere.

În prezent, impozitul minim a fost eliminat, conform amendamentului aprobat de comisiile de buget-finanțe. Noul impozit forfetar ar viza restaurantele, saloanele de cofură, frizeriile, spălătoriile sau sălile de sport. În general, această taxă regândită li se adresează agenților economici care își încasează veniturile în bani gheață, ori activează în domenii cu evaziune fiscală ridicată. Noua grilă prevede ca firmele care au o cifră de afaceri anuală cuprinsă între 12.000 și 50.000 de euro să plătească impozit de 1.000 de euro. Totodată, societățile care vor încheia anul cu o cifră de afaceri cuprinsă între 50.000 și 100.000 de euro vor achita 1.500 de euro în anul respectiv. Cu toate acestea, reprezentanții Consiliului Național al Întreprinderilor Private Mici și Mijlocii s-au arătat nemulțumiți față de decizia Ministerului Finanțelor, aceștia propunând ca impozitarea întreprinderilor să se aplice numai firmelor care înregistrează venituri de peste 12.000 de euro.

În concluzie, introducerea impozitului forfetar, chiar dacă s-a făcut cu bună intenție, nu a reprezentat nici pe departe o măsură eficientă împotriva evaziunii fiscale, mai ales în perioadă de criză economică. Impozitul nu corespunde unui mecanism fiscal performant, deoarece multe firme, chiar dacă respectau legea înainte de adoptarea cotei unice de impozitare, se confruntă cu reale probleme de supraviețuire sau s-ar putea îndrepta spre economia subterană, nedeclarând o parte din venituri. Și în acest exemplu se poate observa cum o schimbare în condițiile inițiale ale unui sistem poate conduce la un șir de evenimente, aparent imprevizibile, conform „efectului butterfly”.

4. În loc de concluzii

Lucrurile care nu sunt realizate în viața unui om apar și din cauza lipsei motivației. Oare motivația nu ar trebui căutată de fiecare individ în parte în tot ceea ce îl înconjoară? Oare nu ar trebui să se facă conexiuni între evenimentele din jur și nevoile pe care fiecare le deține? Încercarea trăirii

unui vis în prezent sub o formă care să permită desfășurarea acestuia la nivelul posibil în acest moment poate arăta că până la urmă visul nu este atât de important, sau poate motiva individul respectiv să lupte cu adevărat pentru el. În consecință, folosind „efectul fluturului” se poate îmbogăți experiența vieții prin recunoașterea momentelor cheie ce pot determina cursul lucrurilor; astfel visele trebuie trăite la nivelul posibil pentru a le descoperi adevărata importanță.

Lucrarea în speță ilustrează o serie de evenimente cu scopul evidențierii influenței „efectul butterfly” la nivel economic, și nu numai. S-a pornit de la existența acestuia în plan teoretic, ca mai apoi să fie prezentat în exemple concrete, întâlnite în viața de zi cu zi și în lumea cotidiană a afacerilor.

În urma celor prezentate, se poate ajunge la concluzia că rolul unor elemente aparent minore se poate dovedi extrem de important, dacă acestea sunt prezente la începutul unui lanț de evenimente ce decurg unele din altele sau sunt corelate între ele. În plus, în realitate lumea nu poate fi previzionată cu succes, indiferent de modelele de care dispunem și de cantitatea de informații pe care o avem despre trecut.

Aceste lucruri sunt valabile în orice domeniu și, după cum am exemplificat, chiar și în economie și în afaceri: chiar dacă a avut la bază intenții bune (diminuarea evazunii fiscale), introducerea pripită și superficială, fără a analiza și simula posibilele rezultate, a unei legi precum plata impozitului minim a produs o catastrofă în rândul IMM-urilor, fapt ce afectează economia țării. Și de aici se poate desprinde ideea că impozitele mici încurajează oamenii să fie cinștiți. Totodata, detaliile și acțiunile aparent de rutină și nesemnificative (precum înregistrarea zilnică și emiterea facturilor) trebuie tratate cu atenție, întrucât o greșeală minoră poate provoca mari neplăceri (întârzierea comenzilor și scăderea profitului). Astfel, fiecare angajat trebuie să dea dovadă de profesionalism, indiferent de postul pe care îl ocupă. Tot din interiorul organizațiilor au fost prezentate și alte situații “cheie” care ilustrează “butterfly effect” precum importanța femeii în mediul de afaceri, activitatea persoanelor cu handicap în diverse domenii, etica în afaceri.

Având în vedere cele menționate în capitolele anterioare, se poate conchide că o decizie minoră poate conduce la un efect major; o schimbare mărunță poate avea efecte dezastruoase. Totuși, dacă fiecare s-ar gândi concret la toate riscurile pe care le implică o schimbare, la faptul că asumarea unui risc mic poate duce la dezastru și la toate efectele negative pe care acesta l-ar putea provoca, nu s-ar ajunge nicăieri, nu ar mai lua nimeni niciodată vreo hotărâre. Înțelegerea, însă, a teoriei haosului și a fractalilor, a efectului butterfly și a implicațiilor acestora în economie și în afaceri permite deschiderea către un orizont larg, astfel fiecare alegând să fie mai atent și mai conștient de acțiunile sale. Teoriile nu prezic punctual o anumită valoare a unui parametru într-un anumit moment dat, ci pot fi avute în vedere simulării unor anumite scenarii, „ce s-ar întâmpla dacă” se modifică anumiți parametri. Aceste lucruri pot fi extrem de utile în managementul unei organizații, permițând elaborarea unor soluții optimizate pentru rezolvarea diferitelor probleme cu care se confruntă o afacere.

Cum “*nesiguranța din afaceri crește cu fiecare clipă întreaga situație economică provoacă neliniște în valuri, atât prin oamenii de afaceri cu mai puțină experiență cât și în rândul publicului larg*”.¹⁰ Din această perspectivă, atenția responsabilă, îndreptată spre orice detaliu ne va ajuta să descifrăm în timp util, măcar câteva dintre evenimentele imprevizibile pe lângă care trecem în fiecare clipă.

¹⁰ Warnecke, Hans-Jurgen - *The fractal company : a revolution in corporate culture*, editura Springer, Berlin, 1993

Referințe bibliografice:

- Ionescu-Andrei, Rodica; Onea, Cristina; Toma, Ion – *Fizica FI. Manual pentru clasa a 11-a*, editura ART, București, 2008
- Jurgens, Hartmut; Peintgen, Hanz-Otto; Saupe, Dietmar – *Chaos and Fractals. New Frontiers in Science*, editura Springer, New York 2004
- Kiel, De L. Douglas ; Elliott, Euel W. - *Chaos theory in the social sciences: foundations and applications*, editura The University of Michigan Press, Michigan, 2004
- Maitland, Alison; Wittenberg, Cox-Avivah - "Why Women Mean Business" Ed Wiley, 2009
- Oliver, Dick – *Fractali*, editura Teora, București, 1996
- Peters, E. Edgar - *Fractal market analysis: applying chaos theory to investment and economics*, editura Wiley, Canada, 1994
- Visinoiu, Nicolae – *Statistica formelor economice: teoria catastrofelor, fractalilor și haosului*, editura Lumina Lex, București, 2001
- Warnecke, Hans-Jurgen - *The fractal company : a revolution in corporate culture*, editura Springer, Berlin, 1993
- Institutul Național de Statistică – *Anuarul statistic 2009*
- Institutul Național de Statistică - *Sinteza principalilor indicatori economici sociali 1/2010*
- http://arxiv.org/PS_cache/quant-ph/pdf/0310/0310038v1.pdf
- <http://econpapers.repec.org/paper/rbarbardp/rdp2007-06.htm>
- http://www.boston.com/bostonglobe/ideas/articles/2008/06/08/the_meaning_of_the_butterfly/?page=full
- <http://www.insse.ro>
- <http://www.jstor.org/pss/2663252>
- <http://www.wolframscience.com/reference/notes/971c>

PROBLEME ETICE ÎN MARKETING

Emanuela BÂDÂNGĂ *

Abstract

In marketing activity, the principles of business ethics have a relevant importance, representing, in present, a problem we are still dealing with. This essay emphasizes the absolut necessity of an ethical behavior of the companies, whatever the circumstances, highlighting the human values. Generally speaking, there has to exist an important relationship between ethics, meaning moral principles, and law. On the other hand, the main target of marketing is to produce profits, and advertising as a part of the marketing activity has to attract and convince people to buy larger quantities of goods. This is the reason why, for stimulating the clients to consume bigger quantities of products, there were cases of advertising which didn't respect the ethical principles and was based on dishonesty and misinformation. We also present a series of examples in this direction, hoping that in future this situation will be changed and new and more selected advertising will be presented or communicated to the customers.

Keywords: marketing, business ethics, human values, customers, advertising.

1. Introducere

Etica reprezintă disciplina care studiază principiile de conduită și motivație morală în societate. Pentru a avea o conduită etică, în majoritatea situațiilor, se consideră a fi suficiente buna creștere, puțin altruism și un caracter nobil, precum și capacitatea de a lua și a opera cu norme și decizii drepte și corecte. Există totuși situații și probleme de natura etică al căror răspuns nu este evident și nici nu este ușor de formulat.

Spre exemplu, dacă luăm cazul unei companii ce produce bunuri de o calitate ireproșabilă. În această situație, nu ne putem oare pune întrebarea ca managerii firmei respective au ales această alternativă în virtutea interesului pe termen lung al companiei și, în consecință, decizia lor are la bază dorința de a obține o cotă de profit cât mai mare și nicidecum grija altruistă față de client? Altfel spus: se poate oare considera că, conduita etică este definită de un comportament corect din punct de vedere moral sau reprezintă numai o consecință a mobilurilor care ne determină să alegem o anumita conduită? Este oare o problemă de principiu sau de interes ?

Marketingul secolului al XXI-lea prezintă provocari noi, dacă luăm în considerare faptul ca marketingul a trecut prin doua faze distincte, începand cu anii 1950, și se pregatește să intre în cea de-a treia. În anii '50 și '60, piețele erau dominate de producători. Aceștia utilizau cercetarea de piață pentru a afla ce-și doreau consumatorii și foloseau campanii promoționale intensive pentru a controla piețele. În anii '70 și '80, piețele au început să fie dominate de către detailiști dat fiind faptul că ei erau cei mai direct implicați în piața. Cea de-a treia fază a fost declanșată de utilizarea, din ce în ce mai intensă, a tehnologiei informației și consta din dominarea pieței de către consumator. Rolul esențial al marketingului a rămas practic același : satisfacerea, de către companii, a nevoilor clienților în modul cel mai eficient și durabil, atâta timp cât este posibil. Specialiștii în marketing trebuie, însă, să-și reexamineze în permanență modelele de strategie în marketing, dat fiind faptul că în perioada actuală schimbarea este singura constantă. În ultima instanță, firmele care au cel mai mult grijă de interesele clienților lor sunt cele care au cele mai multe șanse de a-și menține avantajul competitiv într-o luptă de concurență extrem de acerbă.

*Student, Facultatea de Marketing, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (emabadanga@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. drd. Mărgulescu Elena.

Afacerile și consumatorii sau clienții coexistă, practic, într-o relație de simbioză, respectiv clienții depind de oferta de bunuri și servicii și, la rândul lor, întreprinzătorii depind de cererea neîntreruptă manifestată pe piață din partea consumatorilor, pentru ca firmele lor să poată supraviețui și eventual să se dezvolte. Pe de o parte, producția generează nevoile consumatorilor, iar pe de altă parte, nevoile consumatorilor stimulează dezvoltarea continuă a afacerilor. Spre exemplu, predecesorii noștri au trăit fără automobile, telefoane celulare, televiziune prin cablu sau computere, în timp ce noi considerăm că ne-ar fi imposibil să concepem un trai decent fără toate acestea.

O altă relație importantă care trebuie avută în vedere este cea dintre etică și legislație. În cele mai multe țări, legile sunt create pentru ca oamenii să știe care sunt regulile de conduită în țara respectivă. Astfel, legile trebuie să se fundamenteze pe principii de natură etică, care fac distincție între bine și rău. Totuși, legile pot fi modificate pentru a reflecta puncte de vedere diferite, în funcție de interesele ce trebuie apărate la nivelul cercurilor de influență. La nivel social, a face ceea ce trebuie înseamnă a respecta legea. Un exemplu mai mult decât elocvent îl constituie consecințele dăunătoare ale reclamelor la țigări. Din diverse motive, în Statele Unite s-a declanșat de curând o amplă campanie de combatere a fumatului, care s-a extins și asupra Europei Occidentale. Reclamele la țigări pe posturile de televiziune au fost prohibite și firmele din industria tutunului sunt angrenate în procese cu victimele "inocente" ale fumatului, fapt care implică costuri de despăgubire extrem de mari. Aceste "victime" pretind daune uriașe, invocând faptul că nu au cunoscut efectele dăunătoare ale fumatului, deși acest lucru pare a fi extrem de greu de crezut. Dar pe măsură ce se fumează tot mai puțin (îndeosebi țigări americane), în Europa se bea însă din ce în ce mai mult, iar interesele economice ale producătorilor și distribuitorilor de alcool sunt enorme. Astfel, în Franța, Italia, Spania sau Grecia, o mare parte din populația ocupată cu agricultura cultivă viță de vie, iar din vânzarea de vinuri pe piețele interne, dar și externe, în aceste țări se câștigă sume importante. Pe de altă parte, în zona centrală și nordică a Europei, în Germania, Danemarca sau Olanda se produc, se comercializează și se consumă cantități enorme de bere, unele firme precum Heineken, Carlsberg sau Tuborg atingând dimensiunile unor companii multinaționale de prim rang, ce vând produsele lor în toată lumea. În acest context, legislația țărilor puternice, dominantă în cadrul UE, a găsit soluția salvatoare a acestei probleme (după consultarea unor experți nutriționiști), declarând vinul și berea ca fiind ...alimente, și nu băuturi alcoolice! Ca urmare, a devenit prohibitivă numai publicitatea la băuturile spirtoase, la "țării" - fapt care ar fi putut să îi deranjeze numai pe englezi, ceea ce însă nu se confirmă, întrucât aceștia acționează conform altor criterii și reguli.

În consecință, echipele românești, de exemplu, care fac reclamă la bere sunt niște inocenți agenți publicitari pentru alimente! « Minte sănătoasă, în corp sănătos » are nevoie de hrană, sau - după cum susține un alt slogan publicitar, « Berea după bere e plăcere »? Întrebarea esențială este dacă acesta reprezintă un punct de vedere legal și moral de a promova afacerile. Concluzia noastră este faptul că de multe ori legea se aplică în apărarea anumitor interese ale cercurilor de putere, care nu sunt neapărat onorabile din punct de vedere etic.

Adoptarea regulilor de responsabilitate sau de etică socială nu este numai o opțiune a unui comportament cetățenesc pentru o întreprindere, ci și un mijloc de a câștiga respect și onorabilitate față de concurenți. De aceea, fie că este vorba despre firme sau companii care adoptă din proprie inițiativă un comportament etic în afaceri sau de afaceri care le obligă la un comportament etic, putem conchizi că profitul și normele eticii în afaceri, respectiv în marketing, sunt tot mai mult legate unul de celălalt.

Majoritatea problemelor etice privind relația dintre afaceri și consumatori se referă la principalele instrumente ale politicii de marketing, cunoscute sub denumirea tehnicii de marketing-mix, respectiv politicile privind produsele, comunicarea publicitară, prețurile și practicile de distribuție.

În contextul pieței actuale, atât cumpărătorul, cât și ofertantul își împart responsabilitățile: primul trebuie să știe ce dorește și cum să ceară, celălalt să îi ofere produse menite să satisfacă nevoile și exigențele cumpărătorului, fără a-l minți asupra caracteristicilor și limitelor produsului,

fără să-l înșele la preț și având grijă ca produsul să nu pericliteze integritatea și interesele clientului. Dar problema trecerii de la principiul abstract la practică rămâne înca destul de sensibilă, căci trebuie să existe o limită până la care i se poate pretinde legal și moral producătorului sau comerciantului să asigure interesele cumpărătorului.

În aria problematică a eticii afacerilor legate de consumatori, probabil că nici un alt subiect nu a fost atât de intens și îndelung dezbătut pe cât a fost publicitatea. Criticile aduse tuturor aspectelor activității de marketing sunt foarte variate, și pot fi clasificate pe doua niveluri: individual și social. La nivelul consumatorului individual, criticile se referă îndeosebi la practicile de înșelare sau dezinformare, care urmaresc să creeze false credințe și așteptări ale cumpărătorului față de anumite produse sau companii, pentru a-l stimula să cumpere. La nivel social, preocupările principale sunt legate de impactul social și cultural al comunicării de marketing, respectiv de rolul acesteia în promovarea materialismului și în stimularea practicilor consumeriste. În ceea ce privește practicile de înșelare și dezinformare prin care consumatorii sunt dezavantajați, trebuie să pornim de la cele două funcții în general atribuite comunicării de marketing: funcția de informare a consumatorilor în legătură cu oferta de bunuri și servicii și cea de persuasiune, menită a-i face pe consumatori să cumpere diferite produse. Oamenii pot fi amagiți chiar și prin intermediul unor mesaje care conțin expresii pur factuale, aranjate însă într-o configurație derutantă, fara a fi propriu-zis mincinoasă.

Sloganul publicitar al cunoscutului soft drink Red Bull sună astfel: "Red Bull îți dă aripi". Reclama nu susține la propriu că fericitul consumator va beneficia de o pereche de aripi, ci sugerează numai un aport substantial de energie și entuziasm. Sloganul unui producător de bere, proclamă: "Carlsberg, probabil cea mai bună bere din lume", ceea ce reprezintă un amestec de intenție de evidențiere insidioasă, atenuată de acel "probabil", care introduce o notă de incertitudine persuasivă, întrucât semnificația de bază a sloganului exprimă o judecată oarecum unanim acceptată.

Desigur că una dintre funcțiile publicității este cea de persuasiune. Nu este surprinzător, și nici neapărat deranjant faptul că reclamele exagerează, supralicitează și înfrumusețează într-o oarecare măsură însușirile produselor pe care le prezintă. Amăgirea însă, care de altfel nu este ușor de definit în acest context, dar este evident legată de acele acte prin care companiile creează consumatorilor în mod deliberat false impresii, cu scopul de a-și mări beneficiile, nu poate fi acceptată. Una este supralicitezi aspectele pozitive ale produselor prezentate, și alta este să profiți de anumite false convingeri ale publicului. După J.R. Boatright, "amăgirea se produce atunci când comunicarea de marketing fie creează, fie profită de o falsă credință care perturbă capacitatea consumatorilor de a face niște alegeri raționale. În această categorie intră toate mesajele publicitare care îi fac pe consumatori să creadă că, utilizând un anumit produs, vor deveni mai atrăgători, mai simpatici, mai atletici sau mai inteligenți ori că vor avea mari performanțe sau succes în afaceri, etc.

În prezent, se consideră că în țara noastră publicitatea a suferit într-o mare măsură de amatorism, nesocotind de multe ori normele etice ale comunicării de marketing. "Exagerările" dintr-o serie de reclame la detergenți, pastă de dinți, băuturi răcoritoare, produse lactate etc. au fost mult exacerbate, deși publicul are nu numai dreptul de a fi informat corect și de a nu fi manipulat prin tactici persuasive amăgitoare, ci și dreptul de a nu fi agresat prin imagini sau texte inadecvate sau indecente (vezi anumite spoturi publicitare pentru ciocolata) - chiar dacă unele categorii de consumatori ar putea fi atrase tocmai de asemenea aspecte.

Dacă am susține că publicitatea trebuie să fie și "educativă", am putea fi considerați ridicoli sau exagerați. De multă vreme, în contextul actual, familiile și societatea întâmpină probleme pe acest plan, oamenii fiind preocupați să câștige sau să cheltuiască banii, iar publicitatea îi îndeamnă și îi ajută să o și facă. Cu toate acestea mesajele publicitare educă publicul, chiar dacă nu își propun acest lucru, dar într-un sens foarte prost. O simplă trecere în revistă a temelor dominante în publicitatea românească din ultimul deceniu arată că motivele cele mai frecvente sunt șmecheria, păcăleala și minciuna. Spre exemplu, un produs este recomandat consumatorilor de către un tânăr care este surprins de către soțul iubitei sale, fiind prezentat drept instalatorul venit să repare o țevă. La ieșirea din cladire, acesta se întâlnește cu alți doi locatari. "Drăguț băiat, lăptarul", spune unul din ei.

"Pardon, vrei să spui poștaștul!" răspunde celalalt. De asemenea, o marcă de vopsea lavabilă ne este recomandată de către un alt tânăr care, în situația neplăcută a sosirii neașteptată a soțului, este făcut invizibil, fiind vopsit în culoarea peretelui. Și copiii mint, ca să se bucure de plăcerea consumului. O branză topită este atât de gustoasă, încât în lipsa fetei - băiețelul îi mănâncă acesteia ultimul triunghi, dând vina pe papusă, care, la rândul ei, arată acuzator către ursulețul de pluș.

La nivelul impactului social și cultural al publicității asupra vieții sociale, criticile nu vizează numai efectele de manipulare ale unei campanii publicitare asupra consumatorilor ca indivizi, ci și consecințele negative ale activității de advertising asupra mentalității oamenilor, supuși în permanență unui adevărat bombardament informațional și asediu persuasiv care, pe lângă stimularea vânzărilor, modifică sistemul de valori acestora (de multe ori fara voia și știința lor).

Redăm în continuare criticile cele mai frecvente aduse la adresa activității de publicitate:

- Reclamele agrează și asaltează indivizii de pretutindeni.

În fiecare zi suntem supuși la sute de reclame, la radio și televiziune, pe Internet, în magazine, pe stradă, etc. Aproape că nu mai există spații publice neinvadate și, nu rareori, de-a dreptul desfigurate, de omniprezentele mesaje publicitare. Nike a avut un succes urias cu un logo ce putea fi lipit pe corp ca un tatuaj. Agenția Cuning Stunts din Londra recrutează studenți pentru a le "închiria" frunțile ca spațiu publicitar. Pentru 6,33 euro pe oră, studenții trebuie să iasă în societate și să petreacă în compania altor persoane 3-4 ore pe zi.

- Publicitatea creează dorințe artificiale.

Cu aproape jumătate de secol în urmă, celebrul om de știință John Kenneth Galbraith condamnă industria de advertising în cartea sa "The Affluent Society", acuzând comunicarea de marketing de a fi generat ceea ce el numește un "efect de dependență". Nemulțumirea lui Galbraith era legată de faptul că publicitatea stimulează nevoi artificiale, a căror satisfacere irosește cantități disproporționate de timp și de efort atât din partea producătorilor, cât și a consumatorilor. Cel mai mult are de pierdut publicul, pentru că, cu cât cheltuim mai mult pentru achiziția și consumul individual de bunuri și servicii inutile, cu atât dispunem de mai puține resurse pentru înlăturarea sărăciei și pentru a îmbunătăți calitatea vieții noastre, construind parcuri, spitale, șosele sau școli.

- Publicitatea întărește consumerismul și materialismul.

Saturația vieții cotidiene de mesajele publicitare generează și susține o ideologie materialistă și face ca în cultura prezentă consumul să fie identificat cu fericirea. Lumea occidentală este adesea caracterizată ca o "societate de consum", numită astfel deoarece consumul devine forma principală de autodefinire a identității personale, prevalând adesea în politică, educație, sănătate sau în relațiile interpersonale. Astfel, crizele emoționale și psihice nu mai sunt tratate apelându-se la specialiști, ci mai degrabă se încearcă depășirea lor prin "terapia mersului la cumpărături" sau prin "consum compensatoriu" (« shopping »).

- Publicitatea generează insecuritate și perpetuă insatisfacție.

Criticii industriei de advertising susțin că, asaltându-ne cu imagini minunate ale unei vieți fericite și îndestulate, dar adesea intangibile pentru cei mai mulți indivizi, publicitatea dă naștere în mod premeditat unui sentiment de permanentă insatisfacție față de propria noastră viață actuală, generând astfel insecuritate și frustrare. Ne este astfel jenă cu telefonul mobil demodat sau cu marca ieftină de cafea, cu țigările de calitate medie pe care le consumăm, avem un sentiment de culpabilitate fiindcă nu putem oferi copiilor noștri mărcile cele mai bune de "adidași" sau de "blugi" etc. Astfel de frământări și angoase sunt create și amplificate de campaniile publicitare pentru a stimula vânzarile, publicitatea perpetuând stereotipurile sociale.

Unii comentatori apreciază însă, pe bună dreptate, că acum consumatorii din țările dezvoltate sunt mai informați și mai educați decât au fost vreodată în materie de publicitate, campanii promoționale sau branding. Prin urmare, publicul din zilele noastre a evoluat la rândul său și consumatorii nu mai sunt "victime" sigure ale comunicării de marketing cum erau, poate, cu câteva decenii în urmă.

O altă problemă esențială referitoare la etica activității de marketing se referă la problema prețurilor practicate pe de firme pe piață. Nu surprinde pe nimeni faptul că problema prețurilor stă în centrul criticilor adresate companiilor, deoarece pe acest teren se poate observa cel mai clar divergența de interese între producători și consumatori. În vreme ce consumatorii ar dori să cumpere produse și servicii de calitate la prețuri cât mai mici, producătorii urmăresc să maximizeze câștigurile obținute din vânzări la prețuri cât mai mari. Iată de ce problema prețurilor de desfacere ține de însăși ideea schimbului echitabil dintre cele două părți, iar dreptul la un preț echitabil poate fi considerat unul din drepturile esențiale ale consumatorilor, în calitate de participanți la jocul economic.

Problema exagerării excesive a prețurilor este mai greu abordabilă atunci când nu este rezultatul politicii duse de către o singură firmă, ci are loc datorită unei înțelegeri între firmele concurente de a fixa prețuri mai mari decât media pieței. Deși aceste acorduri între concurenți sunt ilegale în țările dezvoltate, ele se produc cel mai adesea în mod tacit, fără negocieri explicite. De exemplu, B.B.C. relatează că relativ recent Comisia Concurenței din Marea Britanie a început să investigheze acuzațiile potrivit cărora cele patru mari companii de pe piața telefoniei mobile engleze - Orange, Vodafone, T-Mobile și O2 - supraîncarca tarifele clienților la convorbirile dintre rețele diferite - o practică avantajoasă pentru toate companiile concurente, însă dezavantajoasă pentru consumatori.

Strategia de marketing vizează de asemenea, și deciziile de selecție a piețelor sau a sectoarelor de piață și de abordare a ‘targeturilor’ (țintelor) - acele categorii de consumatori presupuse a fi interesați și atrași de oferta pe piața a anumitor produse și servicii. Deciziile de targeting sunt esențiale în teoria și practica de marketing, iar selecția unor grupuri specifice de consumatori sau a unor segmente de piață a fost de-a lungul anilor perfecționată de companiile dornice să își concentreze atenția asupra anumitor sectoare atractive cu o înaltă profitabilitate sau cu un mare potențial de creștere. Reproșurile de natură etică privind activitatea de targeting ce vizează categoriile de consumatori vulnerabili au în vedere două aspecte principale: gradul de vulnerabilitate al publicului țintă și pericolozitatea produselor pentru consumatorii vulnerabili. Vulnerabilitatea publicului țintă nu poate fi definită decât contextual, pornindu-se de la faptul că anumite categorii de consumatori sunt mai puțin capabile decât altele să ia decizii raționale și în deplină cunoștință de cauză în ceea ce privește calitatea, utilitatea și eventualele riscuri ale produselor pe care le cumpără.

Vulnerabilitatea poate fi generată de mai multe cauze:

- lipsa educației sau a informației necesare pentru utilizarea sigură a produselor
- vârsta înaintată și bolile aferente acesteia
- apariția unor stări fizice sau emoționale excepționale (suferința, boală, etc.)
- sărăcia și incapacitatea financiară de menținere a unui nivel rezonabil de trai
- vârsta fragedă și incompetența decizională, absența discernământului

Iată un exemplu cât se poate de elocvent. Unul dintre grupurile tipice de consumatori vulnerabili îl constituie copiii. Trebuie să recunoaștem că un copil de 4 sau 5 ani nu posedă încă capacitatea cognitivă necesară pentru a lua decizii raționale. Din acest motiv reclamele la jucării au fost adeseori criticate în mod sever. Nu copiii cumpără jucării, dar autorii de campanii publicitare caută să îi seducă și să profite de puterea lor de a-și convinge părinții să le cumpere jucăriile pe care le doresc. Reclamele prezentate la televizor în timpul zilei sau strecurate în filme și jocuri pe calculator pentru copii, profită, se spune, de faptul că aceștia sunt impresionabili, incapabili să discearnă intențiile persuasive ale reclamelor și prea puțin preocupați să înțeleagă limitele bugetului de familie. Chiar dacă, în ultimă instanță, responsabilitatea deciziilor aparține părinților, campaniile publicitare pentru copii sunt totuși blamate deoarece manipulează mințile fragede ale copiilor, pe care îi tratează ca pe niște mijloace de îmbogățire.

Se pune problema care este vârsta la care se poate considera că un copil devine capabil să ia decizii raționale? Cercetări neconcludente susțin că vârsta la care se poate identifica în mod cert capacitatea minorilor de a înțelege intențiile persuasive ale reclamelor se situează între 8 și 12 ani.

Multe țări europene au introdus restricții legale pentru campaniile publicitare adresate copiilor. Grecia, de exemplu, interzice reclamele televizate pentru jucării mai devreme de ora 22. În Norvegia sunt interzise reclamele de orice fel inserate în programele pentru copii, iar în Suedia sunt interzise reclamele pentru copii sub vârsta de 12 ani. În alte țări europene precum Franța și Spania, guvernele s-au abținut de la restricționarea legală a campaniilor publicitare pentru copii, bazându-se pe două argumente: pe de o parte, expunerea copiilor la campanii publicitare este o pregătire a lor pentru viața matură într-o societate de consum; pe de altă parte, companiile au dreptul să informeze consumatorii asupra unor produse care, în ultimă analiză, nu le pot aduce acestora nici un fel de prejudicii.

O altă problemă majoră, caracteristică consumatorilor din țările emergente, constă în faptul că aceștia nu dispun de abilitățile unui comportament specific unei economii de piață liberă, nefiind obișnuiți și în consecință capabili să își protejeze interesele pe piața. Lunga perioadă petrecută în condiții de piață reglementată, urmată de o tranziție haotică, a creat majorității oamenilor niște reflexe de "victime" dezarmate în fața unor comercianți discreționari și, în mare parte, chiar necinstiți. Puțini sunt acei consumatori exigenți față de calitatea și modul de desfășurare al bunurilor pe care le achiziționează. O anchetă a unui post de televiziune din țara noastră a relevat faptul că mai puțin de o zecime dintre cumpărătorii de produse alimentare citesc datele înscrise pe ambalaj, pentru a verifica termenul de valabilitate și compoziția alimentelor. Datorită puterii scăzute de cumpărare a multor consumatori de pe piața noastră, criteriul de selecție decisiv pentru bunurile achiziționate este prețul cât mai scăzut al acestora. Nu este astfel de mirare, că multe mărfuri care nu ar avea ce să caute pe nici o piață cât de cât dezvoltată, își găsesc aici un debușeu important, riscul de a cumpăra nenumarate produse contrafacute și introduse pe piața în condiții dubioase fiind foarte mare.

Concluzii

Fața de toate aceste probleme evidențiate anterior, se poate totuși depista o anumită îmbunătățire a mediului de afaceri românesc, o apropiere treptată de piața liberă occidentală care începe să devină tot mai vizibilă. Concurența dintre firmele private din anumite sectoare (comerț, telefonie mobilă, turism, construcții civile, industrie textilă, mobilă, etc.) se manifestă în favoarea consumatorilor. Privatizarea unora dintre mastodonții monopolizati de stat, furnizori de utilități, precum Petrom, Distrigaz, sau Electrica asigură servicii de mai bună calitate. Prezența tot mai activă pe piața românească a corporațiilor multinaționale oferă publicului imaginea vie a unui alt standard de respect față de interesele consumatorului, după cum investitorii străini obligă, prin competiție și pe cei autohtoni să adopte alte exigențe de fabricație, de marketing și de advertising. Pe de altă parte, a sporit considerabil numărul românilor care au călătorit și au lucrat sau lucrează de mult timp în țări occidentale, văzând în mod direct cum sunt tratați consumatorii în țările civilizate, ceea ce are drept urmare o creștere sensibilă a gradului de exigență al publicului românesc față de ofertanții de bunuri și servicii de pe piață.

Referințe bibliografice:

- Craciun Dan, Morar Vasile, Macovicu Vasile, „Etica Afacerilor”, Editura PAIDEIA, Bucuresti 2005
- Nicola Mihaela, Petre Dan, „Publicitate”, Editura SNSPA – Facultatea de comunicare si relatii publice, Bucuresti 2001
- Hill Charles W.L., „Global Business”, Editura POSTSCRIPT 2003

ELITA ȘI TENDINȚA DE OLIGARHIE

Antonio Alexandru COSTEA*

Abstract

In my work I'll do an analysis on the tendency of political parties in Romania to oligarchy. The party I'm focus is the Liberal Democratic Party (PD-L) because it is the party that currently holds power and is the most exposed to oligarchy trends. I also consider "deviant case" by Seymour Lipset as an example of neo-oligarchy and will show to what extent it is applied on that party. I refer to the period in which the party is in power for clear evidence of the oligarchy. I will link to the idea put forward by Max Weber, namely that people are for the power or live from the power being a reason to oligarchy. I believe that people who come to hold power do not want to lose it. As any organization Michels said the party supported the oligarchic power is a democratic basis. I refer to the law set forth by Michels bronze oligarchy. I would also mention Mosca, Pareto and Mills on there best theory of elite. The research question is whether there is oligarchy in the political party PD-L and if so why? To obtain information on the oligarchy I'll undertake the following actions: research resumes members of the party leadership structure, research status, the rules of election of representatives to the management, etc. I will also investigate other aspects that can add information about the tendency oligarchy such as nepotism, the selection of elites and their movements.

Cuvinte cheie: elită puterii, PD-L, teoria elitelor, oligarhie.

În lucrarea mea voi vorbi despre elita politică ce este aceasta conform perspectivelor lui Mosca, Pareto și Michels, unde voi încerca să demonstrez că o elita politică care deține puterea are o tendință de oligarhie. Pe parcursul lucrării voi evidenția cum vedem noi astăzi elitele și ce înțelegem prin acestea pentru a aduce o perspectivă cât mai recentă și relevantă. De aceea am hotărât să aplic criteriile de oligarhie pe care cei enunțați mai sus le-au elaborat pe partidul politic democrat liberal deoarece este în prezent la putere și este expus cel mai bine în fața acestei tendințe de oligarhie. După cum spunea Max Weber oamenii trăiesc din putere și pentru putere ceea ce face ca partidul democrat liberal să trăiască pentru amandoua sau nu, dar fiind în această poziție unde deja cunosc puterea și nu doresc să o piardă va duce cu orice preț spre oligarhie.

Noțiunea de elită pentru mulți este învaluită în mister unii vad elita conducătoare, guvernamentală, de putere ca o clasă socială sau mai degrabă la nivelul de formație având o conștiință de apartenență la o categorie cu interese comune. De multe ori noțiunea de elita este suprapusă sintagmei de clasă conducătoare (ruling class) și pentru alții dimpotrivă consideră că pentru fiecare clasă exista propria elită.

Definiția generală a elitei este: acele personane care excelează într-un domeniu oarecare (cei mai buni dintr-un domeniu). Un exemplu ar fi din cadrul Universității Nicoale Titulescu a studenților cu burse din primul an de învățământ unde aceștia reprezintă o elită a studenților.

Termenul de elită a avut mai multe înțelesuri de-a lungul timpului fiind considerată în trecut un termen negativ acesta era folosit grupărilor fasciste, naziste și cu trecerea timpului elită a reprezentat minoritatea specializată într-un domeniu. Aici apare conflictul între minoritate și masa, unde minoritatea trebuie într-un regim democratic să reprezinte masa și interesele sale. Minoritatea numită elită era aleasă pe merit și aptitudini scoțând în evidență meritocrația.

Primul teoretician în sociologia elitelor este Gaetano Mosca care vorbește în opera sa *Elementi di Scienza Politica* despre clasa conducătoare (the ruling class) într-un sistem reprezentativ

* Student, Facultatea de Relații Internaționale și Studii Europene, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (just.tonyy@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea domnului lector Valentin Nicolescu.

despre o minoritate bine organizată care reprezintă majoritatea care oferă pentru o perioadă de timp puterea deoarece masa nu a fost niciodată organizată și capabila să ia decizii.

Un motiv pe care Mosca îl susține despre avantajul minorității asupra majorității este că mult mai ușor controlezi o sută de persoane decât controlezi o mie și cu cât numărul crește minoritatea se rupe de masă și își optine posibilitatea de a controla. Un al doilea motiv pe care Mosca îl observă este legat de minoritate care este compusă din indivizi cu un plan material și cu un intelect mai ridicat decât cel care îl regăsim la masă. Superioritatea elitei și prestigiul moral par a fi atributele necesare pentru a conduce masele. Pentru Mosca planul material reprezintă puterea politică și observă că persoanele care conduc sunt mai degrabă bogați decât curajoși. Mosca mai formulează și un al treilea argument legat de avere care în trecut era reprezentată prin pământ și acu este reprezentată de sistemul monetar odată cu industrializarea și schimbul făcând referire la modul de organizare spunând că o avere mobilă este mai folositoare decât una statică deoarece o sumă de bani este mult mai ușor de organizat și de distribuit făcând ca un individ sau mai multe persoane să dețină monopolul bancilor unui stat, majoritatea corporațiilor publice sau companiile de transport.

Din spusele lui Mosca în orice societate organizată cei care guvernează sunt o minoritate și majoritatea populației, guvernării nu participă în nici un fel la gestionarea problemelor publice. Pentru el regimurile sunt niște oligarhii în care o minoritate organizată și activă își impune voința majorității, aceasta fiind numită clasă conducătoare. Mai adaugă clasa plotică care este o parte a clasei conducătoare și care se ocupă de funcțiile publice. Aceasta clasă corespunde clasei guvernamentale pusă în discuție de Pareto. Această clasă politică are următoarele caracteristici în funcție de societate și epocă fie că este vorba de valoarea militară, despre naștere, bogăție sau merit. El adaugă că aceste caracteristici nu sunt suficiente pentru garantarea unui mod durabil a autorității guvernanților și se impune ca minoritatea să fie organizată, iar majoritatea neorganizată fapt ce asigură impunerea forței minorității. Organizația crează condițiile oligarhizării și asigură continuitatea oligarhiei odată ce acesta s-a construit.

Un alt teoretician în sociologia elitelor este Vilfredo Pareto și este recunoscut pentru introducerea conceptului de circulație a elitelor care face referire la rotația elitelor una în locul celeilalte. Pentru Pareto aceasta este regula de aur care nu poate fi eludată și el pune accentul pe sociologia sistemică a teoriei. Este primul care definește clar ce este aceea o elita spunând că un grup de indivizi care excelează într-un domeniu(cei mai buni din domeniu) constituie elita domeniului. Aici el introduce orice fel de elită de la persoane cum ar fi Napoleon sau Madame Pompadour până la hoți și actori foarte talentați. Ca și Mosca, Pareto vede o clasă conducătoare oriunde până și în democrațiile parlamentare care păstrează putere, prin mijloace de forță și prin consensul condus de clasă, care poate fi mult mai mare în dimensiune. Pentru Pareto ideea de reprezentanți ai poporului este pură ficțiune și el spune că înca nu sunt filtre atât de performante pentru găsirea fiecărui individ un loc în societate pe care acesta îl merită și apar așa numitele etichete care fac diferența dintre un avocat și un ministru care ar putea răspunde pentru același lucru, dar aceștia ajung la acele etichete pe baza unor teste sau nu ceea ce permite accesul unor persoane să ajungă cât mai repede la elita guvernamentală. Scrierile lui Pareto au o influență considerabilă asupra echilibrului social și când vorbește de circulația elitelor face referire la faptul cum un individ dintr-o clasă socială mai joasă poate să urce și chiar să ajungă în fruntea elitei conducătoare. Pareto este cel care împarte elitele în cele guvernamentale și cele neguvernamentale; în *Traite de sociologie generale* el vorbește despre existența clasei guvernamentale pretutindeni și include aici elita guvernamentală și cea neguvernamentală.

Echilibrul social din perspectiva lui Pareto se bazează pe acțiuni logice și nelogice pentru a contura mai bine elita guvernamentală și relația specifică între elită și restul populației. La baza acțiunilor umane, conform lui Pareto, stau un număr de constante pe care le regăsim în toate societățile acestea fiind numite *reziduuri*. Aceste reziduuri sunt împărțite în șase categorii și ele în fond sunt familii de sentimente, iar pentru elita conducătoare primele două categorii sunt mai evidente acestea fiind *instinctul combinațiilor* și *persistenței agregatelor*. Pareto susține ca oamenii

încercă tot felul de combinații zilnic, iar cele care îndr-adevar dau roade îl determină pe individ să aspire spre creațiile imaginare. În felul acesta apar agregatele de obiecte materiale și de comportamente unele rezistând în timp ajungând să domine. Societatea trebuie să aibă o anumită stabilitate ceea ce favorizează persistența agregatelor, dar pastrarea lor scade eficiența instinctului combinațiilor.

Un al treilea teoretician în sociologia elitelor este Robert Michels cunoscut pentru lucrarea sa *Political Parties* în care urmărește o abordare mai limitată decât cea a lui Mosca și Pareto.

Față de Mosca și Pareto care prin lucrările lor evidențiau principii universale pentru domeniul sociologiei și politicii, Robert Michels face o analiză a partidelor politice moderne. Michels își începe analiza cu o perspectivă pozitivă legată de organizare spunând că fără organizare democrația este de neconceput, el susține că așa proletariatul se poate organiza pentru a avea rezistență politică. În același timp el spune că organizarea facilitează celor ce au un statut material foarte bun posibilitatea de fi superiori. Robert Michels s-a inspirat consistent din lucrările lui Mosca și a elaborat legea de bronz a oligarhiei. Acesta bazându-se pe experiența acumulată din observarea partidelor social-democratice germane și italiene mai întâi relatează idealul practic al democrației care este guvernarea maselor, conform deciziilor adunărilor populare. Acest ideal este posibil datorită imposibilității maselor de a se organiza datorită dificultăților legate de timp și spațiu. Necesitatea de a dispune de o organizație solidă și eficientă impune solicitarea unei minorități. Tendințele de oligarhizare atrag atenția lui Michels din trei puncte de vedere și anume referitor la teoria elitelor, el se întreabă cum se poate ajunge la o situație de reală democrație la nivelul statelor naționale. Un al doilea punct de vedere al sociologiei generale îl examinează cum pot fi explicate existența unor structuri oligarhice în partidele politice a căror ideologie și a căror statuti au o orientare democratică și egalitară. Un al treilea punct de vedere legat de practica politică el se întreabă despre rolul pe care partidele social-democratice îl pot ajuta efectiv în edificarea unei societăți socialiste. Conform spuselor lui Michels organizația este fondată pe egalitatea absolută a tuturor celor care fac parte din ea, liderul fiind decât un servitor al maselor. Acesta mai adaugă că măsurile de prevenire a oligarhizării sunt aplicate doar în numere foarte mici și masificarea organizației duce la diversificarea relațiilor dintre membri. Specializarea tehnică este consecința a oricărei organizații și impune necesitatea a ceea ce se numește conducerea afacerilor și duce treptat spre retragerea atribuțiilor maselor spre conducerea organizației. Michels va spune cine zice organizație, zice tendință către oligarhie unde mecanismul organizației îi dă acesteia o structură solidă și în același timp provoacă schimbări importante la nivelul masei organizate și efectul final fiind divizarea unei minorități conducătoare și o majoritate condusă.

În cadrul legii de bronz a oligarhiei avem diferite procese psihologice care duc la transformări psihice asupra anumitor personalități pe parcursul vieții lor datorate psihologiei organizării care le suportă liderii. Cu alte cuvinte organizarea este sursa din care ia naștere dominația aleșilor asupra alegătorilor, a mandatarilor asupra celor care le-au dat mandatul totul rezumându-se la cine zice organizație spune tendința de oligarhie.

Un caz aparte îl reprezintă cel enunțat de Seymour Lipset ca o modalitate de validare a teoriei oligarhiei și de a vedea dacă duce spre o lege universal valabilă. Sociologul american Seymour Lipset a fost inspirat de legea enunțată de Michels și a încercat să combată oligarhia, astfel a ajuns la cazul deviant un proces în urma căruia a descoperit patru factorii care pot neutraliza tendințele de oligarhie. Procesul s-a desfășurat în America pe sindicatul tipografilor International Typographical Union (ITU) sub supravegherea unei echipe de cercetare alături de Lipset care analizau mecanismele complexe ale oligarhiei care apareau în cadrul unei organizații. În urma acestui studiu el va enunța cei patru pași care neutralizează oligarhia și anume trebuie ca secțiunile locale să beneficieze de o largă autonomie, astfel încât să neutralizeze efectele datorate pur și simplu creșterii organizaționale. Un al doilea pas ar fi prezența unor rețele informale în cadrul organizației pentru realizarea relațiilor primare dintre membri. Un al treilea pas ar fi să fie întrunite condițiile ce permit confruntarea

deschisă a punctelor de vedere, opoziția fiind legitimă pentru evitarea unor manevre în culise. Ultimul pas îl reprezintă amenințările externe care trebuie să fie într-un număr redus și slabe.

Raymond Aron spunea despre G. Mosca, V. Pareto și R. Michels ca sunt teoreticienii moderni ai elitelor sau ai oligarhiilor fiind descendenții legitimi ai filosofiei politice clasice. Cei trei clasici sunt critici ai democrației parlamentare și a utopiei socialiste. Din spusele lui Aron filosofii politici n-au pus niciodată la îndoială inegalitatea oamenilor în privința capacității intelectuale, inegalitatea cetățenilor în privința averilor sau a puterii. În ochii lor problema nu era cea de a face să dispară aceste inegalități ci de a asigura accederea celor mai demni în posturile de responsabilitate și de a stabili încredere între guvernanți și guvernați. Ceea ce se poate observa din lucrarea lui Raymond Aron intitulată *Classe sociale, classe politique, classe dirigeante* o opoziție între elită și masă cu caracteristicile specifice ale celor două categorii antitetice.

Reveniând asupra lui Mosca aptitudinea de a conduce este horăritoare în formarea unei clase politice și aceasta constă în anumite calități pe care o persoană le are într-o epocă și în cazul unui popor fiind necesare pentru a exercita conducerea. Lângă aceste calități Mosca mai adaugă voința de a domina și coștientizarea activităților cerute. Dacă doar aceste trei lucruri ar fi fost necesare pentru justificarea poziției dominante lumea ar sta total diferit de aceea Mosca introduce și acoperirea ideologică numită ulterior de el formulă politică. Aceasta constituie când o țară ajunsă cu un grad fie și mediu de cultură, clasă conducătoare să își justifice puterea fundamentând-o pe o credință sau pe un sentiment dintr-o anumită epocă sau un anumit popor. Formula politică nu reprezintă doar un instrument de legitimare ci poate fi și legătura dintre sentimentele și valorile comune ale guvernanților și guvernaților.

Formula politică trebuie să fie în armonie cu gradul de maturitate intelectuală și morală a poporului și a epocii în care a fost adaptată drept urmare să corespundă concepției despre lume într-un anumit moment cum ar fi Marea Revoluție Franceză care a izbucnit atunci când majoritatea francezilor au încetat să creadă în monarhia de drept divin. Un alt exemplu îl constituie Revoluția Rusă care a izbucnit atunci când aproape întreaga intelectualitate și poate majoritatea muncitorilor și a țăranilor ruși au încetat să mai creadă că țarul a primit de la Dumnezeu misiunea de a guverna autocratic Sfânta Rusie.

Charles Wright Mills un sociolog american în lucrarea sa *The Power Elite* scoate în evidență ideia că între elite există relații de complicitate între diferitele segmente care le pot separa. Contrar punctelor de vedere conform cărora elita conducătoare este formată din grupuri diversificate neavând aceleași interese și scară de valori Mills dovedește contrariul. El explică că cei care dețin puterea, bogăția și celebritatea sunt interconectați deoarece se învârt în aceleași cercuri și urmează aceleași studii. Faptul că o persoană schimbă funcția politică la una militară sau universitară arată dorința celor care sunt la putere să rămână acolo și ușurința cu care se face trecerea dintr-o ierarhie la alta. Pentru Mills ceea ce contează este faptul că elitele puterii ocupă așa numitele *posturi-cheie* sau *posturi-strategice* în organizații importante ale societății. Factorii de integrare pentru Mills au o importanță covârșitoare deoarece elitele specializate formează o singură elită a puterii. Această elită se sprijină pe poziții instituționale și pe capacități decizionale fiind vorba de acele cercuri economice, politice și militare care au o poziție sigură și pot privi din exterior omul de rând chiar să intervină în acțiunile sale fără ca acesta să știe, având acces la putere pe o perioadă durabilă. Mills este atras de schimbările de carieră din planul militar în lumea afacerilor și serviciilor statului. Un exemplu este președintele Eisenhower care a trecut de la postul de șef de stat-major al armatei la președinția Universității Columbia și de acolo la funcția supremă în stat. Este de observat că persoanele din această clasă se vor înțelege bine chiar dacă nu provin din același domeniu ci provin din aceeași elită. Mills pune accentul pe unitatea fundamentală a elitei puterii americane care în opinia sa este de ordin psihologic și rezultă dintr-un sentiment de camaraderie ce permite celor incluși să se simtă membri ai aceluiși mediu exclusivist. Charles Wright Mills consideră că folosirea termenului de clasă conducătoare elitei puterii este o subminare a ceea ce reprezintă aceasta și vede împărțită societatea în trei segmente la vârf fiind elita puterii bine dezvoltată, segmentul de centru este o bază cu forțe

echilibrate care nu reușește să mențină o colerație între segmentul superior și cel inferior și ultimul segment adică cel inferior este compus din o bază fragmentată politic care are o creștere în pierderea puterii.

În a doua parte a proiectului voi încerca să arăt cum se desfașoară un partid politic din prezent în România în stransă legătură cu tendința de oligarhie. Am ales să vorbesc despre partidul politic PD-L (partidul democrat liberal) deoarece acesta este la putere și este expus cel mai bine spre tentația de oligarhizare. Un scurt isotirc asupra partidului ne va arăta cum acesta s-a format fiind succesorul Frontului Salvării Naționale, al Partidului Democrat, al Partidului Democrat al Muncii, al Partidului Unității Social Democrat, al Frontului Democrat Român, al Partidului Alianța Națională Română, al Partidului Pensionarilor și Protecției Sociale și al Partidului Liberal Democrat, partide cu care P.D.L. a fuzionat prin absorbție. Acesta a apărut ca o largă mișcare de masă în timpul Revoluției din decembrie 1989, F.S.N. își începe existența documentară la 23 decembrie 1989 prin declarația program redactată de Consiliul F.S.N. Ca organ provizoriu al puterii de stat, F.S.N. a format Guvernul provizoriu condus de Petre Roman.

Divergențele din interiorul F.S.N. a dus la formarea a două grupări și anume gruparea Roman și gruparea Iliescu. O altă etapă importantă din cradul partidului este inițiativa lui Traian Basescu de a candida pentru P.D care a relansat partidul în alegerile pentru primăria Capitalei din anul 2000 făcându-l o personalitate a acestui partid. Câștigând alegerile parlamentare din 30 noiembrie 2008, P.D.L. a trimis în legislativ 115 deputați și 51 de senatori, revenindu-i misiunea de a forma alianța de guvernare. Guvernul Emil Boc a fost investit la 22 decembrie 2008. Din momentul acela până în prezent acesta s-a aflat în prisma puterii. După cum spunea Michels spunem organizație spunem oligarhie putem considera că un partid așa de mare care poate fi considerat un partid catch-all care duce la distrugerea relațiilor primare între membri are o tendință spre oligarhie. Aplicarea factoriilor lui Seymour Lipset pentru neutralizarea oligarhiei aici se poate observa o prezență variată a amenințărilor din exterior care încalcă încă o dată factorii enunțați de Lipset. Factorul autonomie este prezent în acest partid, dar opoziția internă nu este ceva legitimă, membrii săi vor practica tot timpul jocul în culise. Ultimul factor enunțat de Lipset amintit mai sus se referă la exprimarea punctelor de vedere care datorită ierarhiei în partid fac ca membri noi și simpli din partid să nu poată să își exprime punctele de vedere sau dacă sunt exprimate nu sunt luate în considerare. Un alt element care ar putea evidenția oligarhia din partid este faptul că nu avem o transparență asupra cv-urilor membrilor structurii de conducere a partidului. După o studiere amănunțită a cv-urilor am observat că nu pot stabili când și cum au ajuns acele persoane în biroul permanent deoarece nu apare momentul când aceștia încep să activeze. Un alt factor îl poate reprezenta nepotismul care este foarte prezent în partid deoarece de multe ori membrii noi ai partidului sunt aleși din lumea afacerilor cu un plan material bogat. Un exemplu din această categorie este Honoriu Prigoană care a intrat în partid poate pentru calitățile sale sau poate pentru că deține o avere destul de impresionantă mai ales avându-l pe deputatul Silviu Prigoană deja în partid. Selecția elitelor se face mai ales din lumea afacerilor după cum vedem mai sus și circulația lor nu este destul de clară deoarece până în prezent partidul democrat liberal nu a avut alegeri interne și studiul de cercetare va continua până când partidul va avea alegerile interne de când sunt la guvernare.

Se poate vorbi și despre o elită a puterii după cum spunea Mills care arată trecerea acelor persoane dintr-o carieră militară la una universitară până la una politică. Un exemplu din acest partid politic este domnul Emil Boc sau Traian Basescu care dintr-o carieră marină ajunge să fie primar și după obține cea mai înaltă funcție în stat.

Punctele forte ale acestui proiect sunt: prezentarea teoriilor elitelor din perspectiva lui Mosca, Pareto și Michels, prezentarea unei lucrări cu scopul informativ, aplicarea teoriilor menționate anterior în cadrul unui partid politic din prezent. Punctele slabe sunt: prezintă analiza unui partid politic pe o perioadă destul de scurtă de timp și pentru conturarea ideii de oligarhie este necesar să aibă loc alegerile interne.

În concluzie partidul PD-L fiind la putere este cel mai expus spre tendința de oligarhie și fiind un partid catch-all a acumulat multe partide în decursul anilor și odată cu alegerile interne se va contura și mai bine ideea de oligarhie.

Referințe bibliografice:

- Jacques Coenen-Huther, Sociologia Elitelor, Polirom
- Hartmann Michael, The Sociology of Elites, Routledge
- Raymond Aron, “Classe sociale, classe politique, classe dirigeante”
- Michael Johnston, Corupția și formele sale: Bogație. Putere. Democrație, Polirom
- Voinea Camelia; Decizia, O formulă interdisciplinară: Elite, Mentalități, Gen și Modelare în decizia politică; Universitatea București
- Săitul oficial al partidului PD-L, <http://www.pdl.org.ro/index.php>
- Săitul oficial din sectorul sașe al partidului PD-L, <http://www.pdl-sector6.ro/index.html>
- Charles Wright Mills; Power, Politics and People; New York
- Ioan Stanomir, Revista de Științe Politice, Recrutarea elitelor politice

MARILE DESCOPERIRI GEOGRAFICE ÎN RELAȚIILE INTERNAȚIONALE

Laura Florina STAN*

Abstract

In this paper I propose myself to analyze the consequences of the European Exodus through the Great Geographical Discoveries. Starting from the definition of the world powers in the sense of the externalization of their resources comparing with the European continent, I will try to establish if and to what extent these changed the way European politics evolved in the XV – XVI centuries. I am going to do a bibliographical research of the most known specialized works dealing with this theme in order to analyze the relation cause – effect between the Great Geographical Discoveries and the political changes that took place within the international system: the development of the global European politics vision, the decline of the Mediterranean Sea in favor of the Atlantic Ocean, the appearance of the first maritime global powers.

Cuvinte cheie: marile descoperiri geografice, relații internaționale, consecințe politice.

1. Introducere

În domeniul istoriei descoperirilor geografice și formării imperiilor coloniale există un număr foarte mare de lucrări, însă, în general, aspectele politice tratate ocupă un procent destul de redus, închegându-se mai mult ca reconstituiri ale evenimentelor. Astfel, *Marile descoperiri de la Alexandru Macedon la Magellan* de Jean Favier, *Istoria descoperirii și cuceririi Americii* de Francisco Morales Padrón, *Istoria descoperirilor geografice* de I. P. Maghidovici, *Pe urmele marilor exploratori* de Ioan Popovici, *Epoca marilor descoperiri geografice* de S. Goldenberg și S. Belu, *Enciclopedia descoperirilor geografice* de Ioan Popovici, Nicolae Caloianu, Sterie Ciulache și Ion Lețea, *Mari navigatori în jurul lumii* de Alexandru Retinschi, *Din istoricul hărții. Pagini din istoria descoperirilor geografice* de N. Fradkin sau *Navigatori. Călători. Exploratori. Din Antichitate până în secolul XX* de Silviu Neguț acordă mai multă importanță efectelor economice, tehnologice și culturale.

Deoarece politicul nu poate fi despărțit de economic, intelectual sau social fără a cauza un mare prejudiciu acurateții argumentelor aduse, este dificil a vorbi doar despre un anumit tip de consecințe, fiind necesară o analiză complexă care să îmbine toate domeniile și nu un simplu demers istoric descriptiv.

Spre deosebire de scriitorii vremii (Bartolome de Las Casas - *Historia de las Indias*, Bernal Diaz del Castillo - *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, Felipe Guaman Poma de Ayala - *Primer nueva cronica y buen gobierno* etc.), avem avantajul de a putea privi retrospectiv imaginea de ansamblu și de a putea analiza cu mai multă obiectivitate repercursiunile de lungă durată ale descoperirilor geografice.

2. Marile descoperiri geografice și politica europeană

Marile descoperiri geografice definesc explorările din a doua jumătate a secolului al XV-lea și din secolul al XVI-lea, acestea constituind un moment de referință pentru istorie și având totodată consecințe complexe asupra evoluției omenirii.

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; capricoarna2007@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect.univ.dr. Marian Ștefănescu

Vor influența însă noile descoperiri modul în care se desfășoară politica europeană ?

Răspunsul la această întrebare este complex și controversat, din moment ce înțelesul actual al anumitor concepte nu este aplicabil în contextul epocii.

Despre marile descoperiri Jean Favier spune că *gustul aventurii se combină cu căutarea profitului, iluziile alimentează proiectele și consolidează îndrăznelile. Există aurul care crește ca morcovii și care se culege la răsăritul soarelui. Există Părintele Ioan și îndepărtatul său regat creștin, pe care nu știm unde să-l situăm, dar despre care suntem siguri că ne va oferi alianța pentru înfrângerea Islamului. Există India, fabuloasa Indie, care este plasată atât în Asia, cât și în Africa...*¹.

Secolele XV-XVI se definesc deci ca o importantă etapă în confruntarea medievală dintre Creștinătate și Islam. O cauză a marilor descoperiri geografice este tocmai acest antagonism, care se amplifică după căderea Constantinopolului în anul 1453, când puterea otomană devine un pericol pentru întreaga Europă. Fernand Braudel consideră însă această explicație eronată susținând în cartea sa *Mediterana și lumea mediteraneană în epoca lui Filip al II-lea* contrariul: *tocmai marile descoperiri geografice sunt cele care au creat în Levant o zonă de interes mai redus, în care turcii au putut în consecință, să se extindă și să se instaleze fără prea multe dificultăți, luând ca reper cucerirea Egiptului din 1517 – moment în care s-a conturat extraordinara istorie otomană – petrecută la douăzeci de ani după ce Vasco da Gama realizase ocolul pe la Capul Bunei Speranțe*².

Cert este că formarea și extinderea treptată a statului otoman, construirea de fortărețe la Dardanele în anul 1463, transformarea Mării Negre într-o mare internă otomană și extinderea în bazinul oriental al Mediteranei, au făcut din Imperiul Otoman un stăpân incontestabil al strâmtorilor.

Europa Apuseană, legată din Antichitate de Orientul mediteranean, era acum separată de acesta. Din acest motiv, pentru stabilirea de noi legături comerciale cu India și Orientul Îndepărtat – sursa de mirodenii și alte obiecte de lux – era necesară ocolirea zonei islamice. Mărfurile erau aduse pe uscat până la Constantinopol și de acolo transportate pe Mediterană către diverse țări europene³. Tot acest comerț indian cu Europa era monopolizat de arabi. Dorința de câștig a acestora era dublată de numeroasele taxe de tranzit percepute de șefii statelor musulmane, distanțele imense care trebuiau străbătute, precum și naufragiile, atacurile pe uscat și pe mare, acestea contribuind la prețurile de vânzare care în Europa erau de câteva zeci de ori mai mari decât în țările de origine. De aceea, portughezii și spaniolii își vor propune să ajungă ei înșiși până la ținuturile din Oceanul Indian.

Și în partea apuseană a Europei existau conflicte cu lumea islamică. În secolul al VIII-lea arabii din Africa de Nord au cucerit Peninsula Iberică și au pus bazele unui emirat independent. Lupta de eliberare de sub stăpânirea musulmanilor, cunoscută sub numele de Reconquista, a dominat istoria peninsulei timp de patru secole și a contribuit la unificarea provinciilor existente⁴.

După ce Reconquista s-a încheiat, a început perioada expansiunii peste ocean, care interesa în egală măsură puterea regală, burghezia și Biserica Catolică.

Navigațiile prin Atlantic nu sunt decât o urmare a activităților marinărești ale popoarelor iberice, dar așa cum exemplifică și Padrón în lucrarea sa *Istoria descoperirii și cuceririi Americii*, nu toate descoperirile geografice au fost evenimente întâmplătoare, cum ar fi tentați unii să creadă, în mare parte fiind gândite strategic. Primul ciclu al navigațiilor atlantice a cuprins o etapă a explorărilor izolate (1291-1340) și o etapă a tatonărilor organizate (1340-1415). Cel de al doilea ciclu a fost compus dintr-o etapă a rivalității politice dintre Castilia și Portugalia (1415-1494) și etapa de expansiune (1494-1550)⁵.

¹ Jean Favier, *Marile descoperiri de la Alexandru Macedon la Magellan*, (București: Artemis, 2007), 13.

² Fernand Braudel, *Mediterana și lumea mediteraneană în epoca lui Filip al II-lea*, volumul III, (București: Meridiane, 1985), 316.

³ I. P. Maghidovici, *Istoria descoperirilor geografice*, (București: Editura Științifică, 1959), 76.

⁴ S. Goldenberg, S. Belu, *Epoca marilor descoperiri geografice*, (București: Humanitas, 2002), 89.

⁵ Francisco Morales Padrón, *Istoria descoperirii și cuceririi Americii*, (București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1979), 36-37.

În anul 1486 portughezul Bartolomeo Dias ocolește Africa, apoi în 1498 Vasco da Gama pleacă pe drumul descoperit de Dias și ajunge în India, pe Atlanticul de Vest genovezul Cristofor Columb, aflat în serviciul curții Spaniei, navighează spre apus și debarcă în 1492 pe coastele Cubei. Între anii 1497-1498 și 1499-1500 florentinul Amerigo Vespucci face două călătorii al căror rezultat este descoperirea părții de nord-vest a Americii de Sud. Pe țărmul Braziliei va debarca în anul 1500 portughezul Alvarez Cabral, iar în 1513 spaniolul Vasco Nuñez de Balboa va străbate America Centrală ajungând la Oceanul Pacific, pe care îl numește Mar del Sur (Marea Sudului). Marea serie a descoperirilor iberice se încheie cu prima circumnavigație a lumii, începută la 20 septembrie 1519 de Magellan și terminată la 8 septembrie 1522 de către locotenentul său Sebastian del Cano, care conduce în portul Sevilla nava Victoria cu doar 17 supraviețuitori ⁶.

În Peninsula Iberică, tendința de îmbogățire a fost îmbinată cu fanatismul religios, generat de luptele seculare duse de creștini împotriva musulmanilor și întreținut permanent de cler. Biserica Catolică, cu tendința ei spre universalitate, se străduia să-și impună spiritul și structurile în regiunile locuite de păgâni, expedițiile de explorare și colonizare fiind într-un fel și acțiuni de răspândire a credinței catolice ⁷.

Problema asigurării stăpânirii asupra pământurilor descoperite și a celor ce urmau a fi descoperite în viitor va avea implicații serioase. În anul 1479 s-a semnat acordul de la Alcaçovas, care va fi ratificat la Toledo în anul următor. Acest tratat va schimba radical întreaga politică atlantică a Regilor Catolici, cu privire la navigația în sud prin coasta africană. Se admitea că Portugaliei îi revine posesiunea Guineei, a insulelor Madeira, Azore, ale Capului Verde și a altor insule ce se întâlnesc navigând *de la Canare în jos spre Guineea*. Castiliei i se recunoștea posesiunea insulelor Canare și *a tuturor celorlalte insule Canare obținute sau pe cale de a fi obținute*. Despre navigările spre nord sau spre vest nu se pomenește nimic. Din acest motiv, când intervine descoperirea columbiană, se pune din nou problema încadrării în convenție ⁸.

Monarhia spaniolă a trecut la ofensiva diplomatică în vederea asigurării stăpânirii sale asupra drumului de vest și a teritoriilor descoperite, cerând sprijinul papalității. Spaniolul Rodrigo Borgia, devenit între timp papă, se arată favorabil cererii spaniole. În luna aprilie a fost concepută bula *Inter caetera*, datată oficial la 3 mai 1493, care cuprindea referiri la insulele și pământurile descoperite de Columb în timpul călătoriilor spre apus și sancționa stăpânirea regilor Ferdinand și Isabella asupra acestor teritorii, cât și a celor ce urmau a fi descoperite în viitor în această direcție ⁹.

Regina Castiliei și regele Portugaliei își disputau drepturile asupra teritoriilor de dincolo de ocean, Castilia bizuindu-se pe dreptul primului descoperitor, iar Portugalia pe hotărârile papale anterioare. Era necesară o nouă bulă în care să se facă delimitarea sferelor de influență și a intereselor portugheze de cele spaniole ¹⁰.

În bula *Inter caetera* din 28 iunie 1493 este utilizat pentru prima dată termenul *linie de demarcație*, pe globul terestru, a cărui formă sferică era recunoscută acum și de biserică. Este trasată o linie situată la 100 de leghe vest și sud de insulele Azore și de insulele Capului Verde, tot ce se va descoperi în viitor la apus de această linie care unea polul arctic cu cel antarctic urmând să aparțină Castiliei. În cea de a doua bulă, *Eximie devotionis*, datată 3 iulie 1493, sunt cuprinse și unele referiri la drepturile portughezilor în Africa.

Portughezii au protestat hotărât împotriva liniei de demarcație ce fusese fixată și s-a ajuns la tratative directe între cele două state din Peninsula Iberică ¹¹.

⁶ Sergiu Columbeanu, Radu Valentin, *Lupta pentru supremația mărilor. De la descoperirile geografice la Trafalgar*, (București: Editura Științifică, 1973), 5.

⁷ S. Goldenberg, S. Belu, *op. cit.*, 104.

⁸ Francisco Morales Padrón, *op. cit.*, 44.

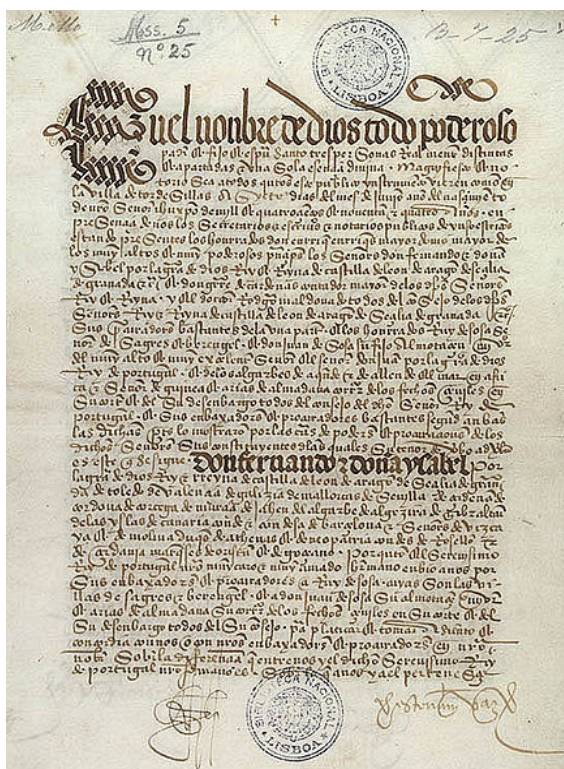
⁹ Alexandru Retinschi, *Mari navigatori în jurul lumii*, (București: Editura Albatros, 1983), 12.

¹⁰ I. P. Maghidovici, *op. cit.*, 162.

¹¹ S. Goldenberg, S. Belu, *op. cit.*, 190.

În urma unor convorbiri oficiale, la 7 iunie 1494, s-a încheiat celebrul tratat de la Tordesillas, localitate situată pe Duero, la sud-vest de Valladolid, Roma fiind prezentă în calitate de arbitru și de terță putere. Linia de demarcație a fost deplasată la 370 de leghe vest de Insulele Capului Verde. Orice teritoriu descoperit la est de această linie urma să aparțină portughezilor ¹².

Tratatul de la Tordesillas a fost respectat și de o parte și de cealaltă, timp de secole. De aceea Brazilia, descoperită întâmplător de portughezi, a devenit colonie portugheză. Pentru celelalte națiuni europene acest tratat nu are valoare, nici francezii, nici englezii și cu atât mai puțin olandezii nu vor ține seama de stipulațiile lui. Va rămâne însă important, pentru că salvase pacea în Peninsula Iberică.



Prima pagină a tratatului, Biblioteca Națională a Lisabonei
(Sursa: http://ro.wikipedia.org/wiki/Fi%C8%99ier:Treaty_of_Tordesillas.jpg)

Tratatul de la Tordesillas cuprinde un capitol care face referire la sfera americană și altul privitor la sfera africană. Cel referitor la sfera americană conține patru clauze importante:

1. Meridianul de împărțire este fixat la distanța de 370 de leghe vest de Capul Verde. Emisfera occidentală îi revine Castiliei, iar cea orientală Portugaliei.
2. Ambele puteri cad de acord ca nici una să nu întreprindă explorări în emisfera atribuită celeilalte, de asemenea, să cedeze teritoriile pe care fără voie le-ar întâlni în emisfera celeilalte.
3. Să fixeze un termen de 10 luni pentru trasarea meridianului. Ambele puteri vor trimite câte două sau mai multe caravane echipate cu piloți, astronomi și marinari. Navele se vor întâlni la Gran Canaria și de acolo vor porni către Capul Verde, pentru a fixa distanța celor 370 de leghe.

¹² Serge Berstein, Pierre Milza, *Istoria Europei*, vol. III, (Iași: Institutul European, 1998), 93.

4. În drumul lor maritim spre apus, supușii castilieni sunt autorizați să traverseze zona lusitană, fără însă a se opri să întreprindă explorări înăuntrul ei. La această clauză a fost introdusă o excepție: avându-se în vedere că între timp Columb plecase într-a doua-i călătorie s-a spus atunci că dacă acesta va fi descoperit pământuri până la data de 20 iunie și mai încolo de aceste 250 de leghe, pământurile acelea aveau să aparțină Castiliei¹³.

Tratatul de la Tordesillas a fost urmat de o luptă crescândă între statele Europei Apusene pentru supremație maritimă și comercială și pentru colonii. Pretențiile celor două semnatare au generat opoziția celorlalte puteri occidentale, îndeosebi a Angliei și a Olandei, începând astfel lupta pentru dominația maritimă și colonială¹⁴.

Deși marea dinamică în epocă a sistemului internațional creștin (a se citi european, întrucât în aceea epocă creștinismul nu depășise barierele Europei, astfel încât a fi european însemna a fi creștin) nu este cea determinată de marile descoperiri geografice, ci de evenimente și procese europene, treptat febra descoperirilor și colonizării a început să angreneze din ce în ce mai multe state. Începe lupta pentru stăpânirea mărilor, care va dura mai bine de două secole, de la sfârșitul secolului al XVI-lea până la începutul secolului al XIX-lea.

Dincolo de semnificațiile pentru geografie, economie, religie, marile descoperiri au reprezentat o lărgirea a intereselor statelor europene și propagarea modelului politic european în întreaga lume.

De exemplu, Spania, prin organizarea pe care o stabilește în America, importă cadre medievale europene și le adaptează. Spania nu improvizează o politică de colonizare, ci o continuă pe cea pe care o aplicase în propriile ei granițe. Dincolo de mare se continuă *encomienda*, cu *charte* (privilegii) de colonizare, cu privilegiile și libertățile orășenești, cu colonizarea monahală, cu fondări de instituții, ierarhizarea claselor sociale¹⁵.

Dacă secolul al XV-lea marchează apogeul expansiunii portugheze, secolul al XVI-lea este cunoscut în istorie ca perioadă a preponderenței spaniole, în urma unificării celor două state din Peninsula Iberică între 1580 și 1640. Această supremație a Spaniei a atras atenția vecinilor europeni care, înțelegând potențialul pericol, au început să caute și ei noi teritorii. Este o perioadă în care au avut loc mari ciocniri de interese și repetate conflicte între Spania și Franța și între Spania și Anglia.

Marele război de după 1580 se poartă pentru stăpânirea Oceanului Atlantic, devenit centrul lumii. *Căci acum Atlanticul este la ordinea zilei*, nota Braudel¹⁶. Așadar, Marea Mediterană, cel puțin în ultimele două decade ale secolului al XVI-lea, nu mai constituie obiectul râvnei și lăcomiei: puterile europene basculează spre vest atrase de mirajul atlantic, în zimp ce otomanii îi întorc spatele spre a se concentra pe luptele asiatice.

Lupta pentru poziții dominante în traficul oceanic a fost îndelungă și grea. Această luptă – existentă încă din Antichitate, dar limitată numai la mările interioare – a căpătat o mare anvergură după descoperirile geografice din secolele XV – XVI. Jocul alianțelor dintre puterile maritime se desfășura după regula anihilării celui mai puternic dintre protagoniști¹⁷.

Marile descoperiri au fost cele care au marcat importanța deținerii unei flote puternice, având ca efect direct schimbarea ierarhiei internaționale și apariția primelor puteri maritime globale. Astfel, Portugalia și Spania, principali actori ai explorării lumii, se vor impune și la nivelul sistemului internațional european în această perioadă.

De altfel, întreaga istorie a politicii internaționale până în 1945 a fost istoria ascendenței puterii maritime, fiind numită de un istoric indian „Epoca Vasco da Gama”¹⁸.

¹³ Francisco Morales Padrón, *op. cit.*, 95.

¹⁴ Radu Manolescu, V. Costăchel, S. Brezeanu, Fl. Cazan, *Istorie medie universală*, (București: Editura Didactică și Pedagogică, 1980), 396.

¹⁵ Francisco Morales Padrón, *op. cit.*, 46.

¹⁶ Fernand Braudel, *op. cit.*, 332.

¹⁷ Sergiu Columbeanu, Radu Valentin, *op. cit.*, 259.

¹⁸ Martin Wight, *Politica de Putere*, (Chișinău: Arc, 1998), 76.

Josef A. Schumpeter tratează, într-un scurt paragraf, descoperirile geografice, referindu-se în speță la cea a Americii, ca simple întâmplări, conjuncturi, singurul mobil al evenimentelor fiind evoluția progresivă a capitalismului, identificând doar consecințe de ordin economic. Braudel recuză ferm această teză, subliniind rolul combinatoriu al mai multor factori în cursul evenimentelor de mai târziu¹⁹.

Economicul va avea un rol important și la nivel politic, revoluția prețurilor contribuind la dezlănțuirea tensiunilor sociale și politice.

S-a remarcat adesea că sistemul de state s-a definitivat în a doua jumătate a secolului al XV-lea prin încheierea procesului de centralizare statală, în urma căruia au luat naștere state puternice, ce dispuneau de importante resurse economice, navale și militare, fiind capabile să finanțeze descoperirile și să ducă o politică activă de expansiune maritimă, colonială și comercială²⁰.

Descoperirilor le urmează sechestrul economic pus de țările descoperitoare asupra bogățiilor de pe noile teritorii, apoi intrarea în posesie a acestora din punct de vedere politic, ceea ce duce la constituirea imperiilor coloniale. În urma acestui proces, Portugalia și Spania sunt marile beneficiare care dirijează spre porturile lor produse exotice și metale prețioase. Ele realizează primele mari imperii coloniale în Indii și în Brazilia pentru portughezi, în America pentru spanioli. Aceștia din urmă își exercită suveranitatea în centrul și în sudul continentului și construiesc un mare imperiu, a cărui bogăție le va permite să finanțeze încercarea de a impune autoritatea suveranilor lor asupra Europei²¹.

Și Fernand Braudel afirmă că *încă din secolul al XV-lea, probabil, și cu siguranță din secolul al XVI-lea nu mai trebuie să vorbim doar despre simple state teritoriale sau state-națiuni. Atunci au apărut ansambluri politice întinse [...], imperiile, dacă ne este îngăduit să folosim cu sensul actual, în ciuda anacronismului său, acest termen comod*²².

O caracteristică a marilor puteri este tendința de a descrește ca număr și de a crește în mărime. Procesul a apărut mai întâi la scara mică a Europei și apoi s-a răspândit la scară mondială. Această descreștere în număr și creștere în dimensiune este un rezultat al expansiunii sistemului de state european la nivelul întregului Pământ, care a acompaniat dezvoltarea politicii internaționale de-a lungul fiecărei etape, începând cu fărâmițarea Creștinătății medievale. Puterile din circumferința Europei au ieșit în exterior și au înconjurat globul. De când corăbiile Portugaliei au navigat pentru prima oară, înconjurând Capul Bunei Speranțe (1487-1488) și brăzdând Oceanul Indian (1497-1499), de când corăbiile Spaniei au descoperit pentru prima oară America (1492) și au traversat Pacificul pentru a face înconjurul lumii (1519-1522), fiecare război general în Europa a propagat vibrații în jurul Pământului.

În această expansiune, puterile europene au cucerit și exploatat celelalte civilizații ale omenirii. Ele au utilizat aceste vaste și îndepărtate resurse pentru a-și rezolva propriile diferende pe câmpul de luptă al Europei, și invers, au luptat în Europa pentru a cuceri proprietatea acestor resurse îndepărtate.

Bineînțeles că nu putem vorbi de definiția unei mari puteri, cum de altfel nu putem discuta de un sistem propriu-zis al statelor europene înaintea formării statului-națiune (care conform lui Braudel corespunde perioadei marilor descoperiri), însă criteriile – dacă pot fi numite astfel – prin care o formațiune politică, un grup statal puteau fi considerate „puteri europene” erau diferite de cele de mai târziu.

O putere mondială este o mare putere ce poate exercita înăuntrul Europei o forță ce derivă din resursele sale din exteriorul Europei. Spania a fost prima putere mondială efectivă care a pus Europa în umbră. Faptul că sistemul de state a devenit mondial a fost o consecință politică

¹⁹ Fernand Braudel, *op. cit.*, 333.

²⁰ Radu Manolescu, V. Costăchel, S. Brezeanu, Fl. Cazan, *op. cit.*, 386.

²¹ Serge Berstein, Pierre Milza, *op. cit.*, 83.

²² Fernand Braudel, *op. cit.*, 305.

neintenționată. De abia două secole mai târziu, posesiunile coloniale, ca și criteriu al devenirii unei puteri mondiale, este total acceptat²³.

Descoperirea Lumii Noi a coincis cu nașterea națiunilor moderne, cu dezbinarea religioasă și cu începutul măreției hispanice, astfel încât regatul spaniol s-a transformat într-un puternic rival politico-religios; ca atare, posesiunile sale n-au fost cruțate de atacurile verbale și războinice ale celor mai multe țări europene²⁴.

3. Concluzii

Epoca marilor descoperiri geografice se distinge prin caracterul ei înnoitor. În etapele componente se dezvoltă progresiv înfățișarea reală a continentelor, se produc variate mutații în cunoștințele umane, se pun în valoare intuițiile de excepție ale gânditorilor antichității, deschizându-se orizonturi promițătoare majorității activităților umane. Puterea politică și dezvoltarea economică apar ca niște consecințe imediate ale marilor descoperiri. Cu toate acestea, nu s-ar putea face un bilanț complet fără să se țină seama de șocul pe care îl provoacă asupra sistemului de valori, a credințelor și normelor Europei medievale.

Pe la mijlocul secolului al XVI-lea s-a încheiat prima fază, hotărâtoare, a erei marilor descoperiri geografice și cuceririlor. Contemporanii și-au dat perfect seama de importanța lor. Dar ei n-au sesizat decât rezultatele imediate, economice, politice sau religioase. Consecințele lor adânci, îndepărtate s-au conturat în timp.

Deschiderea europenilor către lume modifică situația economică, schimbă cercul de gravitație al continentului și răstoarnă ierarhia puterilor politice. Marile bătălii navale din această perioadă au ridicat și au coborât puteri militare, au schimbat mereu geografia imperiilor coloniale în favoarea uneia sau alteia dintre protagoniste.

Efectele durabile în plan politic nu vor fi resimțite decât mult mai târziu, însă în etapa de după marile descoperiri geografice poate fi observată schimbarea modului în care, intelectual, politicul devine inteligibil. Se remarcă anumite tendințe la nivel sistemic: preocuparea tot mai intensă a statelor de teritoriile extra-europene, extinderea viziunii europene la scară mondială, începutul decăderii Mării Mediterane în favoarea Oceanului Atlantic, apariția primelor puteri maritime mondiale.

Descoperirile geografice au contribuit la includerea întregii planete în sfera afacerilor comerciale și în același timp au făcut din Atlantic principala zonă a comerțului maritim. Mediterana și Baltica vor continua să rămână în atenția celor interesați de traficul maritim, dar ca mări închise, devenind zone de rangul doi. Veneția, Genova și Hansa germană, principalii cărași ai mărilor înainte de descoperirile geografice, vor cunoaște o perioadă de declin și înlocuirea lor treptată cu țările oceanice.

Este foarte important de remarcat faptul că economicul, tehnicul, culturalul, politicul, socialul nu erau factori izolați, independenți, ci derivau unul din celălalt.

O dată cu transformarea Portugaliei și Spaniei în mari puteri, antrenate în politica mondială și cu tendințe de dominație universală, celelalte state (Franța, Anglia, Olanda) au acționat pentru a nu rămâne la distanță de rivali. Au început astfel nesfârșite războaie pentru supremație continentală și colonială, dar și o competiție febrilă de a descoperi simultan și a coloniza în paralel.

Dacă marile descoperiri geografice au avut sau nu importante consecințe politice este un subiect discutabil, cu siguranță însă avântul dat de acestea a îngăduit Occidentului să preia conducerea politică și culturală pe care a menținut-o până în secolul XX.

²³ Martin Wight, *op. cit.*, 62-65.

²⁴ Francisco Morales Padrón, *op. cit.*, 82.

Referințe bibliografice:

- Berstein, Serge, Milza, Pierre, *Istoria Europei*, vol. III, (Iași: Institutul European, 1998).
- Braudel, Fernand, *Mediterrana și lumea mediteraneană în epoca lui Filip al II-lea*, (București: Meridiane, 1985).
- Columbeanu, Sergiu, Valentin, Radu, *Lupta pentru supremația mărilor. De la descoperirile geografice la Trafalgar*, (București: Editura Științifică, 1973).
- Favier, Jean, *Marile descoperiri de la Alexandru Macedon la Magellan*, (București: Artemis, 2007).
- Goldenberg, S., Belu, S., *Epoca marilor descoperiri geografice*, Ediția a II-a, revizuită, (București: Humanitas, 2002).
- Maghidovici, I.P., *Istoria descoperirilor geografice*, (București: Editura Științifică, 1959).
- Manolescu, Radu, Costăchel, V., Brezeanu, S., Cazan, Fl., *Istorie medie universală*, (București: Editura Didactică și Pedagogică, 1980).
- Marques, de Oliveira, A.H., *Istoria Portugaliei*, (București: Editura Enciclopedică, 1996).
- Padron, Francisco, Morales, *Istoria descoperirii și cuceririi Americii*, (București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1979).
- Popovici, Ioan, Caloianu, Nicolae, Ciulache, Sterie, Lețea, Ion, *Enciclopedia descoperirilor geografice*, (București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1975).
- Retinschi, Alexandru, *Mari navigatori în jurul lumii*, (București: Albatros, 1983).
- Wight, Martin, *Politica de Putere*, (Chișinău: Arc, 1998).

IMAGINEA FEMEII ÎN PRESA SCRISĂ ROMÂNEASCĂ

Laura Florina STAN
Nicoleta Doina NEDELEA*

Abstract

In this paper, we try to take an X-ray of the way that the woman is represented in the Romanian written press. Starting from the social status that the woman had in the traditional society, we wish to observe if and to what extent the perception of the "beautiful sex" has changed. In order to accomplish our objective, we are going to make, first of all, a bibliographical research of the most known specialized studies and works that deal with this theme. We are going to continue with the realization of a precise research which will consist in monitoring for three days the articles of Adevărul (The Truth) and Jurnalul Național (The National Journal) that portray the woman and her role in the present society, and also the perceptions regarding the reports of gender.

Cuvinte cheie: *femeie, raporturi de gen, presa scrisă românească, imagine.*

4. Introducere

Având în vedere că imaginea femeii și raporturile de gen sunt subiecte care au fost și sunt abordate atât din perspectiva filosofică, cât și din cea psihologică și sociologică, este normal să ne întrebăm dacă un astfel de studiu ar avea vreo finalitate practică sau ar îngroșa teancul celor ce doar repetă lucruri deja spuse, fără a aduce nimic nou.

Istoria mișcării feministe este cunoscută și totuși, uneori, simpla cunoaștere a evenimentelor nu este suficientă. Cum altfel s-ar explica faptul că după atâtea milenii de civilizație, în care societatea a evoluat având ca principal reper egalitatea, încă mai există prejudecăți legate de femeie ca ființă socială?

Au fost realizate studii, au fost scrise cărți, au fost organizate conferințe, dezbateri, campanii, dar descoperim cu stupeoare că niciodată nu este de ajuns pentru că – după cum afirma Gabriela Crețu în lucrarea *Femeile sunt de vină – ceea ce este câștigat, ca drept, nu este câștigat pentru totdeauna; fiecare generație trebuie să își păstreze vigilența*¹. Așadar, această lucrare reprezintă o dovadă de vigilență!

5. Conținutul lucrării

Situația femeii poate fi analizată atât din perspectivă spațială, cât și din perspectivă temporală.

Din punct de vedere cronologic, se poate spune că nedreptățirea femeilor datează de la începuturile omenirii. O perspectivă incorectă, alterată, asupra identității și rolului femeii au avut până și marii gânditori. Platon, de exemplu, explica performanțele femeilor nu prin caracteristicile lor naturale de femei, ci prin faptul că au „împrumutat” caracteristici proprii bărbaților. În cuvintele lui Platon, ele ar avea „suflete de bărbați”².

* Studente, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; capricioarna2007@yahoo.com/nicoletadoinastan@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr. Elena Nedelcu.

¹ Gabriela Crețu, *Femeile sunt de vină*, (Iași: Lumen, 2009), 58

² Mihaela Miroiu, *Gândul umbrei. Abordări feministe în filozofia contemporană*, (București: Alternative, 1995), 17.

Ceva mai târziu, femeile secolului al XVIII-lea parcă nici nu existau în ochii filosofilor. Acest secol, care va împinge politețea franceză până la perfecțiune, exprimă în toată așa-zisa sa galantă literatură brutalitatea față de femeie.

În opera lui Jean Jacques Russo, de exemplu, femeia este dezbrăcată de misiunea și de demnitatea sa, fiind redusă la funcția de îngrijitoare a viitorilor cetățeni. În *Emile*, aceasta este o subalternă care are datoria de a-l scăpa pe bărbat de micile probleme casnice și de corvoada menajului: *întreaga educație a femeii trebuie să fie legată de bărbat... cât sunt mici să-i crească, să-i îngrijească când sunt mari, să le facă viața agreabilă și frumoasă*.

În plus, nu numai că Revoluția din 1789 nu a mărit drepturile femeilor, dar a și distrus ceea ce reușiseră să câștige până atunci.

În perioada socialismului, problemele femeii sunt aduse în atenția generală, dar nu din dorința de a echilibra balanța, ci din nevoia de a-și asigura reușita, lucru pentru care era necesar ajutorul femeii. De aceea socialismul îi promite ceea ce filosoffii burghezi i-au refuzat dintotdeauna: o condiție asemănătoare cu cea a bărbatului, egalitate la muncă.

Departate de a le fi avantajat, tranziția a multiplicat rolurile femeilor, făcându-le situația mai dificilă. Acestea au fost nevoite să preia toate responsabilitățile de la partenerii lor³.

Secolul XXI poate fi considerat secolul triumfului feminin. Odată cu propagarea valorilor democratice în întreaga lume, femeia a reușit să își facă auzit glasul și să își ceară drepturile.

Din punct de vedere geografic, în prezent, țările în care femeia este lipsită de anumite drepturi fundamentale sunt relativ reduse ca număr. Principala zonă de acest gen este cea a țărilor de religie musulmană, în care fundamentalismul islamic invocă inferioritatea absolută a femeii.

Privind mai aproape de noi, lucrurile par să se așeze într-o altă orânduială. La o analiză mai profundă însă, excepționalismul rămâne nota dominantă. Femeile participă la viața politică, dar mai degrabă doar ca alegători și rar în calitate de conducători-legiuitori; femeile au intrat în viața academică, dar nu și în pozițiile de vârf ale acesteia; femeile lucrează în știință, dar mai degrabă în contextul paradigmelor create de către bărbați⁴.

Existența femeii a preocupat de-a lungul vremurilor un număr însemnat de scriitori, filosofi, sociologi, fiecare tratând-o într-o manieră proprie.

Elisabeth Cady Stanton în lucrarea *Biblia femeii* (1895) chestionează interpretările date anumitor pasaje din Biblie, ca sursă majoră de inferiorizare a femeilor, precum și a limbajului utilizat în același sens.

Moira Gatens în lucrarea *Feminism și filosofie. Perspective asupra diferenței și egalității* sublinia faptul că femeile rămân în urma bărbaților în evoluția lor rațională din cauza modului cutumiar și plin de prejudecăți în care au fost crescute⁵. Această lucrare filosofică pune în balanță filosofia feminină și cea masculină. Analizează totodată relația femeie-filosofie, identificând elementele ce diferențiază teoriile feministe anglo-americane de cele franceze. Ajunge la concluzia că femeile sunt capabile de creație filosofică.

Histoire mondiale de la femme este o enciclopedie în șase volume, coordonată de Pierre Grimal, în care se face o trecere în revistă a întregului parcurs istoric al femeii, atât din Europa, cât și din America, Africa și Asia. Volumul IV tratează societatea contemporană.

La lansarea în Europa a iKNOW POLITICS, Gabriela Crețu nota: *două concluzii vechi mi s-au reconfirmat. Nimic nou, diferit sub soare. Fie că trăiești în Uganda sau Olanda, în Statele Unite sau Maroc, în Italia sau România, că ești albă, neagră, educată sau nu, experiența politică este aceeași pentru noi, ca și multe alte experiențe*⁶.

³ Étienne Lamy, *La femme de demain*, (Paris: Georges Crès et Cie), 115-119.

⁴ Mihaela Miroiu, *op. cit.*, 17.

⁵ Moira Gatens, *Feminism și filosofie. Perspective asupra diferenței și egalității*, (Iași: Polirom, 2001), 81.

⁶ Gabriela Crețu, *op. cit.*, 64.

Mișcarea feministă din România se manifestă destul de târziu: începe cu Revoluția de la 1848, în Transilvania având un mai pronunțat caracter politic decât în Regat datorită influenței Vienei și Budapestei⁷.

Apariția ziarelor a marcat un moment important, a oferit oamenilor posibilitatea de a informa și totodată de a manipula.

Viața fiecăruia se desfășoară în mare în două zone: cea publică (vizibilă) și cea privată (mai puțin vizibilă sau chiar deliberat invizibilă ochiului public). În viața publică, performanțele și eșecurile pot fi cunoscute, consemnate, numite, înfățișate comunității. Această parte a vieții noastre este privită ca domeniu major al existenței individuale. În viața privată însă, performanțele și eșecurile rămân prin excelență invizibile, necunoscute, neconsemnate, neînfațișate comunității. Iar această parte a vieții noastre este privită ca domeniu minor al existenței individuale. Istoria și presa consemnează viața publică. De abia în ultimii ani par să se aplece mai mult asupra a ceea ce numim viață privată.

Viața publică (cea vizibilă) a fost și mai este regatul bărbaților, viața privată (cea invizibilă) a fost și mai este regatul femeilor, chiar dacă potrivit standardelor patriarhale bărbatul este socotit și în ziua de astăzi „capul familiei”.

Având „cap bun pentru amănunte”, femeile s-au risipit în detalii, s-au dizolvat în invizibilitate. Având „cap bun pentru principii”, bărbații s-au adunat întru creație și legiferare, exprimându-se în istoria vizibilă⁸.

Pornind de la teoriile privind diferențele care apar între cele două sexe, pentru a înțelege în ce măsură s-a schimbat modul în care este perceput *sexul frumos*, am monitorizat timp de trei zile (17-19 ianuarie 2011) cotidienele *Jurnalul Național* și *Adevărul*. Ziarele au fost alese din rândul celor cu un număr mare de cititori și, deci, cu o mai mare posibilitate de a influența mentalitățile cetățenilor. Vom face analiza titlurilor, subiectelor abordate și felul în care acestea sunt tratate, imaginilor care însoțesc textele, precum și modul cum sunt prezentate femeile în comparație cu bărbații.

Analiza își propune să țină cont de construcția profilurilor identitare de gen feminin nu numai prin analiza de frecvență, ci și prin concentrarea pe dinamica distinctă a reprezentării simbolice a femeii în mass-media, în mod autonom și prin raportarea la genul opus.

Aceasta permite în mod deosebit schițarea unei tipologii feminine în mass-media și a modului în care această tipologie se reflectă la nivelul unor profiluri feminine.

Jurnalul Național – 561 000 de cititori/zi.

Director: Marius Tucă.

Dintr-un număr de 14 editorialiști, doar o singură femeie (Gabriela Vrânceanu – Firea).

Echipa redacțională este formată, conform casetei tehnice a ziarului, din 17 persoane, dintre care 8 bărbați și 9 femei.

Adevărul – 119 500 de cititori/zi.

Echipa redacțională este formată, conform casetei tehnice a ziarului, din 21 persoane, dintre care 16 bărbați și 5 femei.

Am observat că jurnalistele nu ocupă funcții de conducere în redacțiile publicațiilor, foarte rar sunt doar șefe de departament, iar în cazurile singulare, când sunt redactor-șef sau redactor șef-adjunct, ele însușesc comportamentul profesional masculin.

În cele trei zile, *Jurnalul Național* a publicat 130 de articole, dintre care 55 redactate de jurnaliste (femei), 40 redactate de jurnaliști (bărbați) și 35 anonime sau preluate din alte surse.

Pe lângă cele 32 de pagini ale cotidianului, *Adevărul* mai oferă și două suplimente zilnice, din care unul de cultură, sănătate, mondenități. Astfel, luni 17 ianuarie 2011 oferă în plus 16 pagini de știri sportive; marți 18 ianuarie 2011 oferă un supliment despre școală și educație; iar miercuri 19 ianuarie 2011 un supliment literar și artistic.

⁷ Alin Ciupală, *Femeia în societatea românească a secolului al XIX-lea*, (București: Meridiane, 2003), 14.

⁸ Mihaela Miroiu, *op. cit.*, 17-18.

Adevărul a publicat 292 de articole, redactate în proporție de 63 % de femei.

Față de anii anteriori unde se observa o preponderență a articolelor scrise de bărbați, o tendință generală de a încredința prima pagină articolelor scrise de jurnaliști, unde subiectele gen politică, relații internaționale, economie, finanțe erau considerate în mentalitatea populară ca aparținând domeniilor „masculinizate”, iar echipa redacțională era formată majoritar din bărbați, se observă o schimbare pozitivă.

Cu toate acestea, spre deosebire de materialele jurnaliștilor, materialele jurnalistelor nu sunt însoțite în cea mai mare parte de fotografiile lor, iar jurnaliștii domină în editoriale.

I. Din analiza titlurilor reiese că apariția femeilor predomină în titlurile mondene și prea puțin în articolele referitoare la domenii precum politică, sport, cultură, fiind utilizate mai mult cu tentă ironică, cum ar fi: *Daniela Crudu trimisă în tura de noapte* (*Adevărul* 19 ianuarie, pagina 33); *Udrea - sculă pe bascula Turismului* (*Jurnalul Național* 17 ianuarie, pagina 1); „*Fetițele*” *îi vin de hac lui Berlusconi* (*Adevărul* 19 ianuarie, pagina 19), *Tunisia a scăpat de coafeza ajunsă* (*Jurnalul Național* 18 ianuarie, pagina 13).

Sunt folosite substantive masculine feminizate pentru a ridiculiza, un exemplu grăitor fiind *Cârnata între cârnați* (*Jurnalul Național* 17 ianuarie, pagina 6).

II. Din analiza articolelor reiese că aproape întotdeauna protagoniste sunt victime ale violurilor, ale traficului de ființe umane, ale violenței în familie, ale accidentelor de tot soiul.

Numărul specialiștilor femei din diferite domenii care sunt consultate de jurnaliști în lămurirea unor probleme diverse este mult mai mic în comparație cu cel al bărbaților, promovând astfel ideea că părerea lor profesională este mai puțin credibilă sau contează mai puțin.

Se observă că problemele femeilor nu le mai impresionează pe jurnaliste, acestea având tendința de a împrumuta o mentalitate și un limbaj masculin pentru a putea supraviețui într-o lume în care a fi femeie reprezintă o slăbiciune.

Ca subiect particular, femeile sunt prezente în proporție redusă. Din domeniul politic, în paginile ziarelor studiate a apărut predominant doamna ministru Elena Udrea.

În suplimentul sportiv, din 34 de articole, doar 2 sunt dedicate performanțelor feminine.

În schimb, în rubrica *Azi e ziua ta* din *Jurnalul Național*, în toate cele trei zile au fost interviewate numai personalități feminine din România.

Tonul articolelor a fost, în general, unul neutru.

Într-unul din articolele din *Jurnalul Național* din 18 ianuarie 2011, pagina 2, intitulat *Frumoși și deștepți*, este înaintată ideea conform căreia atât femeile, cât și bărbații frumoși sunt mult mai inteligenți și norocoși. Se creează astfel o prejudecată conform căreia persoanele care nu au fost înzestrate de natură cu mari calități fizice sunt lipsite și de cele intelectuale, ceea ce ar putea duce la o marginalizare a celor mai puțin frumoși.

În rubrica *Internațional* din *Adevărul*, femeile ocupă un procent destul de semnificativ, conținutul articolelor fiind însoțit de imagini sugestive. De exemplu, Marine Le Pen este arătată sărbătorind alături de colegii săi din partid preluarea conducerii Frontului Național din Franța, imaginea fiind însoțită de comentariul „Marine Le Pen vrea să dea un nou suflu extremei drepte din Franța”. Ceea ce frapează în articol este asocierea vieții publice (avocată de profesie și președinte de partid) cu viața privată (mamă a doi copii și divorțată de două ori, fiica cea mică a lui Jean-Marie Le Pen). Nici măcar personalitățile feminine externe nu pot scăpa de eticheta de mamă, fiică, soție. Totuși Marie Le Pen este catalogată de autoarea articolului ca fiind o persoană ce cultivă imaginea unei femei moderne. Așadar, a fi femeie modernă presupune îndeplinirea mai multor roluri, atât în viața privată, cât și în cea publică, adică mai multe responsabilități decât au bărbații.

III. Din analiza imaginilor reiese că, de regulă, jurnalistele, spre deosebire de jurnaliști, nu-și ilustrează materialele cu fotografiile lor.

Imaginea-foto a femeilor ocupă un spațiu mult mai redus pe paginile ziarelor în raport cu imaginea-foto a bărbaților. În fotografiile femeia este prezentată de regulă între două extreme: ca ființă

jalnică, înfrântă, neputincioasă sau ca ființă extravagantă și sexy, pe când bărbatului „i se îmbracă” imaginea individului de succes, puternic, serios, inteligent, care decide soarta altora.

În rubrica *Retuș în tuș* cu Vali Ivan (pagina 2, *Jurnalul Național* din 17 ianuarie 2011) este prezentată o imagine caricaturizată: un bărbat care își împachetează hainele învechite pe jumătate întors către o femeie atunci intrată pe ușă. Femeia este îmbrăcată cu o rochie verde peticită, cu un decolteu generos, venind de la cumpărături încărcată cu două sacoșe. Are o privire speriată și uimită deopotrivă. Bărbatul o repezește aruncându-i o replică arogantă : „ Ce te uiți așa la mine? Fă-ți bagajele”. Pe lângă tenta evident politică – se face referire la Ion Iliescu și la soția sa în contextul revoluției tunisiene – imaginea înglobează modul în care este percepută femeia: soție ascultătoare, care își urmează soțul oriunde în lume, fără a avea un cuvânt de spus, gospodină, deoarece ea face cumpărăturile, evident cu un decolteu generos...

În articolul *Pancreatita te duce la Urgență!* (pagina 15, *Jurnalul Național* din 17 ianuarie 2011) este inserată imaginea unei tinere perfecte, ce poartă o rochiță foarte scurtă și care plânge în timp ce bea dintr-o sticlă cu alcool pe jumătate golită.

Cel mai des, femeile apar în ipostaze casnice, însărcinate, dependente de pastile sau băutură, dezbrăcate etc. Mult mai rar apar în ipostaze profesionale, la birou, alături de colegii din Parlament etc. Bărbații apar cu precădere în ipostaze mult mai serioase, îmbrăcați la costum, sobri.

După cum se poate observa, analiza și imaginea femeii în presa scrisă este una centrată pe o abordare preponderent calitativă. Predomină femeia-victimă, femeia ca fiică, soție, soră a altcuiva.

Greu de crezut că cineva ar putea face profilul femeilor din România apelând la piața imaginilor prin care sunt reprezentate acestea. În funcție de ziar, întâlnim profiluri dominante, precum femeii-vedetă, femeii-infractor, femeii-persoane publice, femeii-victime. Există și ziare care combină toate aceste profiluri.

Analiza cantitativă și analiza calitativă făcută pe aceste cotidiene ne oferă suficiente motive să credem că, fie prejudecățile, fie clișeele, fie nevoia de senzațional, fie toate laolaltă reușesc să creeze femeilor din România un portret pe care, dacă îl prezentăm prin atribute cumulate, acestea nu au deloc motive să fie mândre.

6. Concluzii

În ultimii 50 de ani s-au făcut pași definitorii în egalitatea sexelor: recunoașterea statutului de cetățean pentru femei, acces egal la educație, acces egal la diferite profesii, neîngrădiri în participarea la viața publică. Însă dacă facem o comparație între istoria cunoscută, fie cea politică, fie cea a culturii și civilizației și vremurile actuale, vom observa că lucrurile nu s-au schimbat atât cât ar fi trebuit. Istoria ne oferă mai degrabă tablouri populate cu bărbați legiuitori-creatori. În această istorie femeile sunt aproape absente sau apar mai degrabă cu un statut funcțional, adică nu sunt luate ca persoane autonome, ci privite în raport cu ceva: mamă a lui..., soție a lui..., fiică a lui..., metresă a lui..., muză a lui...; din când în când ele apar desigur și în alte ipostaze: ca regine, eventual ca scriitoare, artiste ori ca cercetătoare în domeniul științei. Dar aceste apariții sunt mai degrabă excepții. Într-o mare de personaje - bărbați, ilustre sau măcar faimoase, există câteva insule de personaje - femei. În rest, femeile sunt consemnate de istorie prin substantivul comun *femeia*, care la fel ca și *norodul* dă senzația de anonim. Chiar și valoroase, în prezent, femeile reușesc să pătrundă greu, cel puțin în anumite domenii, în elita masculină. Au rămas la aceeași condiție de mame, surori, soții, fiice, incapabile să își asigure ascensiunea socială prin propriile forțe.

Încă se mai cultivă niște mituri care subminează eforturile de a schimba societatea, cum este de exemplu, mitul celor două lumi separate, cu reguli distincte. Lumea bărbaților este dominată de rațiune, putere, inteligență, reguli făcute pentru a fi încălcate. Lumea femeilor este guvernată de sentimentalism, sensibilitate, naivitate, reguli făcute pentru a fi respectate. Aceste mituri sunt

arhiprezente și mereu reluate pentru uzul noilor generații în mass-media. De aceea, promovarea în mass-media a prejudecăților, stereotipurilor și falselor concepte reprezintă un obstacol în comunicare.

Distincția dintre public și privat apare drept o categorie politică, expresia unei voințe de diviziune sexuală a rolurilor, obligațiilor și a spațiilor. Femeia este mai mult asociată cu gospodăria și creșterea copilului, în timp ce bărbatul controlează instituțiile publice, stare de divizare ce poate fi aplicată aproape oricărui secol și oricărei culturi.

Diferențele de gen sunt puternic reliefate în presa scrisă românească actuală, însă ele nu sunt invenții ale secolului al XXI-lea, persistând de sute de ani ca relații de putere.

Privind comparativ în trecut și în prezent, avem speranța că încetul cu încetul femeia va ocupa locul pe care îl merită în societate și în paginile ziarelor.

Referințe bibliografice:

- Ciupală, Alin, *Femeia în societatea românească a secolului al XIX-lea*, (București: Meridiane, 2003).
- Crețu, Gabriela, *Femeile sunt de vină*, (Iași: Lumen, 2009).
- Gatens, Moira, *Feminism și filosofie. Perspective asupra diferenței și egalității*, (Iași: Polirom, 2001).
- Lamy, Étienne, *La femme de demain*, (Paris: Georges Crès et Cie).
- Miroiu, Mihaela, *Gândul umbrei. Abordări feministe în filozofia contemporană*, (București: Alternative, 1995).

DIFICULTĂȚI ÎN IMPLEMENTAREA NORMELOR EUROPENE ÎN DREPTUL INTERN

Ion CIOLACU*

Alina BULIGA

Ion BUZU

Abstract

The importance of the topic addressed in this study involves a rigorous research of the national, international and community law. The treatment of this correlation is doing in a multilateral way: interpretation of the concept of law and it's substantiation; the impact of values on the relationship between national law and Community law; correlation of the rapport with processes of democratization, strengthening the rule of law. The rapport between national and Community law is based on one fundamental principles of law – legality. Legality, as a principle of the rule of law, can not be understood without a detailed study on the influence of international legal order and international law over national law. This paper has as a starting point “the distinction defined between the concepts of Community, international and national law, and highlighting the correlation between them and at the same time pointing out some the difficulties encountered in their implementation”. In this study we tried to do a short analysis of specific phenomens of the post-accession from Romania and the compliance with the Community acquis

Cuvinte cheie: *Acquis-ul comunitar, principii, obligații comunitare, cetățean.*

I. Considerații introductive

Odată cu aderarea României la UE s-a produs inevitabil aderarea la un spațiu de reguli bine definite, care reglementează buna funcționare a Uniunii în majoritatea politicilor existente, iar neaplicarea lor poate duce la generarea unor sancțiuni la adresa statelor membre, prevăzute de *acquis-ul comunitar*. România trebuie să asigure identic cu celelalte state membre *implementarea și punerea în practică a legislației europene*.

Dacă e să analizăm dreptul comunitar, observăm că nu se confundă cu dreptul intern al statelor membre sau cu sistemul juridic internațional, aceasta deoarece dreptul comunitar dă expresie unității și diversității reglementărilor existente, atât în planul relațiilor social-economice, cât și în cel al relațiilor politico-juridice la nivel național și continental. Având ca punct de plecare valori ale dreptului național, dreptul comunitar se constituie ca un sistem inedit de drept, creat pe baza stabilirii la nivelul comunității a unei noi ordini juridice. Se menționează că ordinea juridică comunitară, prin exigențele sale, **impune o serie de limitări suveranității** statelor semnatare ale tratatelor de aderare la Uniune. În acest sens, s-a demonstrat că existența unui drept scris, cu norme clare și precise, a căror interpretare să nu ducă la situații echivoce, este întemeiată.

Principiile dreptului comunitar sunt consacrate de Curtea de Justiție. Extinderea rolului Curții de Justiție prin influențarea jurisprudenței este menită să acopere o serie de curențe ale celorlalte instituții. Interpretările la care are dreptul să recurgă Curtea trebuie să fie sistematice și autentice. **Principiile generale ale dreptului comunitar** au ca sursă naturală principiile generale ale dreptului internațional, deoarece Comunitățile sunt fondate pe baza unor tratate internaționale. Totuși, sursa privilegiată a principiilor generale rămâne dreptul intern al statelor membre. Principiile generale de drept constituie unul dintre elementele legalității comunitare și se impun cu această calitate instituțiilor comunitare. Aceste principii se impun și statelor membre atunci când acestea

* Studenti, Facultatea de Drept și Științe Social-Politice; Universitatea "Valahia" Târgoviște; ion_ciolacu@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Constanța Mătușescu.

acționează în domeniul dreptului comunitar. Deoarece principiile generale fac parte din legalitatea comunitară, este firesc să se aplice în orice situație guvernată de dreptul comunitar, fie la nivel comunitar, fie la nivel național. Prioritatea dreptului internațional în raport cu dreptul național este o reflectare normativă a supremației valorilor și intereselor general-umane asupra tuturor celorlalte valori și interese naționale etc.

Prin natura și trăsăturile sale, dreptul internațional public reprezintă o adaptare a conceptului general de drept la domeniul relațiilor internaționale, în general, și, prioritar, la relațiile interstatale. Obiectivul urmărit de dreptul internațional este același ca al dreptului intern: *de a introduce un anumit grad de ordine în relațiile dintre subiecții săi, prin stabilirea unor norme care să reglementeze conduita lor*. Dar, mijloacele prin care se urmărește realizarea acestui obiectiv sunt diferite, deosebirea fiind determinată de particularitățile fiecărui stat.

II. România și obligațiile comunitare

La data de 1 ianuarie 2007, cetățenii români au devenit cetățeni ai Uniunii Europene. Începând cu această dată țara noastră și-a asumat obligații specifice, printre care cea de aplicare a dreptului comunitar, ce beneficiază de o caracterizare specială. Printre acțiunile ce vizează aceste obligații menționăm transpunerea directivelor comunitare și notificarea măsurilor naționale către Comisia Europeană, crearea cadrului juridic necesar aplicării directe, de la data aderării României la Uniunea Europeană, a regulamentelor comunitare, crearea cadrului juridic necesar aplicării deciziilor și a deciziilor-cadru comunitare¹.

Statelor membre precum și României îi revine obligația de a aplica dreptul comunitar cu bună credință, obligație care este definită în Art. 10 din Tratatul CE : ”*Statele membre iau toate măsurile generale sau speciale necesare pentru a asigura îndeplinirea obligațiilor care decurg din prezentul tratat sau care rezultă din actele instituțiilor Comunității. Statele membre facilitează comunității îndeplinirea misiunii sale. Ele se abțin să ia măsuri care ar putea pune în pericol realizarea scopurilor prezentului tratat*”.

Dispozițiile enunțate reprezintă baza a ceea ce doctrina² și Curtea de Justiție a Comunităților Europene³ au numit „*obligația de loialitate comunitară*”, inspirată din principiul „*fidelității federale*” ce funcționează în statele de tip federal și care impune ca statele membre și instituțiile comunitare să colaboreze cu bună credință, cu respectarea strictă a dispozițiilor tratatelor, în vederea asigurării, prin aplicarea de norme comune, a realizării obiectivelor Comunității.

O altă consecință importantă constă în faptul că *statul este singurul responsabil de executarea regulamentelor) și de transpunerea directivelor* (art.249-3 CE) în termenul stabilit, abținându-se în această perioadă să adopte măsuri care ar putea compromite rezultatele urmărite prin directivă⁴.

*Obligația ce revine statelor membre în ceea ce privește aplicarea dreptului comunitar este mai degrabă o obligație de rezultat decât de mijloace*⁵, jurisdicțiile naționale trebuind să asigure aplicarea dreptului comunitar cu o eficacitate și o rigoare echivalente cu cele cerute pentru aplicarea dreptului național⁶.

¹ A se vedea, în acest sens, și Documentul de politică publică *Strategia pentru o reglementare mai bună la nivelul administrației publice centrale 2008 – 2013*, adoptat de Guvernul României.

² Jean Marc Favret, *Droit pratique de l'Union Européenne*, 4 – ed., Ed. Gualino, 2003, p. 419;

³ CJCE, 15 ianuarie 1986, *Cauza Comisia c/ Belgique*, aff. 52/84, p. 89.

⁴ CJCE, 17 decembrie 1970, *Cauza Scheer*, aff. 30/70, Rec. p. 1197; CJCE, 6 mai 1982, *Cauza Fromme/BALM*, aff. 54/81, rec. p. 1449.

⁵ Jean Marc Favret, *op. cit.*, p. 421.

⁶ În hotărârea pronunțată în *Cauza Rewe*, Curtea afirmă că: „orice tip de acțiune prevăzută de dreptul național trebuie să poată fi utilizată pentru asigurarea respectării regulilor comunitare ce au un efect direct în aceleași condiții de

România a înregistrat progrese spectaculoase în aplicarea dreptului comunitar, aflându-se astăzi, potrivit ultimelor evaluări ale Comisiei Europene⁷, pe un loc fruntaș între cele 27 de state membre ale Uniunii Europene în ceea ce privește transpunerea și aplicarea legislației europene pentru piața internă. Unii analiști⁸, care încadrează România în categoria statelor *conformiste* în ceea ce privește transpunerea legislației UE, se întreabă asupra capacității acesteia de a executa și aplica efectiv legislația comunitară, dat fiind că, în opinia lor, intrarea țării noastre în Uniunea Europeană a avut loc în condițiile unor reforme nefinalizate (reformele mai degrabă retorice decât de acțiune), în care disfuncționalităților instituționale (precum deficiențe în cadrul administrațiilor) li se adaugă factori precum neîncrederea larg răspândită în modul de funcționare a statului de drept și a sistemului politic și administrativ în ansamblul său.

III. Dificultăți în implementarea normelor europene în dreptul intern

În continuare vom apela la niște date statistice pentru a înțelege mai ușor progresele sau regresele obținute de țara noastră în perioada de post-aderare. România a pășit pe drumul aderării cu un deficit de 15% în ceea ce privește transpunerea legislației comunitare, în timp ce deficitul acceptat la acel moment de către Comisie era de 2%.

Principalele dificultăți și provocări cu care se confruntă statul român în aplicarea dreptului Uniunii Europene poate fi raportat la cele trei dimensiuni, care presupune această aplicare: normativă, administrativă și judiciară.

A. În domeniul *aplicării normative a dreptului comunitar*, România se prezintă onorabil, reușind să recupereze decalajul de transpunere înregistrat în primii 2 ani după aderare și să-și reducă în cursul anului 2009 deficitul de transpunere de la 5,2% la 0,3%, atingând astfel noul obiectiv prevăzut de șefii de stat și de guvern pentru anul 2009, acela de deficit de transpunere de 1%. Din cele aproximativ 1.600 de directive în vigoare privind piața internă, România mai avea de transpus, la sfârșitul anului 2009, patru. Media deficitului de transpunere la nivelul Uniunii era în prima jumătate a anului 2009 de 1%, pentru ca la sfârșitul anului aceasta să ajungă la 0,7%. Cele mai importante întârzieri de transpunere se constată în domeniul liberei circulații a persoanelor (în special cu privire la recunoașterea reciprocă a calificărilor profesionale), unde se înregistrează un deficit de transpunere de 7,9% și, respectiv, în cel al serviciilor financiare, în acest caz deficitul fiind de 4,5%. În privința calificărilor profesionale menționăm un caz soluționat de către SOLVIT RO, care a ajutat o asistentă medicală de cetățenie română să obțină recunoașterea calificării profesionale în Spania. Petenta, asistent medical generalist de cetățenie română a solicitat recunoașterea calificării profesionale în Spania în septembrie 2009. Șase luni mai târziu a fost informată că trebuie să completeze dosarul cu alte documente pe care le-a depus la începutul lunii martie, iar ulterior, nu a mai primit nici un răspuns cu privire la decizia de recunoaștere.

În baza prevederilor Directivei 2005/36/CE, SOLVIT RO a sesizat SOLVIT Spania cu privire la nerespectarea termenului de 1 lună pentru solicitarea documentelor suplimentare și respectiv cel de 3 luni pentru emiterea deciziei de către autoritatea spaniolă și, după intervenția SOLVIT, decizia privind recunoașterea pe sistemul general și aplicarea măsurilor compensatorii a fost emisă. Acest

admisibilitate și procedură ca cele care se cer pentru asigurarea respectării dreptului național” – *Cauza Rewe Handelsgesellschaft Nord MBH și alții*, Aff. 158/80, Rec. p. 1805.

⁷ Al 27-lea Raport anual al Comisiei privind monitorizarea aplicării dreptului Uniunii Europene (2009) - COM(2010) 538 final, dat publicității la 1 octombrie 2010 și celui de-al 21-lea Tabloul de bord privind Piața Internă - 21IP/10/1166, dat publicității la 23 septembrie 2010.

⁸ G. Falkner, O. Treib, E. Holzleithner, E. Causse, P. Furtlehner, M. Schulze and C. Wiedermann, *Compliance in the Enlarged European Union. Living Rights or Dead Letters?* Aldershot: Ashgate, 2008; F. Trauner, *Post-accession compliance with EU law in Bulgaria and Romania: a comparative perspective*. In: F. Schimmelfennig and F. Trauner (eds): *Post-accession compliance in the EU's new member states, European Integration online Papers (EIoP)*, Special Issue 2, Vol. 13, Art. 21, 2009.

caz România-Spania a fost soluționat timp de 20 zile (cod 92736/10/RO). SOLVIT este o rețea de soluționare a problemelor, în cadrul căreia statele membre ale UE conlucrează pentru a soluționa, fără utilizarea procedurilor legale, problemele survenite datorită aplicării necorespunzătoare a legislației privind piața internă, de către autoritățile publice. În fiecare stat membru al Uniunii Europene (precum și în Norvegia, Islanda și Lichtenstein) există un centru SOLVIT. Centrele SOLVIT pot sprijini în rezolvarea plângerilor provenite atât din partea **cetățenilor**, cât și a **întreprinderilor**. Acestea fac parte din administrația națională și se angajează să furnizeze soluții reale pentru problemele prezentate, într-un termen de zece săptămâni. Serviciile furnizate de către SOLVIT sunt gratuite. SOVIT funcționează din luna iulie 2002. Comisia Europeană coordonează rețeaua, a cărei funcționare este asigurată de către statele membre, furnizează baza de date, iar după caz, ajută la soluționarea mai rapidă a problemei. Plângerile oficiale primite de către Comisie, pentru care se întrevade o posibilitate reală de a fi soluționate altfel decât pe cale juridică, sunt trimise de asemenea către SOLVIT.

În ceea ce privește cazurile de *transpunere incorectă* a directivelor, în comparație cu celelalte state membre, România și Bulgaria aveau cele mai puține astfel de cazuri, cu doar cinci și, respectiv, trei directive transpuse incorect. La polul opus aflându-se Italia și Polonia cu câte 28 și, respectiv, 33 de asemenea cazuri. În plus, România nu are nici o directivă a cărei limită de transpunere este mai veche de doi ani, aceasta fiind un alt obiectiv important pentru țările membre UE.

România înregistra un rezultat destul de bun în anul 2009 și în ceea ce privește numărul de directive pe care statele membre trebuiau să le notifice la CE, până la 10 noiembrie 2009 pentru a-și menține deficitul de transpunere sub 1% până la următorul raport de la sfârșit de an. România avea de notificat numai 7 directive, mai puține având numai Slovenia și Bulgaria (câte 5) și Slovacia și Danemarca (câte 4). În cursul anului 2010, evoluția pozitivă înregistrată în ultimii ani s-a oprit, deficitul de transpunere înregistrat de țara noastră crescând la 0,7%, aceasta însă în condițiile în care deficitul mediu de transpunere la nivel european a crescut și el de la 0,7% la 0,9%. Cele două state membre cele mai performanțe în materie de transpunere a directivelor sunt Danemarca și Malta, în cazul acestora numai 3 directive urmând încă a fi transpuse.

România înregistrează cel mai bun rezultat între statele membre în ceea ce privește numărul de luni necesare transpunerii directivelor care au depășit termenul limită. Astfel, România întârzie în medie cu 2,1 luni, în timp ce media europeană este de 7,1 luni.

Îngrijorătoare este apariția a șase noi directive al căror termen de transpunere a fost depășit. Gestionarea necorespunzătoare a acestei situații poate avea consecințe destul de grave, putând duce la aplicarea unor sancțiuni pecuniare semnificative.

Autoritățile române par să fi înțeles însă riscurile perpetuării situațiilor de încălcare a obligațiilor decurgând din dreptul Uniunii Europene, astfel că, din cele 17 cazuri de netranspunere sau transpunere incorectă a directivelor, o mare parte au primit deja rezolvări favorabile, după cum arată *Raportul privind activitatea de reprezentare a României în fața CJ, a Tribunalului UE și a celorlalte instituții ale UE*, 31 iulie 2010⁹.

În raportul din anul 2010 al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele realizate de România în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare (MCV), Comisia indică deficiențe importante în eforturile României de a realiza progrese în cadrul MCV. România nu a demonstrat un angajament politic suficient de a sprijini procesul de reformă și de a imprima direcția acestui proces, iar factorii de decizie din sistemul judiciar au manifestat o anumită reticență de a coopera și de a își asuma responsabilități. Aceste deficiențe trebuie corectate rapid pentru a permite României să își redinamizeze procesul de reformă. Raportul se bazează pe informațiile furnizate în mod regulat de către autoritățile române, în special ca răspuns la chestionarele detaliate trimise de către Comisie¹⁰.

⁹ <http://dae.gov.ro>

¹⁰ Raportul Comisiei către Parlamentul European privind MCV, Bruxelles 20.7.2010

În lucrările sale, Comisia a beneficiat de asistența experților și s-a bazat pe documentația și pe informațiile provenite din mai multe surse. În documentul de lucru al serviciilor Comisiei, anexat la raport, este prezentată evaluarea detaliată efectuată și anume: începând cu al doilea trimestru al anului 2010, s-au realizat progrese importante în ceea ce privește reforma judiciară prin adoptarea de către Parlament a Codului de procedură civilă și a Codului de procedură penală, prin publicarea unui proiect de strategie multianuală pentru dezvoltarea justiției, prin pregătirea unui proiect privind „mica reformă a justiției” în vederea accelerării soluționării proceselor, precum și printr-o implicare mai mare a magistraților și a asociațiilor profesionale în procesul de reformă.

Cu toate acestea, față de ultimul raport al Comisiei, nu s-au realizat decât progrese limitate în ceea ce privește îmbunătățirea eficienței procesului judiciar și a consecvenței jurisprudenței. Acest aspect rămâne o deficiență fundamentală a sistemului judiciar din România. Pentru majoritatea recomandărilor în acest domeniu, formulate de Comisie în iulie 2009, s-au luat numai măsuri parțiale, fiind necesare, în continuare, eforturi semnificative pentru punerea în aplicare a acestora. În plus, persistă deficiențele legate de responsabilizare și de procedurile disciplinare.

România și-a dezvoltat rezultatele obținute în lupta împotriva corupției: Direcția Națională Anticorupție (DNA) continuă să obțină rezultate bune și constante în ceea ce privește investigarea cazurilor de corupție la nivel înalt, ceea ce s-a tradus prin noi trimeri în judecată și prin creșterea numărului de hotărâri judecătorești definitive, cu toate că procesele rămân de lungă durată și că în numeroase cazuri importante nu s-a pronunțat încă o hotărâre în primă instanță. Eforturile depuse de Procurorul General în vederea consolidării luptei împotriva corupției de către parchetele locale încep să producă rezultate. S-au luat măsuri pentru a respecta majoritatea recomandărilor formulate de Comisie în acest domeniu, cu toate că lipsește încă o politică anticorupție coordonată între toate sectoarele administrației publice.

Resursele umane rămân o provocare majoră. Recomandările Comisiei de a aplica măsuri de urgență precum transferul posturilor vacante între instanțe de jurisdicție diferite, acolo unde apar dezechilibre importante din punct de vedere al volumului de muncă, nu au fost respectate, iar România nu a luat nici alte măsuri corespunzătoare în acest sens. Consiliul Superior al Magistraturii (CSM) a reacționat la pierderile nete de personal înregistrate în perioada 2008-2009 prin măsuri de creștere a numărului anual de candidați admiși la Institutul Național al Magistraturii (INM) și, mai ales, prin recrutarea directă a juriștilor cu experiență de cinci ani. S-au luat, de asemenea, unele măsuri incipiente în vederea soluționării dezechilibrelor importante între diversele instanțe și parchete în ceea ce privește volumul de muncă printr-o reorganizare structurală a instanțelor. Cu toate acestea, domeniul de aplicare al măsurilor respective este prea limitat pentru a produce un impact semnificativ asupra deficitelor importante de capacități din cadrul sistemului judiciar și sunt necesare măsuri suplimentare pentru a asigura că toate persoanele nou recrutate respectă standarde profesionale minime.

Formulând niște concluzii în urma analizării raportului Comisiei putem afirma că în ciuda progreselor în unele domenii se regăsesc totuși deficiențe importante în eforturile României de a realiza progrese în cadrul MCV. România nu a demonstrat un angajament politic suficient de a sprijini procesul de reformă. *Modificările legii privind Agenția Națională de Integritate*, votate la 30 iunie, **reprezintă un important pas înapoi**. Legea riscă să prejudicieze rezultatele pozitive obținute de ANI și aduce România într-o situație de nerespectare evidentă a angajamentelor asumate la momentul aderării. Comisia invită România să își onoreze angajamentele prin găsirea celor mai adecvate mijloace legislative pentru a restabili competențele ANI de a propune confiscarea efectivă a averilor nejustificate. România ar trebui să își propună să asigure un sprijin politic larg pentru transparență și protejarea eficiență împotriva corupției și a conflictelor de interese.

O reformă legislativă majoră realizată de România, ce a dat un nou curs reformelor legislative, a fost posibilă odată cu adoptarea în Parlament a Codului de procedură civilă și a Codului de procedură penală, la 22 iunie. Pregătirile pentru intrarea în vigoare a celor patru coduri noi, prevăzută acum pentru octombrie 2011, reprezintă o ocazie importantă de a realiza o reformă

aprofundată a sistemului judiciar din România. Pentru a sprijini acest proces de reformă, Comisia invită România să valorifice sprijinul puternic al Parlamentului pentru codurile de procedură și să extindă această voință politică și la alte domenii. Comisia invită România să stabilească o cooperare strânsă și constructivă între diferiții actori la nivel politic și judiciar și să consolideze angajamentul sistemului judiciar în favoare reformei.

Pentru a realiza cu succes procesul de reformă, este necesar un angajament susținut din partea României, a Comisiei și a celorlalte state membre. Comisia va sprijini în continuare România în acest demers și va prezenta următoarea evaluare a progreselor în vara anului 2011.

B. Aplicarea administrativă a dreptului Uniunii Europene presupune că, în afara câtorva excepții (cum ar fi domeniul concurenței, gestiunea unei părți a fondurilor structurale sau anumite programe de cercetare), administrarea politicilor comunitare este în sarcina administrațiilor naționale. Atât resursele financiare ale Comunității, cât și cheltuielile comunitare sunt angajate în principal prin intermediul serviciilor naționale¹¹. Prin aceste competențe de executare a dreptului comunitar pe o arie largă ridică însă și o serie de riscuri legate de greșita aplicare a normelor comunitare ce antrenează angajarea răspunderii statului în fața Comunității sau a particularilor.

Astfel, din punct de vedere statistic¹², deși împotriva României au fost deschise 50 de proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor care privesc fie incompatibilitatea normelor juridice naționale cu legislația comunitară, fie cazuri de aplicare incorectă (din care 9 declanșate în anul 2007, 12 în anul 2008, 20 în anul 2009, 9 în anul 2010), la data de 31 iulie 2010 mai erau în curs 30 de acțiuni, celelalte fiind clasate de Comisia Europeană până la această dată. Dintre acestea, una se află deja în faza contencioasă (pe rolul Curții de Justiție)¹³, celelalte 29 de acțiuni aflându-se în diferite etape ale fazei precontencioase¹⁴.

Comisia Europeană a dat publicității date statistice pentru toate cele 27 de state membre pentru anul 2009¹⁵, care plasează țara noastră într-o poziție destul de bună în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor care decurg din dreptul comunitar. Astfel, România, cu 32 de acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor aflate în curs la sfârșitul anului 2009, se afla pe locul 6, după Slovenia (cu 25 de acțiuni), Lituania (cu 28), Letonia și Malta (cu câte 30 de acțiuni) și Cipru (cu 31), la polul opus aflându-se Italia (cu 151 de acțiuni), Grecia (cu 137), Spania (cu 129 de acțiuni) și Belgia (cu 128).

Cu toate că până la acest moment doar într-un caz s-a trecut la faza contencioasă a procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor¹⁶, numărul acestor proceduri poate să crească în condițiile lipsei de reacție a autorităților naționale și a angajării unui dialog util cu Comisia care să ducă în final la clasarea cauzei. În caz contrar, riscul condamnării la plata unor penalități considerabile subzistă¹⁷,

¹¹ Joel Rideau, op. cit., p. 887.

¹² Potrivit Raportului privind activitatea de reprezentare a României în fața CJCE, a TPI și a celorlalte instituții comunitare, ce conține datele existente la data de 31 iulie 2010 și care poate fi consultat la adresa <http://dae.gov.ro>

¹³ Este vorba de cauza C-522/09, Comisia Europeană în contradicție cu România - Neîndeplinirea obligațiilor ce incumbă României potrivit art. 4 alin. (1) și (2) din Directiva 79/409/CEE privind conservarea păsărilor sălbatice, a cărei fază scrisă s-a încheiat, urmând faza orală.

¹⁴ Pentru un tablou complet al acestora, a se vedea Anexa 1 la Raportul privind activitatea de reprezentare a României în fața CJCE, a TPI și a celorlalte instituții comunitare, 31 iulie 2010.

¹⁵ Anexele I-III din cel de-al 27-lea Raport anual al Comisiei privind monitorizarea aplicării dreptului Uniunii Europene (2009) - COM(2010) 538 final, dat publicității la 1 octombrie 2010.

¹⁶ Aflându-se, la nivelul Uniunii, în aceeași situație cu Ungaria și Slovacia, doar Bulgaria, Letonia și Slovenia neavând nici o acțiune promovată la CEJ.

¹⁷ Cele mai sensibile cazuri sunt cele care privesc ecologizarea gropilor de gunoi, taxa de poluare auto pentru mașinile second-hand cu o anumită capacitate cilindrică și care se află la prima înmatriculare în UE, privatizarea Electrica Moldova, transpunerea directivei privind eficiența energetică sau încălcarea independenței Autorității de Reglementare în Domeniul Telecomunicațiilor.

cu atât mai mult cu cât intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona a simplificat procedura răspunderii în neîndeplinirea obligațiilor¹⁸.

C. *Jurisdicțiile naționale* au un rol important în punerea în aplicare a dreptului comunitar, considerate jurisdicții comunitare de drept comun, în comparație cu jurisdicția Uniunii, care beneficiază doar de competențe de atribuire¹⁹.

Jurisdicțiile naționale participă în egală măsură la controlul statelor membre, putând juca un rol important în clarificarea și eliminarea încălcărilor obligațiilor comunitare săvârșite de către puterile publice naționale, în colaborare cu Curtea de Justiție - pe calea recursului prejudicial sau punând în executare hotărârile Curții²⁰.

În ceea ce privește protecția drepturilor particularilor decurgând din norme comunitare, gestiunea dreptului comunitar este de regulă încredințată autorităților naționale, care pot solicita însă sprijinul organelor comunitare.

Eficiența dreptului comunitar nu poate fi asigurată doar prin *acordarea unui efect deplin dreptului comunitar și posibilitatea de a înlătura normele juridice interne în caz de conflict*; aplicarea uniformă și efectivă a dreptului comunitar presupune existența unui control jurisdicțional real din partea instanțelor naționale asupra oricăror încălcări ale dreptului comunitar, precum și eliminarea consecințelor de ordin patrimonial ale acestor încălcări. Chiar dacă a descoperit foarte repede mecanismele cooperării cu instanța europeană în aplicarea dreptului comunitar²¹, judecătorul român a avut ceva probleme în a-și descoperi pe deplin vocația de judecător european, după cum au remarcat, justificat, unii comentatori ai jurisprudenței naționale de aplicare a normelor europene²².

Judecătorul național este garantul drepturilor dobândite de particulari în temeiul dreptului comunitar, orice persoană putând invoca direct în fața instanțelor naționale încălcarea unui astfel de drept printr-o dispoziție a dreptului național sau printr-o practică legislativă, administrativă sau judiciară.

În temeiul *principiului primatului dreptului comunitar*, judecătorul intern are competența de a anula deciziile interne contrare normelor comunitare (mai ales în situația în care această „neconformitate” a fost constatată pe calea unei acțiuni în neîndeplinirea obligațiilor²³), de a face inaplicabilă orice dispoziție națională ce diminuează eficacitatea dreptului comunitar²⁴ și de a alege soluțiile naționale cele mai potrivite pentru garantarea drepturilor justițiabililor decurgând din dreptul comunitar. În acest sens amintim numeroasele procese legate de taxa de poluare sau prima taxă de înmatriculare. Astfel, din cauza acestei neconcordanțe a O.U.G. nr. 50/2008, ce reglementează taxa de poluare, cu normele europene, s-au formulat către Curtea de Justiție a Uniunii Europene peste 8 cauze (C-402/09 - Tatu, C-136/10 - Obreja, C-263/10 - Nisipeanu, C-335/10 - Vijulan, C-336/10 - Ijac, C-377/10 - Baila, C-441/10 - Anghel, C-438/10 - Drutu) asupra compatibilității/necompatibilității taxei de poluare cu dreptul comunitar, în condițiile în care legislația națională în acest domeniu, în vigoare, având un caracter fiscal, și nu de mediu, este

¹⁸ Articolele 258 și 260 din TFUE (fostele articole 226 și 228 din TCE) întăresc competența Comisiei de a iniția procedura de nerespectare a obligațiilor care decurg din calitatea de stat membru. Potrivit articolului 260 din TFUE, Comisia poate solicita Curții de Justiție a Uniunii Europene (CEJ) să impună sancțiuni financiare unui stat membru pentru transpunerea tardivă a unei directive adoptate printr-o procedură legislativă atunci când aduce un caz în fața Curții de Justiție în temeiul articolului 258 din TFUE. Mai mult, după o primă hotărâre a Curții în temeiul articolului 258 din TFUE, Comisia trebuie doar să dea posibilitatea statului membru în cauză de a face observații înainte de a sesiza a doua oară CEJ, în conformitate cu articolul 260 alineatul (2) din TFUE.

¹⁹ TPI, 10 iulie 1990, *Cauza Tetra Pack/Commission*, aff. T-51/89, rec. p. II-309.

²⁰ Joel Rideau, *op. cit.*, p. 983.

²¹ Instanțele din România adresând CJCE prima cerere preliminară în primele luni de la aderarea țării noastre la Uniunea Europeană (Tribunalului Dâmbovița, Cazul Jipa, Cauza C-33/2007).

²² Raluca Bercea, *Cine se teme de dreptul comunitar?*, în *Revista Română de drept Comunitar* nr. 3/2009, pp. 15-33.

²³ CJCE, 13 iulie 1972, *Cauza Comisia contra Italia*, aff. 48/71, rec. p. 529.

²⁴ Hotărârea Curții în *Cauza Simenthal*, precitată.

totalmente discriminatorie, prelevarea taxei nefacându-se asupra tuturor autoturismelor aflate în circulație în România, în contradicție cu principiul comunitar ”*poluatorul plătește*”.

Apreciem ca oportună sesizarea Curții de către toți plătitorii taxei de poluare, în perioadele 01.07.2008-15.12.2008, respectiv 01.01.2010 până în prezent, perioade în care majoritatea instanțelor judecătorești naționale resping cererile de restituire pe considerente legale contradictorii cu reglementările și jurisprudența comunitară²⁵.

O.U.G. nr. 50/2008 este contrară art. 90 din Tratatul de Instituire a Comunității Europene, întrucât este destinată să diminueze introducerea în România a unor autoturisme second-hand deja înmatriculate într-un alt stat membru UE, favorizând astfel vânzarea autoturismelor second-hand deja înmatriculate în România și, mai recent, vânzarea autoturismelor noi produse în România. Ori, după aderarea României la UE, acest lucru nu este admisibil, când produsele importate sunt din alte țări membre ale UE, atât timp cât norma fiscală națională diminuează sau este susceptibilă să diminueze, chiar și potențial, consumul produselor importate, influențând astfel alegerea consumatorilor.

În caz de încălcare a drepturilor pe care dreptul comunitar le conferă particularilor prin neaplicarea²⁶ sau aplicarea defectuoasă²⁷ a unei norme comunitare, ori prin adoptarea sau menținerea în vigoare a unei legi contrare²⁸, judecătorul național are posibilitatea de a obliga statul vinovat la repararea prejudiciilor suferite de aceștia²⁹. În plus, el este chemat să suplinească absența măsurilor de transpunere și să se substituie legiuitorului care nu a răspuns sau a transpus incorect o directivă sau decizie, cu condiția ca acestea să aibă un caracter clar și precis³⁰.

IV. Controlul exercitat de către instituțiile comunitare

Cât privește controlul exercitat de către instituțiile comunitare, în temeiul tratatelor, instituțiile comunitare - în principal Comisia și Curtea de Justiție, beneficiază de competențe de control în scopul asigurării respectării obligațiilor asumate de către statele membre, justiția comunitară fiind pentru statele membre *obligatorie* (art. 226 și 227 din Tratatul CE) și *exclusivă* (art. 292 din Tratatul CE³¹).

Comisia Europeană are în competență, în principal, să urmărească la corecta aplicare a dreptului comunitar. Această atribuție este prevăzută în articolul 211 din Tratatul CE și a fost completată prin jurisprudența Curții, care a reținut existența în competența Comisiei a unei ”*misiuni generale de supraveghere*” care îi permite să vegheze la modul în care statele respectă obligațiile ce le revin³².

²⁵ <http://www.juridice.ro>.

²⁶ Hotărârea Curții în *Cauza Francovich et Bonifaci*, precitată, ce a avut ca obiect netranspunerea în termen de către Italia a unei directive ce impunea statelor membre organizarea unui mecanism de plata a salariilor restante aplicabil în caz de insolvență a angajatorului (având drept consecință imposibilitatea invocării sale, ceea ce a provocat salariiilor concediați prejudicii), reprezintă o veritabilă hotărâre de principiu.

²⁷ CJCE, 26 martie 1996, *Cauza British Telecommunications*, aff. C. 392/93, rec. I. 1631.

²⁸ CJCE, 5 martie 1996, *Cauzele Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, aff. 46/93 și 48/93, Rec. I 1029.

²⁹ Autor al violării dreptului comunitar poate fi, potrivit jurisprudenței Curții (hotărârea din 30 septembrie 2003, *Cauza Kobler contra Austria*, C-224/01), chiar și un organ jurisdicțional hotărând în ultimă instanță (prin neaplicarea normelor comunitare), caz în care responsabilitatea statului subzistă și obligă la repararea prejudiciilor. A se vedea în acest sens și Jean Paul Jacque, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 3-e édition, Daloz, Paris, 2004, p. 595.

³⁰ CJCE, 5 aprilie 1979, *Cauza Ratti*, aff. 148/78

³¹ Potrivit dispozițiilor articolului 292 CE, „Statele membre se angajează să nu supună un diferend relativ la interpretarea și aplicarea prezentului Tratat unui alt mod de reglementare decât cele prevăzute de acesta”.

³² CJCE, 5 mai 1981, *Cauza Commission contre Pays-Bas*, affaire 804/79, Rec. p. 1045.

Comisia dispune de *competențe preventive*, de natura dreptului de informare, care reiese din mai multe dispoziții ale tratatului³³, completate de *competențe extinse de verificare*, sau chiar *repressive*, cum este cazul în dreptul concurenței.

Nerespectarea de către un stat membru a obligațiilor care îi revin în temeiul dreptului comunitar (fie el primar sau derivat) poate lua forma unei acțiuni sau a unei omisiuni.

Acțiunea în neîndeplinirea obligațiilor debutează cu o *fază precontencioasă*, prin care se urmărește conformarea, de bună voie, a statului membru la cerințele prevăzute de dreptul comunitar, și care constă în examinarea cauzei de către Comisie și trimiterea unei *scrisori de notificare* prin care se solicită unui stat membru comunicarea, până la o anumită dată, a observațiilor sale referitoare la o problemă de aplicare a dreptului comunitar. Prin instituirea acestei faze se are în vedere un dublu obiectiv: de a circumscrie obiectul litigiului și de a oferi statului în cauză elementele necesare pentru a-și pregăti apărarea.

Pe baza răspunsului furnizat de statul în cauză sau în absența unui răspuns, Comisia Europeană poate decide să îi trimită un „*aviz motivat*”, în care își va expune în mod clar și definitiv motivele pentru care consideră că a avut loc o încălcare a dreptului comunitar. Prin acest aviz, statul membru este somat să se conformeze dreptului comunitar într-un termen dat (în mod normal două luni). În cazul în care statul nu se conformează, Comisia poate sesiza Curtea de Justiție, declanșându-se astfel faza contencioasă³⁴. Aceasta se pronunță asupra acțiunii în justiție, în medie, în termen de doi ani.

Prin hotărârea pe care o ia, Curtea *poate numai constata neîndeplinirea obligațiilor și obligarea statului pârât la îndreptarea comportamentului său*, dar *nu poate anula actele emise de autoritățile interne*, pentru că astfel s-ar substitui judecătorului național. Repararea eventualelor daune cauzate de neîndeplinirea obligațiilor comunitare urmează să se poată face doar ulterior pronunțării hotărârii Curții, prin antamarea unei proceduri naționale.

Executarea hotărârii Curții este obligatorie, prevăzându-se și posibilitatea aplicării unor sancțiuni pecuniare statelor care nu se conformează, sub forma unei sume forfetare sau a unor penalități cu titlu cominatoriu³⁵.

Dezavantajele pe care prezintă procedura de constatare a neîndeplinirii obligațiilor (constând în principal în complexitatea acesteia și termenele necesare pentru punerea sa în aplicare³⁶) fac ca aceasta să nu fie cea mai potrivită pentru acele situații care reclamă intervenția fermă și rapidă pentru înlăturarea unor încălcări ale dreptului comunitar. De aceea Comisia a încercat, pe lângă formularea unor propuneri de remediere a acestor deficiențe, să pună accent pe alte instrumente de control și, mai ales, pe întărirea dialogului cu statele membre.

Un precedent în acest domeniu a avut loc la data de 9 octombrie 2009, Comisia Europeană adresând României o scrisoare prin care îi atragea atenția asupra aplicării dispozițiilor Directivelor 85/337/CEE, 2008/1/CE și respectiv 96/82/CE (scrisoare de punere în întârziere). În mod concret, scrisoarea executivului comunitar se referea la construcția ilegală a unei instalații de producție a formaldehidei cu o capacitate de 60.000 tone/an. După două luni, la 9 decembrie 2009, autoritățile române au transmis Reprezentanței Permanente a României pe lângă Uniunea Europeană, în vederea comunicării către Comisie, răspunsul lor la scrisoarea de punere în întârziere. La 18 martie 2010, Comisia Europeană a hotărât să transmită României un aviz motivat în această cauză, declanșând

³³ În special articolul 8 §3 CE (notificarea către Comisie a ajutoarelor de stat avute în vedere), articolul 95 §4 CE (notificarea măsurilor derogatorii de la regulile de armonizare adoptate de Consiliu), notificarea măsurilor naționale de transpunere a directivelor, etc.

³⁴ Conform unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Comunităților Europene, Comisia Europeană dispune de putere discreționară în ceea ce privește lansarea procedurii de încălcare a dreptului comunitar și sesizarea Curții, inclusiv cu privire la momentul introducerii acțiunii.

³⁵ Constatarea o face Comisia, care după efectuarea unei proceduri prelabile asemănătoare celei inițiale, sesizează din nou Curtea.

³⁶ Cu toate eforturile Comisiei de accelerare a procedurii, acestea sunt, în medie, de 2 ani.

astfel ultima etapă a fazei precontencioase a acțiunii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor ce decurg din legislația comunitară³⁷.

V. Concluzii

Uniunea Europeană s-a schimbat. Numai în ultimii 7 ani numărul statelor membre aproape că s-a dublat. Europa se confruntă cu provocări uriașe în secolul XXI, printre care criza economică, schimbările climatice, dezvoltarea durabilă, securitatea energetică și combaterea criminalității transfrontaliere internaționale. În vizorul acestora, problema implementării normelor europene în dreptul intern pare a fi irelevantă. Dacă am putea să luăm cel mai bun din fiecare stat și să creăm o nouă Europă în primul rând a oamenilor, UE ar deveni cu siguranță cea putere mondială la care visa Jean Monnet.

Una din principalele probleme ale Europei este cum să-și coordoneze diferitele atribute fără să le submineze. O serie de întrebări apar și cu privire la eficiența guvernării europene și la securitatea juridică a Uniunii. Acestea din urmă, își văd rezolvarea prin Tratatul de la Lisabona, care își propune să creeze la nivelul Uniunii Europene un spațiu de libertate, securitate și justiție. Nu ne putem însă, baza totalmente pe intrarea în vigoare a acestui tratat, ci pe punerea în aplicare efectivă a dreptului comunitar și controlul aplicării lui de către statele membre, un rol desăvârșit având voința politică a acestora.

În ciuda progreselor în unele domenii, România nu a demonstrat un angajament politic suficient de a sprijini procesul de reformă. Modificările legii privind Agenția Națională de Integritate reprezintă un important pas înapoi. Nu trebuie de neglijat invitația făcută de Comisia Europeană, care cere României să-și onoreze angajamentele prin găsirea celor mai adecvate mijloace legislative pentru a restabili competențele ANI de a propune confiscarea efectivă a averilor nejustificate³⁸.

România ar trebui să-și propună să asigure un sprijin politic larg pentru transparență și protejarea eficientă împotriva corupției și a conflictelor de interese. Pentru a realiza cu succes procesul de reformă, trebuie să profităm de susținerea acordată României de Comisia Europeană.

Referințe bibliografice:

- Jean Marc Favret, *Droit pratique de l'Union Européenne*, 4 – ed., Ed. Gualino, 2003.
- Joel Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés*, V – ed., L.G.D.J., 2006.
- Constanța Mătușescu, Claudia Gilia, *Alegerile europene și legitimitatea democratica la nivel comunitar*, Ed. Bibliotheca, 2009.
- Raluca Bercea, *Cine se teme de dreptul comunitar?*, în *Revista Română de drept Comunitar* nr. 3/2009, pp. 15-33.
- CJCE, 15 ianuarie 1986, Cauza Comisia c/ Belgique, aff. 52/84, p. 89.
- CJCE, 6 mai 1982, Cauza Fromme/BALM, aff. 54/81., rec. p. 1449.
- Comisia Europeană, Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu, COM(2010) {SEC(2010) 949} RO 2, Bruxelles, 20.7.2010 .
- <http://www.juridice.ro>
- <http://dae.gov.ro>
- <http://www.jurisprudenta.com>

³⁷ <http://www.dae.gov.ro>

³⁸ Comisia Europeană Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu COM(2010) {SEC(2010) 949} RO 2

STATELE BALTICE – FEDERAȚIA RUSĂ. RECUNOAȘTEREA INTERNAȚIONALĂ DUPĂ DEZMEMBRAREA URSS

Ioana-Nicoleta STĂNCIUCĂ¹

Abstract:

After it became obvious that the Soviet Union is no longer a superpower, that it does not benefit of the same influence on the international stage as it did during the Cold War, this great union of socialist republics, stretched within 2 continents, began a process of dismemberment. The first step was the hardest and it was a step taken by the Baltic States whose history has been a troubled one (and maybe they were waiting for such an opportunity). State recognition after succession is a sensible issue because it involves the states of the international community, their attitude and interests, while the new states depend a lot on exactly this attitude because diplomatic relationships will also be dependent on this recognition, as do future intentions to be a part of an international organization. In the content of this paper I wish to draw a comparison between the international recognition of the Russian Federation and that of the Baltic States, as to better understand the reaction and standing of states in such situations.

Cuvinte cheie: Statele Baltice, Uniunea Sovietică, recunoașterea statelor, independență, dezmembrare

Introducere. Repere teoretice:

Pentru ca un stat să poată lua naștere ca subiect nou în ordinea juridică internațională, el trebuie să întrunească cumulativ trei elemente esențiale: teritoriu, populație și guvern. Dar pentru ca un stat să poată supraviețui, să poată întreține relații cu alte state are nevoie să fie acceptat ca subiect de drept internațional cu drepturi și obligații de către comunitatea internațională. Aici intervine al patrulea element de care depinde existența unui stat și anume **recunoașterea internațională**.

Recunoașterea unui nou stat poate fi definită ca *un act unilateral prin care unul sau mai multe state admit explicit sau tacit, că ele consideră o nouă entitate juridică ca stat și că, în consecință, îi recunosc această personalitate juridică internațională, respectiv capacitatea de a obține drepturi și de a contracta obligații internaționale*.²

Recunoașterea expresă se face printr-un act oficial al organului de stat competent – declarație sau notificare formală – adresată noului stat, în care se exprimă, în mod limpede, intenția de a-l recunoaște.

Recunoașterea tacită este cea care în lipsa unei declarații exprese, poate fi dedusă din fapte concludente ale unui stat, cum ar fi stabilirea de relații internaționale, încheierea unui tratat bilateral reglementând o problemă generală, fără rezerve în privința recunoașterii.³

Actul recunoașterii poate lua forma unor note diplomatice sau a unei notificări directe către statul recunoscut, fie a unor mesaje, telegrame de felicitări, declarații oficiale etc. Mai rar se face prin tratate bilaterale sau multilaterale, caz în care se precizează natura și conținutul relațiilor care se stabilesc cu noul stat.

Un stat are dreptul de a recunoaște alte state: *acesta nu este și obligatoriu*.

Refuzul de a recunoaște un nou stat nu afectează existența acestuia, care își păstrează calitatea de subiect de drept cu toate consecințele ce decurg din acestea.⁴

¹ Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Specializarea Relații Internaționale și Studii Europene, Universitatea "Nicolae Titulescu", București, (e-mail): stanciuc_nicoleta@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. Univ. drd. Titus Corlățean (e-mail): titus.corlatean@senat.ro

² Raluca Miga-Besteliu, *Drept Internațional Public*, p. 34, Vol. I, Ediția I, ed. All Beck, București 2005

³ Vezi mai multe în Prof. univ. dr. Aurel Preda-Mătășaru *Ambasador, Tratat de Drept Internațional Public*, pp. 100-101, Ediția a II-a, revizuit și adăugită, ed. Hamangiu, București, 2010,

Recunoașterea statelor este o temă destul de sensibilă, deoarece implică statele din comunitatea internațională, atitudinile și interesele acestora, iar noile state depind foarte mult de aceste atitudini, deoarece relațiile diplomatice se vor purta în funcție de această recunoaștere și de asemenea viitoarele intenții de a lua parte la anumite organizații internaționale.

Cuprins. Scurt istoric:

Statele Baltice

Statele baltice vin din urmă cu o istorie destul de zbuciumată deoarece au trecut prin trei regimuri de ocupație străină. Mai întâi au fost ocupați de Uniunea Sovietică în 1939, în momentul declanșării celui de-al doilea Război Mondial, soarta statelor baltice fusese stabilită prin “Protocolul adițional secret” al Pactului Ribbentrop-Molotov. Al doilea regim străin sub care au fost conduse statele baltice a fost cel al Germaniei Naziste din 1941 până în 1944, iar apoi din nou au fost ocupate de Uniunea Sovietică din 1944 până în 1991.⁵

Uniunea Sovietică a reocupat statele baltice ca parte a „Operațiunii ofensive strategice din regiune” și a două operațiuni de mai mică amploare. În vara și toamna anului 1944, s-au dus lupte pentru „eliberarea popoarelor baltice sovietice”.⁶ Statele baltice au fost reabsorbite treptat în URSS. În 1949, guvernul sovietic a emis un decret „cu privire la expulzarea și deportarea” din statele baltice a „tuturor culacilor și a familiilor lor, a familiilor bandiților și naționaliștilor” și a altor categorii. Mai mult de 200.000 de oameni au fost deportați din statele baltice între 1940 și 1953. Aproximativ 10% din populația adultă a fost deportate sau trimise în lagărele Gulagului.⁷

În iulie 1989, după evenimentele dramatice din Germania Răsăriteană, Sovietele Supreme ale statelor baltice au adoptat declarații de suveranitate și au revizuit constituțiile naționale, astfel încât legislația națională să primeze în fața legislației uniunii. Candidații din Fronturile Populare independente au câștigat o majoritate covârșitoare în noile foruri legiuitoare ale țării, după primele alegeri democratice din 1990. Parlamentele statelor baltice au proclamat independența completă. Forțele militare și politice sovietice au încercat fără succes să răstoarne noile guverne baltice.

În 1991, statele baltice au proclamat independența *de facto* și separarea de Uniunea Sovietică. A urmat la scurtă vreme recunoașterea internațională a independenței celor trei state, inclusiv din partea URSS.⁸

Federația Rusă

Venirea lui Mihail Gorbaciov în fruntea statului sovietic a adus câteva politici de referință, cum ar fi *glasnost* (transparența) și *perestroika* (restructurare), într-o încercare disperată de modernizare a comunismului sovietic. Glasnostul era destinat reformării cadrului foarte restrictiv în care trebuia să se manifeste libertatea cuvântului. Cenzura, care fusese o caracteristică predominantă a vieții în Uniunea Sovietică încă de la înființarea ei, a fost desființată, iar discursul politic liber și criticile aduse guvernării au devenit din nou posibile. Perestroika trebuia să asigure descentralizarea planificării rigide a economiei sovietice. Aceste reforme nu au făcut decât să grăbească sfârșitul oarecum iminent al Uniunii Sovietice.

În timpul Uniunii Sovietice, Rusia era republica dominantă a uniunii. În zilele noastre, Federația Rusă este membru cu o mare influență în Comunitatea Statelor Independente. Până în

⁴ Prof. univ. dr. Aurel Preda-Mătășaru Ambasador, *Tratat de Drept Internațional Public*, pp. 100-101, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, ed. Hamangiu, București, 2010,

⁵ *The soviet occupation and incorporation* in Enciclopedia Britanica

⁶ *Descrierea preparativelor și ducerii la îndeplinire a Operațiunii Baltice din 1944*, *Military History Journal* (USSR Report, Military affairs), septembrie 1984, pp. 22-28

⁷ Stephane Courtois, Nicolas Werth, Jean-Louis Panne, Andrzej Paczkowski, Karel Bartosek, Jean-Louis Margolin și Mark Kramer, *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, Harvard University Press, 1999,

⁸ Back Note: Latvia pe pagina oficială a US Departament of State.

1991 țara s-a numit, în mod oficial, *Republica Socialistă Federativă Sovietică Rusă*, iar după prăbușirea URSS este considerată *succesoarea de drept* în problemele internaționale a defunctei URSS.

Cea mai mare parte a teritoriului, populației și producției industriale ale Uniunii Sovietice au rămas în Rusia. După prăbușirea URSS, rolul Rusiei pe scena lumii a fost diminuat mult în comparație cu cel al URSS.

Declararea independenței statelor baltice și dezmembrarea URSS

După ce a devenit clar că URSS nu mai reprezenta o mare putere, statele baltice au fost primele care și-au declarat independența. Estonia s-a declarat stat independent pe 20 august 1991, Letonia a urmat-o o zi mai târziu pe 21 august 1991, în timp ce Lituania își declarase încă din 11 martie 1990 independența.

Recunoașterea independenței acestor state s-a făcut destul de repede, poate și din cauza poziției lor geografice. Independența statelor baltice a fost „pecetluită” odată cu acceptarea acestor state ca membri ai Națiunilor Unite din septembrie 1991.

După destrămarea URSS, majoritatea fostelor republici socialiste au constituit **Comunitatea Statelor Independente**. Această Comunitate a fost fondată de Belarus, Federația Rusă și Ucraina, ulterior au intrat în aceasta comunitate și Azerbaidjanul, Armenia, Georgia, Kazakstanul, Kargastanul, Moldova, Tadjikistanul, Turkmenistanul și Uzbekistanul.

În cadrul acestei comunități s-a stabilit că statele componente sunt succesoare ale republicilor socialiste și că nu li se mai aplică anumite tratate din perioada respectivă.

Spre deosebire de celelalte state, Federația Rusă s-a declarat că fiind *continuatoarea* defunctei Uniuni Sovietice, în loc de a se declara succesoarea acestora din urmă. De asemenea Federația Rusă și-a declarat intenția de a continua cu toate drepturile și obligațiile pe care le avea Uniunea Sovietică. De observat faptul că această intenție a fost repede acceptată de mare parte din comunitatea internațională. Mai exact Federația Rusă a preluat mare parte din pozițiile URSS în cadrul organizațiilor internaționale, inclusiv în cadrul Consiliului de Securitate al Națiunilor Unite.⁹

Nu sunt făcute foarte multe mențiuni cu privire la URSS în documentele de recunoaștere, cu excepția cazului în care se vorbește despre statutul Federației Ruse sau când se fac referiri la anexarea statelor baltice de către URSS. Există numai câteva documente legate de recunoașterea noilor republici, în care să se menționeze explicit că Uniunea Sovietică a încetat să mai existe.

Numeroase state nu au recunoscut niciodată *de jure* încorporarea statelor baltice de către URSS, la care multe alte state fac referire. Spre exemplu Norvegia, nu a recunoscut niciodată încorporarea ilegală a Lituaniei în Uniunea sovietică; de asemenea Marea Britanie: „nu a recunoscut niciodată de jure încorporarea forțată a statelor baltice în Uniunea Sovietică”.¹⁰

Nici Elveția nu a recunoscut în mod oficial suveranitatea URSS pe teritoriul statelor baltice, totuși, din motive politice, problemele consulare erau rezolvate de către Elveția la Moscova. Elveția nu a recunoscut independența Lituaniei imediat ce Parlamentul lituanian a a declarat-o; a așteptat rezultatele consultărilor dintre Lituania și URSS.

Recunoașterea oficială a independenței și stabilirea relațiilor diplomatice a fost anunțată de către Elveția pe 28 august 1991. Acest lucru s-a întâmplat la o zi distanță după întâlnirea extraordinară a miniștrilor de externe ai statelor membre în Comunitatea Europeană, unde s-a dat o declarație prin care salutau reinstaurarea suveranității și independenței statelor baltice.

⁹ State practice regarding state succession and issues of recognition/Pratique des etats concernant la succession d'etats et les questions de reconnaissance, Cap. 1, pp.22-24, Editata de: Jan Klabbbers, Martti Koskenniemi, Olivier Ribbelink, Andreas Zimmermann; Kluwer law international; Concil of Europe, 1999;

¹⁰ Doc. N/6 of 20 Aprilie 1994; Doc. N/5 (2 Noiembrie 1994), foloseste exact aceeasi fraza cu privire la Letonia

Anumite state au făcut o serie de declarații ambivalente. Guvernul Federației Germane, ca răspuns la o întrebare în Parlament, a declarat că: „nu a recunoscut niciodată anexarea”¹¹. Și Italia s-a mulțumit să declare că a restabilit relațiile diplomatice cu statele baltice, care au fost întrerupte în 1944 ca urmare a anexării acestora la Uniunea Sovietică, anexare pe care Italia nu a recunoscut-o niciodată în mod oficial. Această declarație nu menționează clar recunoașterea independenței statelor baltice.

Alte state nu fac referiri la anexare în declarațiile lor de recunoaștere, dar fac referiri la restabilirea relațiilor diplomatice (Turcia, Belgia).

În alte cazuri sunt state care au recunoscut anexarea statelor baltice la Uniunea Sovietică, iar acest lucru a avut un impact semnificativ asupra poziției lor cu privire la recunoașterea independenței. Olanda, care a recunoscut statele baltice în 1921 și a menținut relații diplomatice cu acestea până în 1940, a recunoscut anexarea abia în 1942 și a făcut acest lucru fără nici un fel de rezerve. Faptul că statele membre ale Comunității Europene au hotărât să întrețină relații diplomatice cu statele baltice, a fost un sem clar de recunoaștere a independenței acestora pentru Olanda.

Finlanda, care din motive soci-economice, istorice, (geo)politice și din cauza poziției în regiune, a recunoscut independența statelor baltice imediat după primul Război Mondial și două decenii mai târziu a recunoscut încorporarea acestora în URSS. În ianuarie 1991, face referire la comunitatea baltică și la populația acesteia, că are dreptul la autodeterminare națională și că problemele ar trebui discutate pe plan politic prin negocieri. Aproape simultan importanța Consiliului de Securitate și Cooperare în Europa și a Cartei de la Paris s-a accentuat.

Șase luni mai târziu s-a anunțat că „s-a produs o accelerare a recunoașterii independenței statelor baltice” și că Finlanda era „pregătită să înceapă negocierile pentru stabilirea de relații diplomatice cu statele baltice”¹²

Suedia a recunoscut în 1940 și 1941 încorporarea statelor baltice în Uniunea Sovietică. Interesant este faptul că înainte ca Suedia să recunoască în mod oficial independența statelor baltice, a recunoscut națiunile baltice.

Câteva state au recunoscut oficial Federația Rusă ca fiind continuatoare a URSS. De exemplu Norvegia și Franța vorbesc despre faptul că Federația Rusă este continuatoarea Uniunii Sovietice. Guvernul Marii Britanii, a declarat în ianuarie 1992, că „acceptă” Federația Rusă ca stat continuator al Uniunii Sovietice.

O declarație similară a fost făcută de Elveția, care în mai multe documente semnalează că Federația Rusă este continuatoarea Uniunii Sovietice și că celelalte state membre ale Comunității Statelor Independente sunt state succesoare.

Guvernul Germaniei a reprodus o declarație a Federației Ruse, în care aceasta din urmă susținea că va continua să exercite drepturile și obligațiile pe care Uniunea Sovietică le avea din tratatele încheiate.

Belgia a avut o poziție foarte clară cu privire la acest subiect, având în vedere că Federația Rusă s-a declarat continuatoare a Uniunii Sovietice, Rusia nu va fi recunoscută ca stat suveran și independent. Și Finlanda a „acceptat pe 30 decembrie 1991, statutul Rusiei de continuator al URSS și recunoaște republicilor sovietice ca state independente”¹³.

Suedia nu numai că a recunoscut Federația Rusă ca stat independent, dar a și menționat că „Rusia preia locul Uniunii Sovietice”¹⁴. În acest timp Austria confirmă independența și suveranitatea Federației Ruse; cuvinte asemănătoare au fost folosite cu privire la Ucraina și Belarus. Totuși nu se

¹¹ Doc. D/28

¹² Doc. FIN/8 (Ministry for Foreign Affairs, Press Release 25 August 1991, No. 275)

¹³ Doc. FIN/23

¹⁴ Doc. S/28

menționează nimic în legătură cu recunoașterea oficială, în scrisorile trimise altor șapte foste republici ale URSS.¹⁵

Concluzii:

Din ceea ce am aratat mai sus se observă că statele baltice s-au declarat succesoare ale republicilor sovietice și au fost recunoscute ca atare, în timp ce Federația Rusă s-a declarat continuatoarea Uniunii Sovietice. Aici apare o mică/mare diferență care schimbă unghiul de vedere al lucrurilor.

Statele baltice ca succesoare ale republicilor sovietice se văd în poziția de a parcurge un întreg proces de aderare la anumite organizații, de a negocia sau renegocia anumite tratate de la început, în fine, de a se re poziționa pe harta politicii internaționale. Federația Rusă, în schimb, declarându-se continuatoare a fostei Uniuni Sovietice, rămâne pe aceleași poziții, își păstrează locul în toate organizațiile internaționale la care URSS era parte, păstrează tratatele încheiate de aceasta (cele care mai aveau obiect, desigur), păstrează toate drepturile și obligațiile pe care Uniunea Sovietică le avea, pe scurt, pierde decât o parte din republicile sale și trebuie să se asigure decât că este acceptată ca continuatoare a Uniunii Sovietice. Poate tocmai din acesta cauza multe state au evitat să facă precizări cu privire la Uniunea Sovietică și cu privire la încetarea existenței acesteia atunci când a venit vorba de recunoașterea Federației Ruse ca stat independent.

Observăm, de asemenea că multe state au refuzat să accepte încorporarea statelor baltice în Uniunea Sovietică în 1944, lucru care a avut impact asupra procesului de recunoaștere a acestor ca state independente (și aici putem da ca exemple Norvegia sau Marea Britanie).

De asemenea sunt state care deși nu au recunoscut în mod oficial încorporarea statelor baltice în URSS, totuși au preferat ca relațiile diplomatice să le poarte la Moscova (Elveția).

Avem declarații ale unor state precum Germania sau Italia care susțin că nu au recunoscut niciodată anexarea statelor baltice la Uniunea Sovietică, dar nici nu menționează clar recunoașterea acestor state ca state independente. Turcia sau Belgia, de exemplu, nu fac referiri cu privire la anexarea statelor baltice ci numai la restabilirea relațiilor diplomatice cu acestea după 1991.

Există situații în care anexarea statelor baltice a fost primită cu mare deschidere, iar acest lucru a cântărit greu în luarea deciziei de a recunoaște statele baltice ca state suverane și independente (Olanda, Suedia).

În ceea ce privește Federația Rusă, recunoașterea statutului de continuatoare a Uniunii Sovietice a fost destul de repede adoptată (sau în unele cazuri “acceptată”), probabil ținându-se cont de istoria, importanța și capacitățile de care dispune Federația Rusă. Și aici, ca și în cazul statelor baltice, au existat state care au refuzat să accepte statutul Federației Ruse, tocmai în ideea că nu consideră că URSS ar fi încetat să mai existe (Belgia).

În concluzie, avem statele baltice care se declară succesoare ale republicilor socialiste și avem Federația Rusă care se declară continuatoarea Uniunii Sovietice cu tot ce implică acest statut.

În ceea ce privește recunoașterea statelor baltice, ca state suverane și independente avem mai multe tipuri de poziții:

- avem state care nu au recunoscut niciodată oficial anexarea statelor baltice la Uniunea Sovietică, și care au recunoscut imediat independența acestora;
- avem state care deși nu au recunoscut anexarea statelor baltice la Uniunea Sovietică, au preferat să poarte relațiile diplomatice la Moscova;
- avem pozițiile unor state care, deși recunosc că nu au acceptat încorporarea statelor baltice în URSS, nici nu menționează clar că din punctul lor de vedere statele baltice sunt state independente;

¹⁵ State practice regarding state succession and issues of recognition/Pratique des etats concernant la succession d'etats et les questions de reconnaissance, Cap. 2, pp.50-56, Editata de: Jan Klabbers, Martti Koskenniemi, Olivier Ribbelink, Andreas Zimmermann; Kluwer law international; Concil of Europe, 1999; ISBN 90-411-1203-0

- există situații în care anexarea a fost îmbrățișată foarte repede de anumite state, iar când s-a pus problema recunoașterii statelor baltice ca state independente, acestea au ezitat și au făcut-o numai la presiunea comunității internaționale.

În ceea ce privește recunoașterea statutului Federației Ruse de continuatoare a Uniunii Sovietice, avem de asemenea mai multe poziții;

- state care au acceptat imediat acest statut;
- state care se fereșc să declare că din perspectiva lor Uniunea Sovietică nu mai există și "acceptă" într-un final poziția Federației Ruse;

Ce reiese de aici? Reiese faptul că pentru cele două categorii de state, succesoare și continuatoare, recunoașterea independenței implică reacții și atitudini diferite care influențează clar relațiile în cadrul comunității internaționale.

Referințe bibliografice:

- *State practice regarding state succession and issues of recognition/Pratique des etats concernant la succession d'etats et les questions de reconnaissance*, Cap.1, pp. 22-24, Cap. 2, pp.50-56, Editata de: Jan Klabbbers, Martti Koskenniemi, Olivier Ribbelink, Andreas Zimmermann; Kluwer law international; Concil of Europe,1999;
- Raluca Mîga-Besteliu, *Drept internațional public*, p. 34, Vol. I, Ediția I, ed. All Beck, București 2005
- Prof. univ. dr. Aurel Preda-Mătășaru Ambasador, *Tratat de Drept Internațional Public*, p. 100-101, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, ed. Hamangiu, București, 2010,
- *The soviet occupation and incorporation* in Enciclopedia Britanica
- *Descrierea preparativelor și ducerii la îndeplinire a Operațiunii Baltice din 1944*, *Military History Journal* (USSR Report, Military affairs), septembrie 1984, pp. 22-28
- Stephane Courtois, Nicolas Werth, Jean-Louis Panne, Andrzej Paczkowski, Karel Bartosek, Jean-Louis Margolin și Mark Kramer, *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, Harvard University Press, 1999,
- Back Note: *Latvia* pe pagina oficială a US Departament of State.

PROBLEME DE URBANISM ÎN ORAȘUL BRAGADIRU

Manuela FRUNZĂ*

Abstract

I tackled this issue, because following the invitation of an acquaintance in the city Bragadiru, I found a city in a continuous systematization: many new buildings, illuminated and paved streets, and in the same time, rustic houses and unimproved streets. Due to this, I've had the curiosity to get informed and discover more about the town, and so I found the evolution and development of Bragadiru, which I've also tackled at full in this essay. I found out that the former village Bragadiru became a city, by rising gradually. Being located in the vicinity of Bucharest, Bragadiru has been through a high social and economic development.

Cuvinte cheie: oraș, sistematizare, dezvoltare, locuitori, urbanism.

1. Introducere

Orașul Bragadiru este o localitate cu o puternică dezvoltare social - economică și care se individualizează de celelalte localități prin: apropierea de capitală, existența unor exploatări importante de țitei și prezența unor unități economice de tradiție. Bragadiru este situat la sud-vest față de București, la kilometrul opt pe Șoseaua București-Alexandria.

Bragadiru s-a schimbat puternic în ultimii ani. Zona merge într-o direcție bună, infrastructura s-a îmbunătățit vizibil, iar acest lucru a dat curaj investitorilor. Chiar și acum în această perioadă mai delicată, se construiește.

Orașul Bragadiru a cunoscut o adevărată dezvoltare imobiliară și o creștere progresivă a populației.

Este vizibilă dezvoltarea spectaculoasă atât a zonelor rezidențiale cât și a unor noi zone destinate activităților productive ce se încadrează în normele europene de protecție a mediului.

Programul de construire de locuințe individuale prin credit ipotecar, prin Agenția Națională pentru Locuințe are în vedere potențarea investițiilor și, în același timp, sprijinirea familiilor tinere în cumpărarea de locuințe și dotarea acestora.

În localitate funcționează numeroase societăți de interes național care asigură un profil ocupațional ridicat al populației.

Primăria își dă interesul să dezvolte rețelele de utilități, să amenajeze drumurile de acces spre terenurile pe care există deja construcții, iar acum s-a demarat un proiect foarte mare pentru canalizare și apă potabilă.

În conformitate cu atribuțiile ce îi revin din organizarea și funcționarea Administrației Naționale „Apele Române”, Sistemul de Gospodărire a Apelor Ilfov – București gestionează date referitoare la cantitatea și calitatea factorului de mediu APA, astfel:

Încadrarea în clase de calitate se face conform Ordinului 1146/2002 – pentru aprobarea Normativului privind obiectivele de referință pentru clasificarea calității apelor de suprafață.

Suprafața agricolă din orașul Bragadiru, este folosită în funcție de condițiile pedoclimatice. Pe lunci, se cultivă legume și zarzavaturi, pe pante și terenuri slab productive cresc pomi fructiferi, iar restul terenurilor sunt cultivate cu cereale, plante tehnice, nutrețuri.

Propagarea și continuitatea la nivel teritorial a politicilor publice din ultimii ani prin implicarea factorilor locali și a reprezentanților societății a devenit din ce în ce mai pregnantă în procesul de elaborare și realizare a programelor de dezvoltare economico – socială, indiferent dacă

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (manuela_marcel@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect.univ.drđ. Gyonghy Mihut Gabriela

resursele financiare sunt asigurate de fonduri guvernamentale, de fonduri private interne sau prin cofinanțări și împrumuturi externe.

Ponderea cea mai importantă este deținută de investițiile realizate de agenții economici din sectorul public și cei cu capital străin.

Orașul Bragadiru se reorientează în prezent către sectoare economice specifice regiunilor capitale: mică industrie, turism de week-end, dezvoltarea unor complexe rezidențiale.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Lucrarea conține următoarele date despre orașul Bragadiru:

I.LOCALIZARE

II.ISTORIC

i.Moșierul Bragadiru, un întreprinzător de succes

ii.Trecute vremuri

III.TURISM

IV.ADMINISTRAȚIE ȘI ECONOMIE

i.Resursele naturale ale Orașului Bragadiru

ii.Reabilitarea termică în Orașul Bragadiru

iii.Elemente privind starea economică actuală a Orașului Bragadiru

4.3.1 AER

4.3.2 Schimbări climatice. Protocolul de la Kyoto

iv.Starea de confort și de sănătate a populației în raport cu starea de calitate a mediului în zonele locuite

4.4.1 Date de sănătate în Orașul Bragadiru

V.SECTORUL TERȚIAL

VI.DOTĂRI EDILITARE

VII.UTILITĂȚI

VIII.PROIECTE IMOBILIARE ÎN ZONĂ

i.Realizări imobiliare

ii.Investitori în proiecte imobiliare

IX.PROBLEME DE URBANISM ÎN ORAȘUL BRAGADIRU

i.Sistematizarea străzilor

ii.Infrastructura străzilor (reabilitarea și iluminatul)

I. LOCALIZARE

Situat în imediata vecinătate a Municipiului București, orașul Bragadiru este o localitate cu o puternică dezvoltare social - economică și care se individualizează de celelalte localități prin: apropierea de capitală, existența unor exploatări importante de țigăi și prezența unor unități economice de tradiție. Bragadiru este situat la sud-vest față de București, la kilometrul opt pe Șoseaua București-Alexandria.

Orașul Bragadiru aparține administrativ de județul Ilfov și se întinde pe o suprafață de 2.179ha. (539ha în intravilan, 1640ha în extravilan).

Orașul este traversat de trei drumuri importante: DN 6, DJ 100A și DJ 401A.

Fosta comună Bragadiru nu a ajuns oraș peste noapte. Ascensiunea a cunoscut-o treptat și a avut câteva repere care au recomandat-o. Unul dintre ele - poziționarea pe șoseaua București-Alexandria - a făcut ca regimul comunist să-i faciliteze accesul la resurse, pentru ca localitatea oarecum „centrală” să fie „fardată” pentru eventualii vizitatori.

Apoi, faptul că se află în imediata apropiere a Capitalei a recomandat-o pentru poziția de „comună suburbană”. În momentul de față, Bragadiru este printre puținele foste comune care se pot lăuda cu un șomaj inexistent.

II. ISTORIC

12 decembrie 1830 este prima dată a atestării documentare a actualului nume ca și așezare (moșia Bragadiru), iar 26 mai 1825 prima atestare ca și nume propriu (Ion și Nițu, feciorii Bragadirului). Cel mai probabil, denumirea vine de la numele moșierului Dumitru Marinescu Bragadiru, care a deținut prima fabrică de alcool rafinat din țară. Priceputul întreprinzător a investit și într-o fabrică de bere, Fulgerul Bragadiru, devenind astfel primul promotor al industriei ușoare din România.

i. Moșierul Bragadiru, un întreprinzător de succes

Cei care au trăit acele vremuri înțeleg ce presupunea minimala titlatură: cu buletin de comună suburbană aveai un loc de muncă asigurat, precum și alte beneficii. Aici exista pe vremuri celebra - în epocă - fabrica de băuturi spirtoase a moșierului Dumitru Marinescu Bragadiru, prima fabrică de alcool rafinat din țară.

Priceputul întreprinzător investește și într-o fabrică de bere, Fulgerul Bragadiru, și devine astfel primul promotor al industriei ușoare din România. Conform unor cronici de la 1901, fabrica producea peste trei milioane de litri de bere. De altfel, se poate spune că figura marelui moșier domina de fapt începutul dezvoltării în această zonă, creând premisele pentru viitorul regim.

Prin Decretul Domnesc nr.394 din 31 martie 1864 s-a instituit orașul ca unitate administrativă, alcătuită din satele: Bragadiru, Bulgaru și Cornetu – Glogoveanu.

Alte fabrici cu rezonanță, care de-a lungul timpului nu au lăsat locuitorii zonei fără loc de muncă, au fost FNC (n.r. - fabrica de nutrețuri combinate) Sabarul, SC Somic Bragadiru (prefabricate beton), fabrica de margarină Bragadiru, IAS Bragadiru, care aproviziona cu produse agricole 60% din piața Capitalei.

ii. Trecute vremuri

Domnul Aristide Olteanu, fostul secretar al primăriei, își amintește cum comuniștii aveau în plan încă dinainte de 1989 să facă din comună oraș, ba chiar însuși Nicolae Ceaușescu s-a prezentat în Bragadiru să discute deasupra schiței de sistematizare. „Ne-am strâns cu toții acolo când a sosit și-mi amintesc că la sfârșit ne-a spus: „Spor la muncă, tovarăși!”

Comuniștii au construit aici, înainte de Revoluție, majoritatea clădirilor de instituții: primăria, Casa de Cultură, dar și blocurile. Au declarat „închise” marile orașe, dar și comunele suburbane, ceea ce înseamnă că, dacă nu aveai pe buletin reședința în Capitală sau în una din aceste comune, nu aveai practic drepturi, nici pentru un loc de muncă, dar nici pentru mâncare, raționalizată pe atunci.

Bragadiru are destui întreprinzători: peste 250 de firme (SRL-uri, asociații familiale etc.), iar mai importante: fabrica de biscuiți SC Rostar SA, SC Interactiv SA (reparații auto), SC Elsaco SA (ferestre și uși PVC), SC Romtehnocom SRL (construcții metalice, închirieri utilaje grele), dar și fabrica de medicamente Laropharm, cu sediul central în București. Localnicii se mândresc de-acum cu faptul că sunt orașeni, ba mulți se consideră aproape bucureșteni, pentru că „avem tot ce ne trebuie, ca la Capitală”.

III. TURISM

Ca obiective turistice trebuie menționate parcul de agrement al orașului Bragadiru și situl arheologic cu vestigii de pe vremea dacilor situate pe Valea Sabărului¹.

¹ Legea Nr.422 din 18 iulie 2001 Art.2. (1) Monumentele istorice fac parte integrantă din patrimoniul cultural național și sunt protejate prin lege.

(2) Activitățile și măsurile de protejare a monumentelor istorice se realizează în interes public. În condițiile prezentei legi intervențiile asupra monumentelor istorice pot constitui cauză de utilitate publică.

Pe ambele maluri ale râului Șabăr, există vestigii ale așezărilor din epoca neolitică, a bronzului, geto – dacică, de formare a poporului român și din feudalism. De asemeni pe malul nordic al râului Ciorogârla, la est de localitate sunt așezări din epoca neolitică, geto-dacică.

IV. ADMINISTRAȚIE ȘI ECONOMIE

După tabloul împroprietăririi de la 1864, orașul Bragadiru - Bulgaru, cuprindea 134 de case, numărul populației din 1905 fiind de 1541 din care satul Bragadiru avea 1144 locuitori.

Față de recensământul din 1992 numărul populației a crescut de la 6.978 locuitori la 8.200 locuitori în 2002 și la peste 10.000 de locuitori astăzi.

Această creștere se explică prin strămutarea forțată a locuitorilor satelor Buda și Ordoreanu care au fost desființate ca urmare a lucrărilor efectuate pe râul Argeș, precum și numărului mare de locuințe care au fost construite în cartierele Ghidiceni, Prelungire Ghencea, Mihai Eminescu și 1877 .

Industria extractivă și industria prelucrătoare sunt activități specifice zonei. Cât despre principalele activități economice, acestea sunt comerțul, construcțiile și agricultura.

Orașul Bragadiru a beneficiat de o industrie puternică încă din anul 1882 când a fost construită Fabrica de Spirt Bragadiru care din 1898 exportă în țări ca: Italia, Turcia, Germania, Egipt sau Bulgaria. Astăzi în localitate funcționează numeroase societăți de interes național cum ar fi : SC CORINA GEALAN, SC AMVIC, SC MODUL DESIGN, SC SUN INDUSTRIES, SC EXALCO etc., care asigură un profil ocupațional al populației active ca al unei așezări cu profil industrial și de servicii. Deasemenea în orașul Bragadiru există o bibliotecă și un cămin cultural. În cadrul bibliotecii, fondul de carte este completat permanent cu noi apariții editoriale din domeniile care prezintă interes pentru cititori.

i. Resursele naturale ale Orașului Bragadiru

Resursele naturale reprezintă capitalul natural, o component esențială a bogăției țării. Valorificarea acestei resurse prin exploatarea materiilor prime neregenerabile și prelucrarea lor în procese necesare vieții, determină în mare măsură stadiul de dezvoltare economic și social a țării.

Orașul dispune de o rezervă deosebit de valoroasă - zăcăminte de petrol și gaze de sondă ce sunt valorificate în exploatarea din Sos. Clinceni - astfel localitatea este traversată de conducte magistrale.

ii. Reabilitarea termică în Orașul Bragadiru

Orașul Bragadiru a primit aprobare pentru izolarea termică a 23 dintre cele 56 de blocuri pe care le are. "La sfârșitul lui septembrie, ne-am apucat de primele 13 blocuri, care vor fi gata până la jumătatea lui noiembrie", spune Laurențiu Bogdan, consilier la Primăria Bragadiru. Acesta adaugă că celelalte zece blocuri vor fi reabilitate în prima parte a anului viitor².

În ceea ce privește sursa fondurilor, jumătate din sumă vine de la Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuinței, iar restul de la Consiliul Local. Inițial, se stabilise ca și asociațiile de proprietari să contribuie cu 20%, dar primăria a decis să ia asupra sa acești bani.

Reabilitarea termică a unui apartament costă, în medie, 4.700 de euro. Lucrările care se fac sunt placarea exterioară cu polistiren și zugrăvirea imobilului, instalarea de ferestre cu geam termopan și închiderea balcoanelor pentru fiecare locuință în parte. În plus, sunt montate noi acoperișuri.

Pentru cele 23 de blocuri, Ministerul Dezvoltării a alocat 3,39 milioane de lei, Consiliul Local contribuind cu aceeași sumă. "Banii vin în două tranșe. Prima, pentru cele 13 blocuri care sunt în

Art.3. (c) sit – teren delimitat topografic cuprinzând acele creații umane în cadru natural care sunt mărturie cultural-istorice semnificative din punct de vedere arhitectural, urbanistic, arheologic, istoric, artistic, etnografic, religios, social, științific, tehnic sau al peisajului cultural.

² OUG nr. 69/2010 Art.1. Reabilitarea termică a blocurilor de locuințe și a clădirilor tip locuințe unifamiliale, denumite în continuare clădiri de locuit, constituie acțiune de interes public în scopul reducerii consumurilor energetice la consumatorii finali, cu efect direct în reducerea costurilor cu încălzirea și prepararea apei calde de consum și indirect în reducerea consumului de combustibil convențional și a emisiilor de gaze cu efect de seră.

finalizare și următoarea la anul, pentru cele zece care ne-au rămas. Deocamdată, nu am primit niciun leu", spune Bogdan.

La anul, Primăria dorește să depună un proiect pentru renovarea restului de blocuri din oraș. Reabilitarea termică a locuințelor va reduce costurile de încălzire cu peste 50%. Dacă proprietarul apartamentului dublează lucrarea statului cu o placare pe interior, economia poate fi chiar de 70%.

Dacă vor fi fonduri, vor fi renovate și clădirile publice, cum sunt Primăria orașului și Casa de Cultură. Acestea sunt clădiri ridicate pe două niveluri și ocupă, împreună, aproximativ 2.000 de metri pătrați.

iii. Elemente privind starea economică actuală a Orașului Bragadiru

a. AER

Poluarea aerului își are începutul în vremuri îndepărtate, fiind produsă mai întâi în natură, independent de activitatea umană (dislocarea pulberilor din sol de către vânturi, emanațiile de gaze vulcanice etc.), pentru ca ulterior să fie produsă masiv pe cale artificială, o dată cu descoperirea focului și prelucrarea minereurilor.

În prima etapă a dezvoltării tehnico-economice, industria avea rolul decisiv în poluarea atmosferei, pentru ca recent mijloacele de transport să treacă în prim plan.

b. Schimbări climatice. Protocolul de la Kyoto

Motivele deteriorării calității aerului sunt rezultatul creșterii rapide a emisiilor unor gaze specifice, ca rezultat al intensificării activităților umane. În timp ce stratul de ozon situat la limita superioară a atmosferei se epuizează datorită emisiilor de ODS, climatul global a fost perturbat de emisiile de gaze cu efect de seră (GHS), fenomenele meteorologice fiind din ce în ce mai greu de prevăzut. Încălzirea globală și deprecierea stratului de ozon, necontrolate vor avea consecințe directe și iremediabile asupra vieții de pe planetă.

Protocolul de la Kyoto din 1997, al Convenției Cadru a Națiunilor Unite privind schimbările climatice (UNFCCC) solicită statelor semnatare să reglementeze emisiile unui grup de șase gaze cu efect de seră: bioxid de carbon, metan, perfluorocarburi, hidrofluorocarburi, peroxide de azot și hexafluorosulf.

iv. Starea de confort și de sănătate a populației în raport cu starea de calitate a mediului în zonele locuite

Esențial pentru evaluarea stării de sănătate a populației este identificarea următorilor factori de risc:

- Apa de băut contaminată;
- Aer impurificat;
- Colectare, îndepărtare defectuoasă ape uzate;
- Condiții improprie de locuit.

Acești factori de mediu care sunt potențiali factori de risc se pot manifesta prin epidemii hidrice, boli cronice plurifactoriale, boli transmisibile, disconfort etc.

a. Date de sănătate în orașul Bragadiru

Direcția de Sănătate Publică Ilfov, prin compartimentul Supravegherea Stării de Sănătate, a monitorizat în cursul anului 2003 următoarele:

Apa potabilă – analizele de laborator au evidențiat valori ce depășesc limitele admise de Legea nr. 458/2002, privind calitatea apei potabile pentru următorii parametri:

- Chimici – amoniac și nitrați

V. SECTORUL TERȚIAL

Deține o pondere deosebită - după 1990 pe teritoriul orașului au apărut o serie de obiective care au contribuit la dezvoltarea acestui sector din care amintim: Biroul de Notariat Public, Agenția Banc Post, înființarea unui nucleu al Direcției Finanțelor Publice jud. Ilfov, precum și un Birou al

Poliției care cuprinde toate serviciile (buletine, permise etc.) și deservește atât Bragadiru cât și localitățile din jur.

VI. DOTĂRI EDILITARE

Numărul locuințelor existente pe teritoriul orașului Bragadiru este de 2600 totalizând o suprafața de 433ha reprezentând curți-construcții.

În mare parte locuințele sunt individuale și structurate pe o rețea de drumuri bine conturată. Regimul de înălțime este de parter și parter + mansardă, în partea nordică a orașului existând un microcartier cu vile, parter + etaj pentru câte patru familii.

O mare parte a populației locuiește în blocurile situate în centrul orașului, de-a lungul șoselei București - Alexandria.

Populația orașului care locuiește în blocuri și vile este organizată într-un număr de 19 asociații de proprietari.

Prin aplicarea legii 18/1991³ vechii proprietari au revenit la terenurile lor, existând tendința de refacere a vetrei satului și de înființare a unei noi zone de locuire în nordul orașului: Ghidiceni, Prelungire Ghencea, cartierul Mihai Eminescu și 1877, de la intrarea dinspre București.

VII. UTILITĂȚI

Rețeaua hidrografică a orașului este constituită din cele două râuri care o străbat: Șabăr și Ciorogârla. Lungimea rețelei de distribuție a apei este de 7 km, asemănătoare ca lungime cu rețeaua de canalizare (7,2 km.) pentru apa menajeră și pluvială.

În oraș există două stații de epurare, una pe malul stâng al râului Șabăr, cealaltă pe malul râului Ciorogârla.

Rețeaua de gaze naturale în lungime de 17 km care deservea gospodăriile populației în prezent a fost extinsă astăzi și în cartierele 1877 și Mihai Eminescu.

Serviciile de telecomunicații și poștă sunt asigurate printr-o unitate poștală și o centrală telefonică digitală ultramodernă care este în continuă extindere.

Alimentarea cu energie electrică se face din Sistemul Energetic Național, prin intermediul unei rețele de medie tensiune în lungime de 18 km. Partea vestică a teritoriului administrativ a orașului este străbătută de la nord la sud de rețele de transport de înaltă tensiune.

Transporturile sunt asigurate de căile rutiere și feroviare. Lungimea totală a drumurilor publice este de 161 km și include căile de interes național, județean și local. Principalele artere de circulație sunt DN6 București-Alexandria și șos. Centurii.

În perspectivă se preconizează realizarea la nordul orașului a unei autostrăzi București-Craiova, care va decongestiona traficul pe DN6 și conform planurilor periurbane ale capitalei, Orasul Bragadiru va fi străbătut prin partea vestică de traseul autostrăzii Centură Sud a Bucureștiului.

VIII. PROIECTE IMOBILIARE ÎN ZONĂ

Autoritățile locale sunt decise să facă din Bragadiru un loc atractiv pentru potențialii investitori, așa că și-au stabilit prioritățile. Este vorba despre reabilitarea rețelelor de alimentare cu

³ Legea nr.18/1991 Art.8 (1) Stabilirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor care se găsesc în patrimoniul cooperativelor agricole de producție se face în patrimoniul cooperativelor agricole de producție se face în condițiile prezentei legi, prin reconstituirea dreptului de proprietate sau constituirea acestui drept.

Art.12. (1) În scopul stabilirii dreptului de proprietate prin reconstituirea sau constituirea acestuia, atribuirii efective a terenurilor celor îndreptățiți și eliberării titlurilor de proprietate, în fiecare comună, oraș sau municipiu, se constituie, prin ordinul prefectului, o comisie condusă de primar.

Art.27. (1) Punerea în posesie și eliberarea titlurilor de proprietate celor îndreptățiți nu pot avea loc decât numai după ce s-au făcut în teren delimitările necesare pentru măsurători, stabilirea vecinătăților pe temeiul schiței, amplasamentul stabilit și întocmirea documentelor constatatoare prelabile.

apă și canalizare existente în Bragadiru, construcția unei stații de epurare - program PHARE, extinderea rețelei electrice, extinderea rețelei de gaze și modernizare drumurilor.

i. Realizări imobiliare

• În data de 22 septembrie 2006, a avut loc recepția preliminară a blocului P32 din Bragadiru. Cu un număr total de 35 de apartamente, destinația principală a locuințelor create o reprezintă tinerii din oraș. Pentru construcția blocului au fost depuse eforturi deosebite din partea Primăriei Bragadiru și a Ministerului Transporturilor, Construcțiilor și Turismului. Pentru vânzarea apartamentelor, au fost făcute precontracte de către cetățenii din oraș, fie tineri, bătrâni sau familii.

• Fortuna și Scandinavia sunt două ansambluri de blocuri ridicate în zona Șoseaua Alexandriei de același dezvoltator. Pentru noiembrie 2010, s-a anunțat începerea celui de-al cincilea imobil din proiectul Fortuna, iar la sfârșitul anului acesta vor fi terminate două blocuri în Scandinavia Residence.

Cel mai mult în zona nouă a orașului s-au construit case, ridicate în general de beneficiarii finali. Un ansamblu de vile cunoscut în zona Bragadiru este Atlantic.

Locuitorii orașului Bragadiru se bucură de o serie de avantaje notabile, susțin agenții imobiliari.

„Vorbim de o zonă care nu este poluată, o zonă care nu are dezvoltări industriale majore care să polueze. Vorbim de un acces foarte ușor către pădure, către lac, către râul Argeș. Există zone de agrement amenajate de primăria Bragadiru, parcul de la Bragadiru, de exemplu. Avantaje sunt că primăria își dă interesul a început să dezvolte rețelele de utilități, a început să amenajeze drumurile de acces spre terenurile pe care există deja construcții, iar acum un proiect foarte mare pe care a început să-l demareze, canalizarea și apa potabilă”.

ii. Investitori în proiecte imobiliare

• Dezvoltatorul BDY Capital Invest, parte a fondului finlandez de investiții Ahlstrom Capital, investește 25 milioane de euro într-un proiect rezidențial cu peste 400 de apartamente, amplasat în orașul Bragadiru, pe Șoseaua Alexandriei.

Proiectul finlandezilor, denumit Scandinavia Residence, face parte din complexul WRP West Residential Park, care mai include și ansamblul Fortuna Residence și totalizează 714 locuințe.

Scandinavia Residence va avea 420 de apartamente, dispuse în șapte blocuri cu câte patru etaje, primele două blocuri urmând să fie livrate în luna decembrie. Investiția totală în proiect ajunge la 25 milioane de euro.

Prețurile locuințelor încep de la 41.000 euro pentru o garsonieră și includ un loc de parcare gratuit, au anunțat organizatorii târgului imobiliar Project Expo, în cadrul căruia proiectul va fi lansat oficial.

„Construcția imobilului este realizată pe cadre de beton cu zidărie poroterm, inclusiv compartimentările interioare. Dotările fiecărei locuințe includ aer condiționat, corpuri de iluminat, centrală termică Buderus individuală pentru fiecare apartament, iar apartamentele situate la parter vor avea inclusă o grădină proprie”.

• Cu o investiție de aproximativ 10 milioane de euro, dezvoltatorul ansamblului Atlantic Residence vine cu un concept prin care oferă atât vile, cât și apartamente care beneficiază de o suprafață de teren.

Atlantic Residence este dezvoltat pe un teren cu o suprafață de 12.500 mp, fiind situat la 1,5 km de București, pe Șoseaua Alexandriei spre Bragadiru, la circa 15 minute de Palatul Parlamentului. Reprezentanții proiectului spun că zona unde se află proiectul aparține administrativ de Primăria Bragadiru, însă urmează ca odată cu extinderea orașului să fie integrată în sectorul cinci al capitalei. În apropiere se află o linie de autobuz care face legătura cu Bucureștiul, centre de birouri și spații comerciale, urmând ca în curând în zonă să fie construit un supermarket.

Vile și apartamente cu teren în cota indiviză.

Cartierul cuprinde 15 imobile cu un regim de înălțime dispus pe parter, etaj și mansardă. Proiectul a fost demarat în vara anului 2007, iar până acum au fost construite 8 vile, urmând ca la sfârșitul lunii august să fie finalizat încă un imobil. „Demararea lucrărilor pentru celalate vile ține foarte mult de vânzările pe care le vom avea pentru ce am construit până acum și binențeles de cerere, finalizarea unei astfel de vile având loc în maxim trei luni și jumătate de la semnarea anteacontractului” afirmă Adrian Niculae.

În cadrul proiectului se construiesc două tipuri de vile, suprafețele acestora fiind de 630,84 mp, respectiv 398,96 mp. Datorită noilor condiții de piață, dezvoltatorul a luat hotărârea, ca în cazul în care clienții doresc să nu achiziționeze o vilă integral, fiecare nivel al unei vile să poată fi amenajat într-un apartament cu suprafața cuprinsă între 135 și 157 mp, în funcție de tipul de imobil, acesta putând fi compartimentat în două, trei sau patru camere.

Clădirile sunt construite pe stâlpi și grinzi din beton armat cu zidărie din cărămidă eficientă. Izolația pereților s-a realizat cu un termosistem din polistiren extrudat de 10 cm. Cartierul va fi administrat de către dezvoltator, care prin specialiști va acorda asistență tehnică locatarilor. Unitățile locative beneficiază de toate utilitățile, se predau complet finisate cu gresie, faianță, parchet și tâmplărie din PVC și beneficiază de centrală termică.

IX. PROBLEME DE URBANISM ÎN ORAȘUL BRAGADIRU

Consiliul local coordonează și răspunde de întreaga activitate de urbanism, conform Legii nr.350 din 6 iulie 2001⁴.

i. SISTEMATIZAREA STRĂZILOR

În urma construcțiilor haotice din orașul Bragadiru, s-a acordat o importanță minoră privind sistematizarea străzilor.

Deși s-au respectat prevederile art. 19 privind „Locuințele ce se realizează în localitățile rurale din fondurile statului și din fondurile populației cu sprijinul statului în credite și execuție se vor construi pe bază de proiecte tip, directive sau refofosibile și vor avea cel puțin două niveluri.

Pentru a veni în sprijinul celor care își construiesc locuințe proprietate personală, în regie, comitetele executive ale consiliilor locale sunt obligate să pună la dispoziția cetățenilor proiecte tip întocmite cu consultarea prealabilă a populației, din care cei interesați să poată alege proiectul cel mai convenabil. Aceste proiecte se vor elabora într- o gamă variată, care să țină seama de specificul local și de tradiție și care să folosească materiale locale existente, ieftine.”

Amplasarea construcțiilor de orice fel se va face cu respectarea condițiilor de aliniere și a regimului de construcție specific localității și zonei respective, ținându-se seama de prevederile schițelor sau detaliilor de sistematizare.

Contribuția în bani și muncă, ce se efectuează în localitățile rurale, va fi orientată cu precădere spre acele lucrări care sunt prevăzute în cadrul sistematizării localităților.

Comitetele executive ale consiliilor populare vor coordona folosirea în comun a tuturor resurselor materiale și financiare în scopul realizării obiectivelor de interes obștesc, prevăzute în schițele sau detaliile de sistematizare, în scopul îmbunătățirii condițiilor de viață a întregii populații⁵.

⁴ Legea 350/6 iulie 2001 Art.25. (1) Consiliul local coordonează și răspunde de întreaga activitate de urbanism desfășurată pe teritoriul unității administrativ-teritoriale și asigură respectarea prevederilor cuprinse în documentațiile de amenajare a teritoriului și de urbanism aprobate, pentru realizarea programului de dezvoltare urbanistică a localităților componente ale comunei sau orașului.

Art.26. Consiliul local cooperează în procesul de întocmire a programului de dezvoltare urbanistică a localităților și cu instituții, agenți economici, organisme și organizații neguvernamentale de interes național, județean sau local.

⁵ Legea 350 din 6 iulie 2001 Art.51. (1) Activitățile de amenajare a teritoriului și de urbanism, prevăzute în prezenta lege, se finanțează din bugetele locale ale unităților administrativ-teritoriale, precum și din bugetul de stat, prin Ministerul Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței, precum și de persoane juridice și fizice interesate în dezvoltarea unei localități sau a unei zone din cadrul acesteia.

ii. INFRASTRUCTURA STRĂZILOR (REABILITAREA ȘI ILUMINATUL)

O problemă pe care doresc să o evidențiez vizează străzile și iluminatul public din orașul Bragadiru, deși Primăria a făcut câte ceva pentru reabilitarea străzilor nu a vizat și unele străzi lăturalnice, deoarece sunt gropi și nu se poate circula, iar iluminatul lasă de dorit.

Iluminatul și modernizarea drumurilor sunt făcute numai pe anumite străzi⁶ (unele sunt asfaltate și iluminate, altele pietruite), iar alte străzi au rămas impracticabile.

Este nevoie de derularea unor programe de acțiuni în scopul revitalizării reabilitării și reconstrucției urbane a străzilor și deasemenea avut în vedere “poluarea luminoasă.”

La acest tip de poluare, specialiștii în domeniu au constatat că sursele de iluminat artificiale, stradale precum și sursele de iluminat excesive ale locuințelor produc daune sănătății umane și mediului înconjurător:

- Iluminarea stradală în timpul nopții perturbă procesele de fotosinteză ale vegetației precum și procesele normale din organismul uman și animal, ducând la lipsa acuității vizuale, stări de stres și chiar tulburarea somnului.

3. Concluzii

Această lucrare este rezultatul unui studiu aprofundat asupra problemelor de urbanism a orașului Bragadiru. Acest oraș a cunoscut o puternică dezvoltare social – economică, iar în momentul de față, este printre puținele comune care se pot lăuda cu un șomaj inexistent.

Evoluția negativă a agriculturii ultimilor ani, cauzată de posibilitățile financiare modeste ale țăranilor și de reducerea substanțială a ajutorului acordat de către stat, poate fi oprită în cel puțin două moduri: prin investiții orientate către optimizarea condițiilor oferite de mediul natural și prin aplicarea rezultatelor cercetărilor agronomice obținute de institutele locale de cercetări.

Cu o modernizare radicală a infrastructurii în general, și cu precădere a căilor de circulație rutieră, a rețelelor de alimentare cu energie electrică, apă și canalizare, vor putea fi promovate forme de turism și produse turistice noi: turism de week-end, valorificarea biclimatului, lărgirea bazei materiale, a activităților și serviciilor turismului rural.

(2) Autoritățile administrației publice locale au obligația să prevadă în bugetele anuale fonduri pentru elaborarea sau actualizarea după caz, a planurilor de amenajare a teritoriului, a planurilor de urbanism și a studiilor de fundamentare necesare în vederea elaborării acestora.

Art.52. Pentru desfășurarea unor activități comune de amenajare a teritoriului și de urbanism , pentru realizarea unor obiective de interes general, consiliile județene se pot asocia sau după caz, pot colabora, în condițiile legii, cu persoane juridice sau fizice din țară sau din străinătate în scopul atragerii de fonduri suplimentare.

Art.58. Autoritățile administrației publice centrale și locale asigură organizarea și desfășurarea procesului de participare a populației în cadrul activităților de amenajare a teritoriului și de urbanism.

⁶ Legea nr.230 din 7 iunie 2006 Art.4. (1) Sistemul de iluminat public destinat exclusiv prestării serviciului de iluminat public este parte componentă a infrastructurii tehnico-edilitare a unităților administrativ-teritoriale care, în conformitate cu Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 254 din 12 martie 2006, aparțin proprietății publice a acestora și se evidențiază și se inventariază în cadastrele imobiliar-edilitare ale unităților administrativ-teritoriale.

(2) În situația în care sistemul de iluminat public se încadrează în prevederile art. 2 alin. (4), autoritățile administrației publice locale au drept de folosință cu titlu gratuit asupra infrastructurii sistemului de distribuție a energiei electrice, pe toată durata existenței acesteia, pe baza unui contract încheiat între autoritățile administrației publice locale și proprietarul sistemului de distribuție a energiei electrice. Prin acest contract se reglementează toate aspectele cu privire la asigurarea condițiilor pentru prestarea serviciului de iluminat public, cu respectarea echitabilă a drepturilor și obligațiilor tuturor părților implicate.

Referințe bibliografice:

- DREPTUL MEDIULUI – suport de curs pentru învățământul la distanță
- <http://ghid.imopedia.ro/dex/bragadiru-290.html>
- Legea Nr. 422 din 18 iulie 2001 privind protejarea monumentelor istorice
- Legea nr.18/1991 – Legea fondului funciar
- Legea nr.230 din 7 iunie 2006 a serviciului de iluminat public
- Legea nr.350 din 6 iulie 2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul
- Legea nr.59 din 1974 privind sistematizarea teritoriului și localităților urbane și rurale
- Odonanța de Urgență nr. 69/2010 privind reabilitarea termica a clădirilor de locuit cu finanțare prin credite bancare cu garanție guvernamentală
- Revista „CasaTANouă”, ediția din 05.05.2010
- Ziarul “Evenimentul zilei” ediția din 07.04.2007
- Ziarul „Evenimentul Zilei”, ediția din 26.10.2009
- Ziarul „România Liberă”, ediția din 09.06.2010

O PERSPECTIVĂ SOCIOLOGICĂ ASUPRA NEGOCIERILOR ÎN AFACERI

Simona Elena CULBAN*

Abstract

This paper proposes a study on specific business process of negotiation. We started from the similarity among negotiation in business, as to the international or diplomatic negotiation, with a real chess game. Each player, in this case negotiator or businessman, moves his pieces so as to win. Although it is a real case, business negotiation is more than that. In business first you must to win but also you need ensure continuity of your earnings. Therefore, a business must be negotiated so as your business partner wants to continue to negotiate. As states and Bill Scott in " Art of Negotiations": "not getting what you deserve, but what you negotiate" the result shows that a business negotiation depends very much on quality and ability to communicate of negotiator or businessman. The present study demonstrates that a businessman must be a good negotiator, to control perfect verbal communication and nonverbal communication. Nonverbal communication can support, contradict or replace verbal communication with a controlling role. A businessman should know how to harmonize their reports with the nonverbal messages.

Cuvinte cheie: negociere, fazele unei negocieri, strategii și tactici de negociere, stiluri de negociere, comunicare, comunicare verbală, comunicare nonverbală.

1. Introducere

Negocierea acoperă în prezent o gamă largă de domenii: economic, social, cultural și, cu deosebire, cel politico-diplomatic. Negocierea este prezentă în viața de zi cu zi, uneori negociem chiar fără să ne dăm seama. Negociem în viața personală atunci când încercăm să ne convingem prietenii sau familia să facă anumite lucruri pentru noi, negociem în domeniul profesional atunci când încercăm să obținem o mărire de salariu sau o avansare în domeniu.

Uneori este ușor să negociem și să obținem ceea ce dorim, alături această practică poate deveni dificilă și este nevoie să ne dezvoltăm anumite abilități și aptitudini pentru a ne evidenția punctele forte în fața partenerului de negociere. În vederea unei negocieri cât mai eficiente, părțile trebuie să comunice cât mai bine.

Lucrarea de față își propune realizarea unui studiu asupra specificului procesului negocierii în domeniul afacerilor. Am pornit de la similitudinea dintre negocierea în afaceri ca și a celei internaționale, diplomatice cu o adevărată partidă de șah. Fiecare jucător, în cazul de față negociator sau om de afaceri își mută piesele în așa fel încât să o câștige. Deși este o ipoteză adevărată, negocierea unei afaceri este mai mult decât atât. În afaceri trebuie, în primul rând să câștigi, dar și să-ți asiguri continuitatea câștigurilor. De aceea o afacere trebuie negociată în așa fel încât partenerul să dorească continuarea afacerilor.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

După cum afirmă și Bill Scott în „Art of negotiations” : „nu primești ceea ce meriți, ci ceea ce negociezi” se evidențiază faptul că rezultatul obținut în cazul unei negocieri de afaceri depinde foarte mult de calitatea și abilitatea de comunicare a negociatorilor sau a oamenilor de afaceri.

* Student, Facultatea de Facultatea de Științe sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; culban.simona@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea :Conf .univ. dr. Elena Nedelcu

Studiul de față demonstrează că un om de afaceri trebuie să fie un bun negociator, să stăpânească bine atât comunicarea verbală cât și pe cea nonverbală. Comunicarea nonverbală poate sprijini, contrazice sau substitui comunicarea verbală, având și un rol de control asupra acesteia. Un om de afaceri trebuie să știe să-și armonizeze mesajele verbale cu cele nonverbale.

Negocierea, activitate omniprezentă în lumea contemporană, este tratată din unghiuri și cu accepțiuni diferite în literatura economică, juridică, politico-diplomatică, definițiile avansate mergând de la abordarea negocierii ca un fenomen social, respectiv o formă de comunicare în relațiile interumane, până la circumscrierea ei într-un domeniu specific la nivel național sau între parteneri aparținând a doua sau mai multe țări.

Conform Dex-ului, conceptul de negociere desemnează „acțiunea de a negocia și rezultatul ei”¹; În literatura de specialitate există mai multe definiții date conceptului de negociere: Bill Scott preia în lucrarea sa „Art of negotiations” o afirmație general acceptată, aceea că „niciodată nu primești ceea ce meriți, primești ceea ce negociezi”².

Alte definiții ale negocierii sunt următoarele: „Negocierea este procesul în care două sau mai multe părți, având obiective comune și conflictuale, dezbate posibilitățile unui eventual acord”³. „Negocierea este procesul prin care reușim să obținem ce vrem de la cei care vor ceva de la noi”⁴.

O altă definiție este următoarea: „Negocierea este o cale de a rezolva conflictele și diferențele printr-o comunicare directă”⁵.

Negocierea comercială este o formă particulară de negociere purtată între un vânzător și un cumpărător, de cele mai multe ori în calitate de reprezentanți ai unor întreprinderi, cu scopul de a încheia un acord.

FAZELE UNEI NEGOCIERI

Conform studiilor lui Bill Scott orice negociere este formată din cinci faze, și anume:

- Explorarea
- Prezentarea ofertelor
- Negocierea ofertelor
- Stabilirea aranjamentului
- Ratificarea

În faza exploratorie tipurile de activități ce au loc sunt următoarele:

-părțile își fac o idee despre cerințele celorlalți și se dă un sens comun direcției în care se va merge pe parcursul negocierilor.

-tot aici, se vor stabili atitudinile și se vor recunoaște căile ce vor fi urmate și aranjamentele ce vor fi negociate.

Următoarea fază, cea a prezentării ofertelor constă în expunerea ofertelor ce doresc a fi negociate. În cursul negocierilor va exista un moment în care fiecare parte își va atinge scopul propus sau va fi cât mai aproape de el. Din acest moment începe faza stabilirii aranjamentului.

Ultima fază a negocierii este cea de ratificare fiind făcută de obicei în scris, incluzând și detaliile legale.

STRATEGII ȘI TACTICI DE NEGOCIERE

„Tactici...contra-tactici.. manevre...învăluiri”⁶, așa sunt denumite de Bill Scott câteva dintre instrumentele utilizate în cursul negocierilor. Acesta pune în evidență doar opt dintre cele mai frecvente procedee orientate către obținerea unei înțelegeri benefice ambelor părți:

¹ Dicționarul explicativ al limbii române, Ediția a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, pag.681

² Scott, Bill, *Arta Negocierilor*, Ed. Tehnică, București, 1996, pag. 7

³ Hellriegel ,D.; Slocum, J.; Woodman, R., *Organizational Behaviour*, West Publishing Company U.S.A. 1992, pag. 478

⁴ Kennedy, G., *Negocierea perfectă*, Ed. Național, București, 1998, pag.9

⁵ Definiție dată de Fundația Pentru Dezvoltare Locală

1. Întreruperile
2. Stabilirea termenelor finale
3. „Dar dacă...?”
4. Dezvăluirea completă
5. „Ceea ce pot este doar 60%”
6. Mituirea
7. Clubul de golf
8. Studiu pe subgrupuri

Întreruperile se utilizează frecvent, deoarece în multe situații este necesar a se lua o pauză de aproximativ 10 minute, pentru ca ambele părți să poată ieși din sala de negocieri și să reflecteze asupra modului în care au evoluat negocierile. În mod normal, răspunsul celeilalte părți va fi unul pozitiv, negociatorii cu experiență știind să recunoască beneficiile rezultate dintr-o bună colaborare a părților. Poate exista totuși și o parte negativă, dezavantajul fiind acela că se poate rata ocazia materializării unor avantaje deja câștigate. Utilizarea întreruperilor în cadrul negocierilor este foarte importantă, dar este necesar în același timp să se cunoască suficient „când” este bine să se ia o pauză, „cum” trebuie făcută și mai ales „cum” să se reînceapă negocierile.

Stabilirea termenelor finale presupune stabilirea momentului în care negocierile vor lua sfârșit sau termenul limită al unei secvențe de ședință ale negocierii. Faptul că negocierile au stabilit un termen limită de desfășurare este un lucru pozitiv, deoarece poate conduce la o concentrare accentuată pentru atingerea unei soluții creative sau a unui compromis constructiv.

Poate exista totuși și un efect negativ în cazul în care se propun asemenea termene și nu sunt acceptate. Soluția este simplă, spunându-se doar că nu este de acord.

„Dar dacă...?” Aceasta este o tactică folosită pentru a ține negocierile „fluide” și este utilă în timpul fazelor exploratorii și creative din cadrul negocierilor, ajutând părțile să identifice cea mai bună formă a înțelegerii, în avantajul ambelor părți. Totuși, această tactică poate deveni dăunătoare dacă este utilizată într-un moment avansat al negocierilor.

Dezvăluirea completă presupune dezvăluirea tuturor informațiilor necesare, totuși în practică nu este luată în considerație prea des, deoarece oamenii fie nu au abilitatea de a comunica, fie nu au deschiderea necesară pentru a face dezvăluiri complete. Există însă unii negociatori al căror caracter este puternic înclinat către deschidere și franchețe. În acest caz „dezvăluirea completă” poate crea un avantaj ce poate fi utilizat cu succes pentru atingerea unei înțelegeri comune.

„Ceea ce pot este doar 60 %” Această tactică se folosește doar în acele situații deosebite în care una dintre părți nu poate plăti prețul cerut. În acest caz, tactica de a oferi 60% din cele cerute poate fi constructivă.

Mituirea este un comportament care din punct de vedere legal și moral este respins în foarte multe țări. În cazul altora este doar un mod normal de a acționa. Deși Bill Scott afirmă că nu este de acord cu mita „Nici mie nu-mi place mita”⁶, recunoaște faptul că în anumite culturi mituirea este un ingredient esențial în negocierile către o înțelegere comună, ingredient pe care negociatorii experimentați trebuie să știe să-l folosească, chiar dacă nu sunt de acord cu acesta.

Autorul menționat afirmă că „dacă mita nu există, atunci nu se pot face afaceri”, caracterizând mita ca fiind „la rândul ei o artă”.

Clubul de golf. Tactica este utilizată în special de liderii echipelor atât timp cât nu sunt satisfăcuți de rezultatele negocierilor, iar unul dintre dezavantajele metodei este aceea că liderii par a opera independent de echipele lor.

Studiul pe subgrupuri. Atunci când negocierile între cele două echipe ajung într-un impas, poate fi util lucrul pe subgrupuri. Acestea vor fi formate din acei membri ai echipelor de negociatori care răspund de problemele respective. În același timp negociatorii de bază sunt liberi să se

⁶ Scott, Bill, op. cit., 1996, pag.41

⁷ Scott, Bill, op. cit., 1996, pag.45

concentreze asupra altor aspecte ale negocierii sau să câștige timp pentru abordarea altor situații problemă.

În cadrul oricărei negocieri este necesară asigurarea unui anumit climat (atmosferă).

Climatul unei negocieri poate să fie dificil, intransigent, încordat. O altă negociere în schimb poate fi impulsivă, întortocheată, îndelungată. La alte negocieri climatul poate fi cald, prietenos și creativ, sau poate fi rece, formal, precis.

Impresia inițială datorată ținutei este repede înlocuită cu alte impresii, mai puternice, aduse de contactul vizual, de privirile partenerilor de negocieri. Există o mare putere a primului contact vizual între părți. Privirile pot fi deschise sau furișate, inspirând încredere sau suspiciune.

Alte influențe sunt datorate expresiei feței și gesturilor. De exemplu, o strângere de mână poate fi interpretată fie ca o poziție rezonabilă, fie ca una de forță, fie ca una slabă. În societatea occidentală, gestul de a pune mâna stângă pe umărul partenerului de discuție în timp ce se strâng mâinile este interpretat ca exuberant. (Scott, Bill, *Arta Negocierilor*)

Experiența și metodele vor fi arătate de aspectele non-verbale, prin atitudine, expresie și durata perioadei de topire a gheții. Dacă va fi ezitant în timpul mișcărilor de deschidere sau dacă se grăbește să discute despre afaceri - atunci putem trage concluzia că avem în față un negociator neexperimentat.

Observarea elementului uman este foarte importantă în arta de a negocia și trebuie să facă parte din arsenalul metodelor utilizate de orice negociator.

Stilul va fi arătat de modul în care discută în perioada de deschidere. În particular, un negociator cu experiență ce caută cooperarea între părți va accentua aspectele neutre. Cei care doresc să-și mărească puterea se vor comporta diferit, vor căuta să identifice care sunt avantajele situației proprii și care îi sunt părțile slabe, să determine prioritățile partenerilor.

După etapele formării climatului și a deschiderii, negocierile intră în faza tratativilor propriuzise.

Această bogăție de activități poate deveni foarte ușor un amalgam. Pentru a-l putea controla și a-și păstra mintea limpede și concentrată la conținutul negocierilor, negociatorul trebuie să se pregătească bine și să știe ce se va întâmpla în continuare. El trebuie să cunoască bine modul de a realiza o negociere.

Atunci când strategia negocierilor este către o înțelegere comună, prezentarea ofertelor și negocierea acestora trebuie să fie un proces cooperativ și nu o confruntare. Un bun negociator, ce caută un acord comun, va fi desigur implicat în conținutul negocierilor. O mare parte a influenței sale constă în abilitatea de a păstra atât control procesului de negociere cât și controlul a ceea ce face.

Obținerea unor căi de comunicare comune. Problema este de a găsi o cale pentru a construi un pod de legătură între părți astfel încât acestea să se poată întâlni și acționa împreună.

Conducerea negocierilor nu este influențată doar de situația reală în care se găsesc părțile. Ea va fi influențată și de modul în care părțile reacționează la nivel uman. Conform lui Bill Scott aspectele de bază ale acestei interacțiuni sunt:

- Ordinea intervențiilor;
- Încrederea;
- Starea fizică;
- Umorul.

Negocierile efective depind de modul în care are loc comunicarea între negociatori

Un blocaj de comunicare serios poate conduce fie la blocarea negocierilor, fie la o confruntare. Nu va exista un avantaj pentru nici una dintre părți, ci doar un succes în forță al părții puternice.

De fapt, a asculta nu este suficient. Oamenii pot recepționa în mod diferit mesajele pe care ceilalți le emit.

Negocierile efective depind de modul în care decurge comunicarea, și trebuie să se depășească atât diferențele de puncte de vedere cât și barierele naturale ale procesului comunicării.

Al doilea element presupune încadrarea în timp a comunicării. Abilitatea de a se înțelege ceea ce se spune este influențată de timpul în care se expun subiectele în discuție. Acest lucru depinde de modul în care negociatorul își prezintă punctul de vedere. El poate și trebuie să folosească în mod adecvat următoarele instrumente:

- Vocea.
- Elementele non-verbale.
- Tăcerea.
- Materiale vizuale ajutătoare.

În privința vocii există patru variabile pe care negociatorul trebuie să le utilizeze la un nivel corespunzător și de asemenea să varieze utilizarea lor. Aceste variabile sunt:

- Ritmul în care se vorbește.
- Înălțimea sunetelor.
- Volumul vocii.

• pauzele - utilizarea acestora este utilă atât pentru vorbitor, pentru a se putea gândi la următorul pas ce-l are de făcut, cât și pentru ascultători, care vor putea înțelege mai bine ceea ce s-a comunicat. În momentul în care vorbitorul are controlul prezentării sale, atunci o pauză de câteva secunde poate fi binevenită.

Al doilea grup de abilități ale impactului personal sunt cele non-verbale.

Pe lângă contactul vizual avem la dispoziție și alte elemente non-verbale cum ar fi ținuta, gesturile sau expresia. O ținută dreaptă și alertă va influența ritmul negocierilor în bine, în timp ce o ținută gârbovită, cu trupul aplecat și cu un braț sprijinit pe spătarul scaunului poate avea un efect contrar.

Gesturile, și în particular utilizarea mâinilor, au o influență deosebită. Acestea pot întări mesajul verbal ori să rețină atenția celorlalți sau chiar să aducă un plus de energie întâlnirii. Totuși, utilizate în exces, pot avea și efecte nedorite.

Expresia feței poate exprima la rândul ei diverse sentimente cum ar fi: plăcerea, prietenia, fericirea, surpriza, frica, suferința, supărarea ori dezgustul. Uneori negociatorul este obligat să-și aibă o altă expresie decât cea reală, dar în strategiile ce urmăresc o înțelegere comună ele vor trebui să emită mesaje pozitive cum ar fi: cordialitate, cooperare, vitalitate sau plăcere.

O altă abilitate necesară unui bun negociator este utilizarea pauzelor de tăcere.

STILURI DE NEGOCIERE

O primă clasificare a stilului organizațional este aceea în care persoanele fac o distincție clară între orientarea asupra subiectului negocierii și orientarea asupra persoanelor implicate în negociere.

Persoanele ce sunt orientate pur pe subiect sunt interesate doar de atingerea afacerii dorite. Ei nu mai sunt interesați de efectul pe care îl are acțiunea lor asupra celorlalți.

Pe de altă parte, managerii orientați către persoane sunt interesați în cel mai înalt grad de bunăstarea celor care lucrează pentru ei sau cu ei.

Caracteristici americane de negociere: americanii pun accent pe realizare și succes profesional ca măsuri a propriei valori, sunt foarte competitivi. Sunt optimiști, au încredere în progres, speră în mai bine. Au o puternică latură umanitară. Cred în ideea de a face bine atât ca indivizi cât și ca grup.

Caracteristici japoneze de negociere: japonezii sunt percepuți ca fiind reci, sobri, calmi și lipsiți de exuberanță. Conform tradiției japoneze se acordă prioritate grupului în raport cu individul, identitatea individului este strâns legată de identitatea grupului. Filosofia lor este colectivistă punându-și amprenta asupra modelului organizatoric specific corporațiilor japoneze.

COMUNICAREA

O colectivitate sau o organizație, indiferent de natură sau mărime nu poate funcționa fără comunicare. „Prin comunicare împărtășim informații, cunoștințe, convingeri și valori, opinii și sentimente cu ceilalți”⁸.

Deși comunicarea verbală și scrisă constituie forma predominantă, uneori indicațiile nonverbale sunt folosite ca supliment sau înlocuiesc formele orale sau scrise. Așa cum există diferențe între limbi, tot așa există și variații culturale în indicațiile nonverbale, însemnele și semnele utilizate în comunicare. Pentru că diferențele lingvistice sunt vizibile, învățăm limbi străine pentru a comunica cu alți în limba lor maternă. Indicațiile nonverbale, semnele și semnalele folosite în comunicare sunt mai puțin evidente și de aceea se fac mai puține încercări pentru a le înțelege. Actorii internaționali care nu se familiarizează cu aceste particularități ale comunicării nonverbale, riscă să se confrunte cu probleme de comunicare.

Din punct de vedere cronologic, comunicarea este primul instrument spiritual al omului în procesul socializării sale. Comunicarea umană se ocupă de sensul informației verbale, prezentată în formă orală sau scrisă, și de cel al informației nonverbale reprezentată de paralimbaj, mișcările corpului și folosirea spațiului. Comunicarea poate fi verbală și nonverbală. La rândul său, comunicarea verbală poate fi scrisă sau orală.

Comunicarea verbală este folosită în viața de zi cu zi, dar și între relațiile interumane din cadrul diferitelor organizații. Comunicarea verbală trebuie tratată ca o parte integrală a responsabilității fiecărei persoane față de cei din jur.

Mihai Dinu evidențiază principiile pentru creșterea eficienței comunicării verbale:

Orice individ trebuie să fie pregătit atât pentru rolul de emițător, cât și pentru cel de receptor, adică emițătorul are în vedere următoarele: pregătirea atentă a mesajului, folosirea unei tonalități adecvate a vocii, verificarea înțelegerii mesajului. Pregătirea receptorului constă în: să cunoască ce dorește emițătorul de la el, să identifice părțile utile din mesaj pe care să le rețină.

Orice receptor trebuie să se autoeduce pentru a putea „asculta activ”, ceea ce înseamnă: „crearea unei stări de spirit favorabilă ascultării, participarea la discuție, concentrarea atenției asupra esențialului.”⁹

Purtarea prietenoasă. De obicei oamenii care vin în contact cu alții iau o figură serioasă, oficială care provoacă o impresie rece. Sunt rezervați în discuție, de aceea este foarte greu să se comunice cu ei. Sunt însă și oameni care zâmbesc de la prima întâlnire și se poartă prietenos încât discuția se desfășoară de la sine.

Nu există o rețetă perfectă pentru o comunicare eficientă, însă folosind tonul prietenesc, ascultarea atentă, privitul în ochii celuilalt, se pot rezolva multe probleme încă de la început.

Comunicarea de la om la om, dialogul, este o discuție controlată între două sau mai multe persoane, care are un anumit scop: transmiterea unor informații, rezolvarea unor probleme, obținerea de noi informații.

Comunicarea nonverbală este comunicarea în care nu sunt folosite cuvinte și prin care se exprimă sentimente, emoții sau atitudini. Chiar și fără cuvinte oamenii comunică prin tot ceea ce fac: modul cum se stă sau cum se merge, cum se ridică din umeri sau cum se face un gest. Cum ne îmbracăm sau cum stăm la birou, fiecare dintre acestea având o semnificație și comunicând o idee. Sensul acestei comunicări depinde de context și de relațiile dintre indivizi.

Comunicarea nonverbală este deosebit de importantă în plan social. De obicei afirmațiile verbale sunt influențate de o serie de factori cum ar fi: teama de a nu jigni sau a supăra, dorința de a încheia o afacere sau presiunea socială. Comunicarea nonverbală completează, întărește, nuanțează sensul mesajelor verbale și, în anumite situații este chiar mai credibilă decât comunicarea verbală.

⁸ Nedelcu, Elena, *Sociologia relațiilor internaționale*, Ed. Universitară, București, 2007, pag.44

⁹ Dinu, M. : *Comunicarea – repere fundamentale*, Editura Algos, 2000, pag. 95

Un bun negociator trebuie să stăpânească bine atât comunicarea verbală cât și pe cea nonverbală. Comunicarea nonverbală poate sprijini, contrazice sau substitui comunicarea verbală, având și un rol de control asupra acesteia.

Tipuri de comunicare nonverbală:

- Comunicarea nonverbală, denumită și senzorială, deoarece se bazează pe ceea ce recepționăm cu ajutorul simțurilor văzului, auzului, mirosului etc.
- Comunicarea verbală estetică (pictură, muzică, dans, imagine) care are loc prin intermediul diferitelor forme de exprimare artistică și comunică diferite emoții artistice.
- Comunicarea nonverbală bazată pe folosirea însemnelor (steaguri, insigne, uniforme) și a simbolurilor specifice.

Felul în care sunt interpretate limbajele nonverbale diferă de la un individ la altul, de la o cultură organizațională la altă cultură.

Elementele componente ale comunicării nonverbale:

-Limbajul tăcerii. „Tăcerea este de aur” se spune adesea, în unele situații ea reprezintă o soluție adecvată, dar în altele poate constitui un factor de ambiguitate. În alt sens prin tăcere (ascultare pasivă) se poate exprima intenția de continuare a unei expuneri, dezvăluirea unor idei, sentimente sau atitudini care ar putea fi blocate prin intervenția verbală.

-Limbajul timpului. Noțiunea timpului este percepută diferit de diverse culturi, naționalități și societăți. Chiar în cazul unei culturi, percepția timpului diferă.

-Limbajul corpului. Mișcărilor corpului, denumite și limbajul corpului pot avea uneori sens simbolic și în acest caz participă la comunicarea nonverbală. Alte mișcări ale corpului (mâini, brațe, picioare) grupate sub denumirea de gestică reprezintă mijloace frecvent folosite în comunicarea nonverbală.

-Limbajul spațiului. Fiecare om percepe spațiul în mod diferit și există diferențe culturale privind folosirea spațiului.

-Limbajul vestimentației. Îmbrăcămintea trebuie să fie adecvată muncii pe care o efectuăm.

ELEMENTELE COMUNICĂRII NONVERBALE	
ELEMENT	CONCRETIZARE
Limbajul trupului	Expresia feței, gesturi, poziția corpului
Limbajul spațiului	Modul în care utilizăm spațiul intim, personal, social, public
Limbajul timpului	A venii la o ședință sau a întârzia la o ședință
Prezență personală	Comunică prin vestimentație, igienă personală, accesorii vestimentare
Limbajul tăcerii	Comunică aprobarea, dezaprobarea, păstrarea unei taine, admirație
Limbajul culorilor	Culorile calde stimulează comunicarea, cele reci o inhibă
Limbajul paraverbal	Calitățile vocii (ritm, viteză vorbire), caracteristici vocale (râs, plâns), parametrii vocali (intensitate)

Sursa: Nedelcu, Elena, *Sociologia relațiilor internaționale*, Ed. Universitară, București, 2007

IMPLICAȚII ALE DIFERITELOR COMPONENTE NONVERBALE ÎN DIFERITE STRUCTURI

Comportament nonverbal	Țară/Stat/Regiune	Sensul
Degetul(mare) în sus	Statele Unite Estul Mijlociu Japonia Germania	Gest de aprobare Gest de insultă Semn ce indică masculin Cifra 1
Un deget învârtit în jurul urechii	Argentina Statele Unite	Telefon E o nebunie!
Un braț ridicat și o mână mișcându-se	Statele Unite India/America de Sud Unii africani, marea parte a Europei	La revedere Semn făcut cu mâna Un gest care reprezintă dezaprobarea
A arăta un cerc format din degetul mare și arătător	Statele Unite Turcia	Foarte bine/OK Insultă/Acuzație de homosexualitate
A-ți arăta dosul palmei formând „v” cu două degete	Anglia Grecia/Estul Mijlociu	Un gest urât, nepolitic Gest care reprezintă cifra 2
Încrușișarea primelor două degete	Statele Unite Taiwan	Noroc, baftă Nu se fumează!
Mângâierea pe cap a unei persoane	Statele Unite Tailanda	Afecțiune față de o persoană O greșeală socială majoră
A fixa cu privirea	Statele Unite Japonia Majoritatea țărilor asiatice	Un semn de atenție, flirt O invazie a intimității Gest lipsit de respect față de persoanele în vârstă
A da din cap (dintr-o parte în alta)	Țările de Vest Bulgaria	Gest de dezaprobare/Nu Gest aprobare/Da
A da din cap (de sus în jos)	Țările de Vest Bulgaria	Gest aprobare/Da Gest de dezaprobare/Nu
O stângere de mână	Țările de Vest	Un gest de salut
Plecăciune	Japonia	Un gest de salut
Mâini plasate în jurul feței	India	Un gest de salut

Sursa: Nedelcu, Elena, *Sociologia relațiilor internaționale*, Ed. Universitară, București, 2007

Pentru ca o afacere să aibă succes și pentru crearea unor relații interpersonale de succes limbajul nonverbal este esențial, deoarece de foarte multe ori noi nu exprimăm în cuvinte exact ceea ce simțim. Însa corpul nostru transmite clar ceea ce simțim și astfel scoate la iveală cele mai secrete gânduri sau sentimente ale noastre, care pot fi citite, decodificate de către cei din jurul nostru și pot fi folosite împotriva noastră. De aceea, de foarte multe ori, trebuie trasă atenția asupra importanței descifrării comunicării nonverbale, în special în zona de business.

Negocierea reprezintă, în esență, un proces caracterizat printr-o succesiune de compromisuri și concesiuni în vederea încheierii unui acord mutual avantajos. Ea presupune existența a cel puțin două părți care au un interes în ajungerea la o înțelegere comună. Rolul de a purta negocierile spre acordul final îi revine negociatorului, care poate fi o persoană sau o echipă. Modul în care se desfășoară discuția și rezultatul ei depinde de capacitatea și de experiența pe care negociatorul o are. Temperamentul și personalitatea negociatorului sunt la fel de importante, pentru că ele influențează stilul pe care acesta îl va adopta în discuții.

3. Concluzii

Negocierea este procesul prin care reușim să obținem ce vrem de la cei care vor ceva de la noi. Este un proces de rezolvare a unui conflict apărut între două sau mai multe părți în cadrul căruia acestea își modifică pretențiile pentru a ajunge la un compromis acceptabil.

Clasificarea negocierilor se face după mai multe criterii. O primă clasificare a negocierilor se face după obiective și după numărul de parteneri. Printre acestea se numără și negocierile diplomatice, comerciale și negocierile politice și sociale.

Negocierea comercială este o formă particulară de negociere purtată între un vânzător și un cumpărător, de cele mai multe ori în calitate de reprezentanți ai unor întreprinderi, cu scopul de a încheia un acord.

Un bun negociator trebuie să stăpânească bine atât comunicarea verbală cât și pe cea nonverbală. Comunicarea nonverbală poate sprijini, contrazice sau substitui comunicarea verbală, având și un rol de control asupra acesteia.

Pentru a negocia o afacere, managerii internaționali trebuie să recunoască și să înțeleagă diferențele culturale în comunicare, în stilurile de negociere. Negocierile de afaceri se desfășoară între parteneri, care de regulă sunt exponenții unor culturi specifice ce își pun amprenta asupra stilului lor de negociere și comunicare. Fiecare cultură își are propriile ei valori, tradiții, obiceiuri sau simboluri, și în funcție de acestea putându-se constitui diverse abordări ale procesului de comunicare sau negociere. La masa tratatelor fiecare interlocutor, indiferent pe ce scenă se află, națională sau mondială, vine cu deprinderi, obiceiuri izvorâte din cultura de origine, de care deseori nu este conștient. O astfel de abordare a negocierii cere un alt stil de negociere și aptitudini diferite. Comunicatorii internaționali care au succes, nu uită să aplice maxima „când ești la Roma, fă ca romanii.”

Referințe bibliografice:

- Dicționarul explicativ al limbii române, Ediția a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998
- Dinu, M. : Comunicarea – repere fundamentale, Editura Algos, 2000
- Nedelcu, Elena, Sociologia relațiilor internaționale, Ed. Universitară, București, 2007
- Prutianu, S., Comunicare și negociere în afaceri, Ed. Polirom, Iași, 1998
- Răscanu, Ruxandra, Psihologie și comunicare, Editura Universității din București, 2001
- Scott, B., Arta negocierilor, Ed. Tehnică, București, 1996

STUDIU PRIVIND ASPECTELE SPECIFICE ALE CULTURII POLITICE ROMÂNEȘTI

Denisa-Elena VICIU¹

Abstract:

The theme that I analyzed in this work is a topic of great interest and wide, both for researchers in social sciences, as well as politicians and citizens. I proposed this study because I found the existence of a shortfall in political and civic participation, an acute state of apathy and general social policy environments that I attend. I wanted to find out to what extent this defines the present situation the Romanian political culture. More specifically, I wanted to identify the main characteristics of Romanian political culture specific post – Revolution society.

Hypothesis that I started is that the succes of democracy is closely linked to the development of a participatory political culture, the active involvement of citizens in politics, decision – making processes. The development of democracy in Romania involves developing a political culture based on civic participation, trust, tolerance, cooperation and respect for differences. It also implies the existence of a political class honest, efficient, concerned public interest, open dialogue.

Cuvinte cheie: cultură politică, cultură civică, tipurile de subculturi politice, democrație, societate, cetățeni, participare civică.

1. Introducere

Mi-am propus să elaborez un studiu cu această temă deoarece este de mare actualitate și de larg interes, atât pentru cercetătorii din domeniul științelor sociale, cât și pentru politicieni și cetățeni.

Interesul meu pentru această temă a apărut în urma identificării unui deficit la nivelul participării politico-civice în societatea românească, a unei stări acute și generalizate de apatie politică.

Chiar și tinerii manifestă o indiferență vădită față de viața politică măbind astfel numărul nonparticipativilor, fapt ce riscă să fragilizeze și mai mult procesul democratizării.

Dezvoltarea democrației în România presupune limitarea pasivității, apatiei civice și implicarea tot mai activă a cetățenilor în viața politică, în procesele decizionale.

Printre gânditorii, cercetătorii celebri care au fost preocupați de studiul modelelor de cultură politică i-aș enumera pe următorii: G. Almond și S. Verba, Schmeil, Lucien Pye, C. H. Foster, M. Duverger, Mattei Dogan, Dominique Pelassy, Robert Lane, Russel Newman, ș.a.

În România postrevoluționară au fost realizate studii substanțiale privind patternul de cultură politică de către autori cum ar fi: S. Chelcea, Crăițu Aurelian, Ioan Mihăilescu, Cătălin Zamfir, Sandu Dumitru, Dan Pavel, Constantin Florin, Ovidiu Trăsnea, Mihaela Miroiu, Vladimir Pasti, Vladimir Tismăneanu, Nedelcu Elena ș.a.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

“Termenul de cultură provine din latinescul “colo, colere” care semnifică a lucra pământul, a locui. Sensul lui primar desemna activități agricole fiind vehiculat din secolul XI până în secolul XIX, în paralel cu acceptiunea dată de umanismul renascentist (sec. XVI) de cultură a spiritului.

¹ Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; denysse10@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Elena Nedelcu

Până astăzi, literatura de specialitate a înregistrat un număr mare de semnificații ale acestui termen și un număr și mai mare de definiții: sociologul francez A. Moles susține că ar exista aproximativ 250 de definiții ale culturii.

În limbajul curent, adesea termenul sugerează o formă superioară de artă (operă, teatru, coregrafie etc.) având un sens restrictiv. Se consideră că o persoană este cultă atunci când deține cunoștințe despre arte și este capabilă să facă aprecieri fondate referitoare la creațiile artistice, este rafinată, are gust și bune maniere. Cu alte cuvinte, nu orice om este cult și nu orice produs al activității sale este un act de cultură.²

Acest punct de vedere este împărtășit și de sociologul polonez J. Szczepanski, care ținea să precizeze că “nu toate produsele omului reprezintă cultura lui ci numai cele superioare, produse oarecum dezinteresat, pentru ele însele, deci știința, arta, religia, ideile politice și sociale, obiceiurile nobile – într-un cuvânt, produsele superioare ale spiritului care necesită cultivarea minții, tendința realizării unor scopuri mai înalte decât simpla satisfacere a nevoilor biologice”.³

În vorbirea curentă, cultura este o caracteristică a individului, nu a societății. Majoritatea sociologilor și antropologilor se delimitează de acest înțeles în favoarea unuia mai larg, mai cuprinzător. Astfel, E. F. Tylor (1871) desemna prin cultură “ansamblul

complex al cunoștințelor, credințelor religioase, al artei, moralei, obiceiurilor și al tuturor celorlalte capacități pe care le dobândește omul ca membru al societății”.

“Constatăm că unele definiții pun accentul mai mult pe sensul obiectiv al culturii (cultură materială sau civilizație) iar altele pe sensul subiectiv al culturii (cultură spirituală, cunoștințe, valori, simboluri etc.).”⁴

Wisler ia în calcul multiplele dimensiuni ale culturii, distingând în cadrul ei următoarele trei diviziuni: “trăsături materiale”, “activități sociale” și “idei”.

CULTURA POLITICĂ

“Cu mult înainte ca termenul de “cultură politică” să fi fost inventat, conținutul lui a suscitât un imens interes dar și mai mari controverse.”⁵ Platon, în “Republica”, corela calitatea guvernării cu “dispozițiile” și atitudinile indivizilor. Rolul educației în socializarea politică, respectiv în formarea conștiințelor, atitudinilor, sentimentelor politice, a fost subliniat și de Platon și de Aristotel.

Mai târziu, la începutul veacului al XVI-lea, Machiavelli constată că funcționalitatea instituțiilor democratice depinde, în mod fundamental, de caracterul indivizilor.

Peste două veacuri, Montesquieu explica natura instituțiilor politice ale unui stat, insistând asupra rolului variabilelor sociologice, antropologice și psihologice.

În 1853, Tocqueville, într-o scrisoare adresată lui F. de Corcelle, semnala rolul decisiv al sentimentelor, “înclinațiilor inimii”, credințelor, moravurilor, în modelarea instituțiilor politice. Lucrarea sa “Democrația în America” este o demonstrație seducătoare a rolului culturii politice în asigurarea stabilității sistemului democratic.

La începutul acestui veac, Max Weber face o analiză pertinentă a valorilor și atitudinilor ce-și au originea în religia protestantă, ca principali factori catalizatori ai schimbărilor în structura economică și politică a unei societăți.

Y. Schmeil, Ch. Foster, M. Dogan, Dominique Pellasy, R. D. Putman și Ellis Wildavski, Thomson sunt numai câteva nume care demonstrează importanța deosebită pe care politologii o acordă astăzi acestei teme. Cercetările lor au contribuit semnificativ la clarificarea conceptului de cultură politică, chiar dacă el rămâne în continuare un concept controversat și plin de capcane.

² Nedelcu, Elena, *Sociologia relațiilor internaționale*, Ed. Universitară, București, 2009, p. 46

³ J. Szczepanski, *Noțiuni elementare de sociologie*, Ed. Științifică, București., 1972, p. 61

⁴ Nedelcu, Elena, *Sociologia relațiilor internaționale*, Ed. Universitară, București, 2007, p. 46

⁵ Nedelcu, Elena, *Democrația și cultura civică*, Ed. Paideia, București, 2000, p. 7

Astfel, sociologul francez Maurice Duverger manifestă reticență față de adoptarea acestui concept în științele politice. El susține că “termenii cultură economică, politică, estetică - ar fi îndreptățiți dacă respectivele domenii ar poseda valori proprii, diferite de ale altora. În realitate însă, valorile care se manifestă în aceste domenii nu sunt altceva decât valorile de bază ale societății globale aplicate la un domeniu particular. Se poate vorbi mai degrabă despre aspectele politice ale culturii decât despre cultura politică.”⁶

Chiar și “părinții” culturii politice – respectiv Gabriel Almond, Sidney Verba și Lucien Pye – sesizează anumite dificultăți pe care le creează utilizarea acestui concept. Pe de o parte, ei susțin că au creat acest termen tocmai din nevoia de a evidenția caracterul distinct al sferei politicului, înțelegerea ei ca o subcultură distinctă, cu reguli de comportament și procese de socializare specifice. Pe de altă parte, ei evidențiază nu numai avantajele utilizării acestui concept ci și dificultățile pe care le creează. “Știm că antropologii utilizează termenul de cultură în moduri foarte variate și că introducându-l în vocabularul științei politice, riscăm să importăm atât avantajele cât și ambiguitățile sale”.⁷

În același context, Lucien Pye semnala riscul utilizării termenului în discuție ca explicație salvatoare ori de câte ori analiza politică se află în impas. J. Schmeil preferă utilizarea la plural a termenului care, oricum rămâne o “invenție a antropologilor”.⁸

În concepția sa, singularul este nerelevant pentru că sugerează o cultură politică unică, cu efecte multiple asupra vieții politice dintr-o țară. Termenul de “culturi politice” pe care îl propune, exprimă pluralismul cultural care are însă un factor comun și anume, atitudinea față de regimul politic.

Ce se înțelege prin cultură politică?

În limbajul comun, ea se identifică cu informația politică. Se apreciază că o persoană are cultură politică dacă votează în cunoștință de cauză sau este la curent cu regulile jocului politic.”⁹

În științele politice, termenul a fost utilizat pentru prima oară în 1956 de Gabriel Almond în lucrarea “*Comparative Political System*”. El reia în 1963, împreună cu Sidney Verba, problematica culturii politice în renumita lucrare: “*Cultura Civică*”.

Aici, atrăgând atenția asupra caracterului politic al conținutului culturii mondiale pe cale de a se naște, în mod indirect ei subliniază încă o dată necesitatea utilizării conceptului de cultură politică. “Când vorbim de cultura politică a unei societăți – susțin G. Almond și S. Verba – ne referim la sistemul politic, așa cum a fost internalizat în cunoștințe, sentimente și evaluări ale populației sale (...) Cultura politică a națiunii este “distribuția particulară” a patternurilor din “orientările” către “obiectele politice”, așa cum se realizează acestea între membrii națiunii.”

În concepția autorilor, există trei tipuri de orientări:¹⁰

- a) “orientarea cognitivă”, adică cunoașterea și credința cu privire la sistemul politic;
- b) “orientarea afectivă”, respectiv sentimentele privind sistemul politic;
- c) “orientarea evaluativă” care se referă la judecățile și opiniile cu privire la “obiectele politice”.

În funcție de tipurile de orientări politice existente în diversele țări față de “obiectele politice” (de la sistemul politic în general, până la individ ca actor politic), G. Almond și S. Verba vorbesc despre existența a trei mari tipuri de subculturi politice: parohială, dependentă și participativă. În același timp, ei atenționează asupra caracterului mixt al culturii politice.

⁶ M. Duverger, *Sociologie de la politique*, PUF, Paris, 1973, p., 120, după Elena, Nedelcu, *Democrația și cultura civică*

⁷ G. Almond, S. Verba, *Cultura civică*, Du Style, București, 1996, p. 44

⁸ Y. Schmeil, *Les cultures politiques*, PUF, 1985, vol. XI, p. 279

⁹ Nedelcu, Elena, *Democrația și cultura civică*, Ed. Paideia, București, 2000, p. 9

¹⁰ G. Almond, S. Verba, *Cultura civică*, Ed. Du Style, București, 1996, p. 45

Cultura politică parohială desemnează frecvența zero a orientării politice. Exemplul cel mai relevant este cel al tribunilor care conștientizează vag sau deloc existența guvernului central și a căror viață este în mare parte neafectată de deciziile centrale. Cultura politică parohială este întâlnită în comunitățile în care structura politică este inexistentă, relațiile sociale fiind reglementate prin instrumentul valorilor tradiționale nonpolitice.

Cultura politică (pasivă) dependentă desemnează o frecvență înaltă a orientărilor față de sistemul politic general (sentimente cum ar fi patriotismul) și față de “obiectele de output”(adică punerea în practică a politicilor, fluxul de sus în jos) însă orientări zero în ceea ce privește fluxul de jos în sus și perceperea sistemului în calitate de participant activ. Actorii sociali sunt conștienți de existența sistemului politic dar au un rol pasiv în raport cu acesta. Exemplul cel mai relevant este cel al oamenilor ce trăiesc în regiunile autoritare, în dictaturi unde ei se percep mai mult ca alienați politic, ca intruși decât ca participanți la procesul politic.

Cultura politică participativă se caracterizează prin orientări maxime față de toate “obiectele politice”, în special față de sine ca participant activ la politică. Indivizii sunt conștienți de drepturile și obligațiunile lor politice implicându-se în sfera politică activ și rațional. Participarea lor este fundamentată cognitiv și atitudinal: dispun nu numai de cunoștințe politice ci și de abilități de comunicare, cooperare, negociere.

Una din concluziile cele mai semnificative care se desprinde din analiza comparată pe care au întreprins-o Almond și Verba, o constituie faptul că cele trei subculturi: parohială, dependentă și participativă pot coexista în sânul aceleiași culturi politice. În majoritatea democrațiilor moderne cele trei subculturi în interacțiunea lor constituie componentele culturii politice democratice, cultura participativă ocupând un rol privilegiat în raport cu celelalte două.

Specifică democrațiilor moderne occidentale este combinația pasivă - participativă, caracterizată prin puternice modele de participare politică pe fondul unor obiceiuri tradiționale care impun respect față de lege și loialitate față de structura puterii.

Cu cât dimensiunea participativă a unei culturi politice este mai proeminentă, cu atât sentimentul competenței civice este mai prezent atât la nivelul individului cât și al comunității; invers, când într-o cultură politică componentele parohiale și dependente sunt dominante, sentimentele indivizilor de alienare politică și neîncredere socială sunt tot mai frecvent întâlnite.

În legătură cu evoluția politică viitoare a statelor, Almond și Verba propun o viziune optimistă: “Noua cultură politică mondială – anticipează ei – va fi o cultură politică a participării”. Se subînțelege că tot mai multe state vor alege calea democrației în dezvoltarea lor ulterioară.

CULTURA CIVICĂ

Tipul de cultură politică specific societății democratice este cultura civică. Ea îmbină modernitatea cu tradiția, este “o cultură pluralistă bazată pe comunicare și persuasiune, o cultură a consensului și a diversității, o cultură care a permis schimbarea, moderând-o însă” (G. Almond și Verba).

Autorii mai sus amintiți încearcă să construiască conceptul de cultură civică într-o relativă și parțială opoziție cu, cultura politică parohială și dependentă. În același timp, aparent paradoxal, ei nu identifică cultura civică cu, cultura politică participativă. În concepția lor, cultura civică nu este în mod exclusiv o cultură politică participativă ci o cultură politică mixtă, în care coexistă cele trei tipuri de cultură politică, predominantă fiind însă cea participativă.

Cultura civică nu este același lucru cu educația civică. Educația civică prescrie modul în care cetățenii trebuie să se comporte într-o societate democratică, cuprinde deci normele comportamentului cetățenesc, norme ce subliniază aspectele participative ale culturii politice. Se așteaptă ca cetățeanul să se implice activ și rațional în politică, să fie bine informat și să participe la procesul decizional. Toate aceste caracteristici nu definesc cultura civică, ci cultura politică participativă.

Cultura civică este mai mult decât atât, ea este “o cultură participativă a raționalității (...) în care cultura politică și structura politică sunt în armonie (...). Orientările politice mai tradiționale au tendința de a limita angajamentul individului în raport cu politica și de a-l slăbi. Într-un sens, orientările dependente și parohiale “stăpânesc” sau țin la locul lor orientările politice participative”(G. Almond și Verba).

“În concluzie, cultura civică este o cultură politică echilibrată, în care activitatea politică și raționalitatea sunt echilibrate de pasivitate, tradiționalitate și angajament față de valorile parohiale. Cultura civică este o combinație între cultura modernistă și cea tradiționalistă, o cultură pluralistă bazată pe informație și persuasiune, pe dialog, pe consens și pluralism, pe diversitate și toleranță, care permite și încurajează schimbarea, temperându-i excesele. Ea caracterizează acea societate în care există un număr mare de indivizi care participă activ la viața publică. Ei dețin informații politice relevante, acționează rațional, conștientizează drepturile și libertățile lor și cooperează în vederea realizării intereselor comune. Cetățenii dezvoltă sentimentul unei competențe civice subiective, al încrederii în abilitățile lor politice și decizionale.

În societățile în care încrederea cetățenilor în capacitatea lor de a influența guvernământul este mare și gradul lor de implicare în procesul politic este mare. Simplul fapt că cetățenii cred în mitul democrației deschide calea participării. Cetățenii care nu cred în acest mit, de regulă se implică mai puțin în viața social-politică, sunt mai pasivi, inerti, apatici.”¹¹

În literatura de specialitate, pe lângă conceptele de “cultură politică” și “cultură civică”, este vehiculat și conceptul de “cultură politico - administrativă”, într-un înțeles care se diferențiază fără însă a-l opune celor dintâi. În concepția lui Yves Meny, conceptul de cultură politico - administrativă se referă la un ansamblu de norme și valori produse de o societate dată și care pot fi în contradicție cu normele și valorile afișate de respectivul sistem. Contradicțiile dintre valorile oficiale și cele efectiv practicate susține el, dovedesc capacitatea democrației de a se autocorecta și importanța culturii politice

pentru populație care nu admite pe termen lung coruperea principiilor democrației. Exemple concludente în acest sens le oferă Italia postbelică și perioada Mac Carthista în SUA. Democrația nu este un sistem perfect, lipsit complet de erori. Superioritatea democrației constă în capacitatea ei de a sesiza și corecta erorile cu ajutorul culturii civice.

Cultura politică românească vs. cultura politică europeană

“Evoluția democratică a societății românești, succesul reformelor economice și social - politice presupun implicarea activă și competență a cetățenilor în viața politică. Pe de altă parte, participarea competentă este condiționată de informare politică corectă și consecventă a cetățenilor, precum și de existența disponibilității lor la dialog.

Societatea românească se confruntă însă cu insuficiența informării politice, curaj al opiniei, frecvente blocaje de comunicare între cetățeni, între aceștia și elitele guvernamentale, fapte constatate deopotrivă de presă, analiști politici și cetățeni. În continuare, să vedem în ce măsură românii conștientizează politica, sunt orientați cognitiv către puterea de stat (executivă, legislativă, juridică), acordă importanță guvernării locale și naționale.

Pentru aceasta, să cercetăm modelele de cunoaștere politică românească pe următoarele trei dimensiuni.”¹²

- 1) deținerea de informații politice și disponibilitatea de a dialoga, de a opta și susține un anumit punct de vedere;
- 2) importanța atribuită guvernării naționale și locale;
- 3) conștientizarea politică.

În privința informației politice, rezultatele cercetării arată că deși majoritatea

¹¹ Nedelcu, Elena, *Democrația și cultura civică*, Ed. Paideia, București, 2000, p. 13

¹² Elena Nedelcu, *Democrația și cultura civică*, Ed. Paideia, București, 2000, p.81

populației reușește să identifice partide și lideri politici, există un deficit considerabil în privința cunoașterii conținutului reformei și obligațiilor civice, a înțelesului termenilor de toleranță și democrație și a formelor legale de protest. Un procent considerabil de cetățeni nu dețin informații politice elementare în vederea participării la viața politică.

Pe de altă parte, observăm – din datele cercetării – că românii, în mare parte, comparativ cu situația reală existentă, au o părere bună despre nivelul lor de cunoaștere politică, se supraestimează cognitiv. Altfel spus, performanțele cognitive subiective le depășesc cu mult pe cele reale, atâta vreme cât, deși 77% din intervievați declară cunoașterea programului de reformă, doar 47,5% dintre ei reușesc să identifice două din măsurile pe care acesta le prevede.

Românii au o mai mare preferință pentru întrebările de opinie decât pentru cele cognitive, de informație. Ei se simt mai confortabil atunci când sunt solicitați să-și exprime părerea personală decât atunci când sunt invitați să-și probeze competența cognitivă. O parte din subiecți, deși declară că nu au cunoștințe politice (17,5%) își exprimă opiniile cu privire la direcțiile în care se îndreaptă țara la efectele politicii economice. Se pare că disponibilitățile la dialog ale românilor (atunci când sunt solicitați) sunt mai mari decât competențele lor cognitive.

În majoritatea cazurilor ei atribuie o importanță mare (54,8%) și medie (28,3%) guvernării la nivel local și național, cunosc structurile guvernamentale și conștientizează impactul guvernării asupra vieții lor cotidiene.

Românii apreciază că guvernarea națională are o mai mare importanță pentru viața lor decât cea locală, distanțându-se astfel de cetățenii din țările cu o democrație stabilă (Franța, Anglia, SUA, etc.), care susțin exact contrariul. În mod normal, cetățenii ar trebui să simtă că autoritățile locale le influențează mai mult și mai direct viața de zi cu zi decât cele naționale, dar lucrurile nu stau așa.

Nivelul cunoașterii politice este în strânsă conexiune cu interesul pentru informațiile politice, pentru monitorizarea informațiilor politice, prin intermediul mediilor. Cea mai mare parte a românilor urmăresc știrile „din când în când” – 65,1% - și 29,1% „cu regularitate”. O bună informare politică presupune însă consultarea mai

multor surse informaționale ceea ce nu se întâmplă, decât în cazul unui mic segment de populație, doar 4% din populație este abonată la 2 publicații și doar 1% la 3 sau mai multe.

Majoritatea populației (66%) apelează doar la o sursă pentru a se informa politic, aceea fiind televizorul, fiind astfel ușor manevrabilă informațional.

Performanțele în domeniul cunoașterii politice cresc odată cu educația, cu nivelul studiilor absolvite: subiecții cu studii superioare identifică într-o măsură mult mai mare decât ceilalți măsurile prevăzute de reformă și monitorizează într-o măsură mult mai mare evenimentele politice.

Atitudini, sentimente, așteptări față de sistemul politic

“În privința atitudinii față de sistemul politic, rezultatele cercetării scot în evidență lipsa de mândrie națională a majorității populației investigate. În măsura în care românii au vreo mândrie națională ea se leagă de frumusețile și bogățiile naturale ale țării și nu de sistemul politic sau de economia țării. Deși 94,2% din intervievați declară că urmăresc știrile politice, 83,1% sunt conștienți de importanța guvernării naționale, doar 4% susțin că sunt mândri de instituțiile politice. În concluzie, lipsa afectului față de sistemul politic nu se datorează lipsei de orientare cognitivă a cetățenilor ci, mai degrabă, neîncrederii în guvernanți, în capacitatea lor politică, morală, organizatorică.”¹³ Cu toate că nici atributele non - politice ale națiunii (cum ar fi istoria neamului, tradițiile, caracterul oamenilor) nu dețin o cotă ridicată de adevăr, românii se mândresc într-o mai mare măsură cu caracterul oamenilor (19,2%) decât cu instituțiile politice (4%). Putem spune deci că imaginea de sine a cetățeanului este, în orice caz, mai bună decât imaginea sa despre guvernanți.

În privința încrederii în Justiție, dacă în vechile state membre ale UE ea este de 52%, în România și în țările care au aderat anul trecut este doar de 26%. Încrederea în

¹³ Elena Nedelcu, *Democrația și cultura civică*, Ed. Paideia, 2000

partidele politice este mică și în rândul țărilor membre ale UE. Pentru România partidele politice sunt pe ultimul loc în ierarhia de încredere a cetățenilor¹⁴.

În timp ce în țările cu tradiție democratică sentimentul mândriei naționale crește odată cu nivelul educațional, în România, mândria față de caracterul oamenilor, legislația socială și relațiile internaționale scade pe măsură ce nivelul educațional crește.

Populația cu educație înaltă manifestă, de regulă, sentimente de mândrie față de contribuțiile științifice ale țării. În raport cu instituțiile politice, cota adeziunilor, și în acest caz este foarte redusă (7,7%), dar ceva mai ridicată față de nivelele educaționale inferioare (5,6%).

Lipsa mândriei naționale la români este strâns legată de sentimentele și așteptările negative față de autoritățile guvernamentale. Românii nu se așteaptă nici la un tratament corect nici respectuos din partea reprezentanților aleși și ai poliției.

O parte importantă a celor care urmăresc știrile politice și conștientizează impactul politicii asupra vieții lor, au o atitudine negativă, de neîncredere față de funcționarii guvernamentali și față de corpul politic.

Acest lucru demonstrează faptul că așteptările și sentimentele negative ale cetățenilor nu se datorează atât slabei lor informări politice și conștientizării a importanței activității de guvernare, cât, mai ales, neîncrederii în moralitatea și profesionalismul elitelor guvernamentale. Doar 7,3% din cetățeni consideră că guvernarea îi tratează corect și cu respectul cuvenit, ori în aceste condiții, cum ar putea fi ei mândrii de instituțiile politice ?

Pe de altă parte, faptul că românii nu se așteaptă la un tratament corect și respectuos din partea guvernanților și a poliției se explică nu numai prin comportamentul efectiv pe care aceștia din urmă îl adoptă în relațiile cu cetățenii.

El sugerează în același timp, nonimplicarea cetățenilor în viața politică, acceptarea rolului de dependență, de obediență față de sistemul politic. Românii nu și-au asimilat încă rolul de subiect în relațiile cu autoritățile.

Se constată de asemenea că, românii, independent de nivelul educațional parcurs, indiferent de sex, profesie, vârstă, manifestă o atitudine nefavorabilă față de guvernanți și poliție. Mai mult chiar, populația cu studii superioare înregistrează cea mai înaltă cotă a atitudinilor nefavorabile față de poliție.

La polul opus, în țările europene cu veche tradiție democratică, 88% din cetățenii cu studii superioare se așteaptă la tratament egal și la considerații din partea guvernanților.

În ceea ce privește comunicarea politică, deși majoritatea populației declară că discută politică (85,6%) fie frecvent, fie uneori, un procent foarte important (54,5%) o face doar cu persoanele demne de încredere, respectiv familia și prietenii.

Dacă 14,5% nu discută politică și 54,5% o fac doar cu cei apropiați, înseamnă că situația comunicării politice în societatea românească încă nu este satisfăcătoare. Există și azi un procent important de subiecți care se simt limitați în comunicarea politică fie datorită perpetuării stării de suspiciune ce a caracterizat regimul trecut, fie ca rezultat al tendințelor de politizare instituțională, fie datorită caracteristicilor individuale.

Pe de altă parte, nu putem să nu remarcăm un anumit progres realizat în planul comunicării politice de actuala societate românească: libertatea mediilor, diminuarea controlului de stat asupra societății, descentralizarea vieții social - politice, etc., sunt incontestabile dovezi ale acestui progres.

Datorie, competență și participare civică

Aceste variabile se află în strânsă legătură cu modul în care subiecții au relaționat cu autoritatea în familie, școală, societate.

¹⁴ Concluziile Eurobarometrului de Opinie Publică, efectuat la cererea Comisiei Europene în cele 25 de state membre ale UE și în cele 4 state candidate: România, Bulgaria, Croația și Turcia.

Un studiu realizat în 2000 de către Elena Nedelcu arată că 55,3% din subiecții intervievați au avut, în perioada adolescenței, o influență mare asupra deciziilor luate în familie. Pe de altă parte, un procent mare de interlocutori, respectiv 40,7 % susțin fie că nu au avut nici o influență, fie că influența lor a fost mică în ceea ce privește luarea deciziilor în familie.

Din relatările subiecților deducem că în 40,7 % din cazuri, familia nu a încurajat participarea liberă a copiilor la luarea deciziilor, perpetuând modelul autoritar al relațiilor în familie, învățându-l pe copil mai mult să se supună, să se subordoneze, decât să se implice cu responsabilitate în luarea deciziilor, pregătindu-i în mod indirect pentru adoptarea unui comportament politic obedient, dependent.

Același studiu indică faptul că 59,8 % din subiecți afirmă că școala nu le-a oferit posibilitatea să se plângă în situația unui tratament nedrept. Ei susțin că era în avantajul copilului să nu riposteze în situația în care era victima unui tratament nedrept pentru că, în timp ce obediința era “premiată”, riposta era sancționată. Elevul sancționat pe nedrept, dacă se revolta, risca să primească o nouă pedeapsă, poate mai grea decât prima, sau în cel mai bun caz era ignorat.

Putem deduce că, în percepția majorității subiecților, pattern-ul autorității în familie era mai democrat decât cel al autorității în școală.

Dacă 70% din subiecți opinau că în familie aveau dreptul să se plângă dacă se simțeau nedreptățiți, doar 38% din subiecți au susținut că s-au bucurat de această libertate și în școală. Relațiile profesori - elevi sunt percepute ca nondemocratice, coercitive de către majoritatea subiecților.

Neexersarea dialogului pe probleme politice în școală este apreciată de majoritatea subiecților ca fiind o deficiență majoră a școlii românești. De aceea, ei propun în proporție de 80,1% introducerea în învățământul românesc a unei discipline care să le permită dezbaterăa unor probleme privind stăutul de drept, democrația, drepturile omului.

În privința patternului autorității la locul de muncă, 51,1% din interlocutori susțin că sunt consultați cu privire la deciziile luate la locul de muncă cel puțin din când în când, iar 25,0% foarte rar sau niciodată. Se observă deci, că patternul autorității la locul de muncă este mai democrat decât cel din școală: procentul celor care declară că sunt consultați este dublu față de procentul celor care susțin contrariul.

Desigur că oportunitatea participării diferă de la un status ocupațional la altul. Cu cât statusul ocupațional este mai înalt, cu atât este mai mare probabilitatea ca individul să fie consultat în procesul decizional.

Din relatările subiecților deducem că ei se simt mai îndreptățiți și abilitați să participe la luarea unei decizii la vârsta adultă. Având acest sentiment, probabilitatea ca ei să încerce să participe activ la viața profesională crește. Participând la luarea deciziei la locul de muncă, ei se vor simți mai capabili să se implice în viața politică.

Pe de altă parte, trebuie să se remarce faptul că viziunea subiecților asupra pattern-ului autorității în familie, școală, loc de muncă diferă în funcție de nivelul educațional.

Datele furnizate de cercetare evidențiază faptul că subiecții cu înaltă educație beneficiază de oportunități de participare privind viața familiei, problemele școlii și ale locului de muncă într-o măsură mai mare decât ceilalți.

În continuare voi analiza măsura în care românii se simt datori și competenți civic. (Elena Nedelcu, Democrația și cultura civică)

Sunt ei la fel preocupați de politică ca și de problemele financiare sau familiale ?

Majoritatea românilor (66%) cred că obligațiile lor civice constau în conformarea la sistemul politic, în respectarea Constituției și legislației, a sistemului politic așa cum sunt ele. Dintre aceștia, un procent important (18%) confundă obligațiile civice cu cele morale. În concepția lor a fi cinstit, corect și a-ți îndeplini sarcinile de serviciu constituie singura datorie pe care cetățeanul o are față de propria-i țară.

Predilecția spre răspunsuri generale, golite de conținut, spre utilizarea limbajului de lemn, a sloganurilor (de ex: „Datoria civică constă în a iubi și a fi sincer cu țara în tranziție”) este evidentă pentru un segment important din populație.

Se constată o cotă joasă a identificării obligațiilor civice concrete, precise, cum ar fi plata taxelor către stat (1% adeziuni), participarea la vot (2,6%), îndeplinirea serviciului militar (3%), situație care în planul practicii sociale o regăsim sub forma evaziunii fiscale, scăderii participării la vot și creșterii numărului de cazuri de neîndeplinire a serviciului militar.

În concluzie, cetățenii, în majoritatea cazurilor sunt adepții obligațiilor civice pasive, de conformare la sistemul politic și legislativ nepropunându-și participarea la elaborarea legilor, la schimbarea lor atunci când este cazul, la monitorizarea modului în care sunt cheltuiți banii publici, a modului în care guvernanții își îndeplinesc mandatul.

Doar 3,6% din populația interviuată a inclus în cadrul obligațiilor cetățenești și pe cele activ-participative, fapt ce relevă încă odată situația de supus dependent în care se complăce majoritatea cetățenilor.

Pe de altă parte, sentimentul datoriei civice pasive se cuplează cu un anemic sentiment al competenței civice în cele mai multe cazuri. Cei mai mulți români (79,7%) se simt lipsiți de competență civică de vreme ce consideră că în situația unei reglementări nedrepte fie nu pot întreprinde nimic (51,2%), fie nu știu ce să facă (28,5%).

Românii cred că oricât de injuste ar fi deciziile guvernanților, ei nu li se pot opune și dacă ar încerca totuși, nu ar avea decât o mică șansă de reușită. (E. Nedelcu, 2006).

Prin contrast, în țările cu democrații stabile (S.U.A, Anglia, Franța) peste 65% dintre cetățeni se simt competenți civic și protestează în cazul unor decizii guvernamentale injuste.

Este simptomatic faptul că, din procentul și așa destul de mic al celor care cred că s-ar putea opune unor măsuri nedrepte, un procent și mai mic consideră că o pot face solidarizându-se cu alții.

Astfel, doar 4,9% din români susțin că și-ar exprima nemulțumirea față de o reglementare nedreaptă luată la nivel local, făcând apel la organizațiile din care fac parte sau la alți concetățeni și doar 9% vor proceda la fel în situația unei injustiții la nivel național.

Sentimentul competenței civice este și mai redus decât cel al datoriei civice. Populația crede într-un procent mai mare că trebuie să participe activ la viața politică (72,2%) decât că poate s-o face, că deține abilitățile necesare și că ar avea și șanse de reușită (17,7%). Faptul că mai mulți cetățeni cred în necesitatea participării decât în posibilitatea de a influența deciziile politice indică existența unei stări de nemulțumire politică ce caracterizează un procent important de populație.

Revenind la modalitățile de protest pentru care românii optează subliniem faptul că doar un mic segment de populație (maximum 9,2%) înclină să ceară sprijin organizațiilor formale, să se ralieze cu alții în vederea soluționării unei probleme politice, fapt ce este simptomatic pentru nivelul încrederii și solidarității sociale, pentru frecvența comportamentelor cooperante în situația de stres politic.

Competența civică subiectivă este strâns legată de cunoașterea și acceptarea strategiilor de influențare a deciziilor politice. O parte importantă din populație (30%) nu cunoaște care sunt procedeele legale prin care poate controla și influența decizia politică. O altă parte, deși le cunoaște, nu le utilizează fie de teamă, fie din lipsa de inițiativă. După decenii întregi de supunere și execuție, practicarea liberei inițiative devine dificilă și disconfortantă pentru o parte semnificativă a populației.

Slaba inițiativă politică este legată și de respingerea de către o parte considerabilă a populației a unor procedee legale de protest. Sunt percepute negativ, ca inacceptabile, următoarele strategii de influențare a deciziei politice: participarea la grevă (36% din populația interviuată), participarea la o manifestație (27%), înscrierea într-o asociație (25%), semnarea unei petiții de protest (15%).

Este puțin probabil ca cei care gândesc astfel să încerce să influențeze decizia politică utilizând aceste proceduri. În același timp, perpetuarea unor astfel de mentalități poate frâna sau îngreuna procesul democratizării.

Se constată că populația care a beneficiat de studii superioare manifestă un mai puternic sentiment al competenței civice, sunt mai optimiști în privința capacității lor de a riposta față de o decizie politică injustă.

Au această credință 30,2% din subiecții cu studii superioare față de doar 7% din subiecții cu studii gimnaziale. Explicația poate consta în faptul că cei dintâi conștienți de performanțele lor cognitive, de nivelul informației politice deținute se simt mai capabili să participe la viața politică decât ceilalți.

Pe de altă parte însă, constatăm că diferențele mari existente între performanțele cognitive ale populației pe cele patru nivele educaționale nu se transpun în diferențe la fel de mari și în privința competenței civice percepute.

O parte importantă a populației cu studii superioare (69,8%) se autopercepe incapabilă să influențeze decizia politică, fapt ce evidențiază neîncrederea în posibilitățile reale de participare politică și nu neîncrederea în propriile capacități de implicare.

Cei care cred că este de datoria lor să participe, cred că au abilitățile necesare participării, dar că nu au nici o șansă de reușită sau una foarte mică, reprezintă categoria cea mai nemulțumită politic, care are sentimentul alienării politice.

Sentimentul incapacității de a influența decizia politică se află într-o relație de interdependență reciprocă cu valorile joase ale încrederii, cooperării și solidarității sociale. În afara activității profesionale și a familiei, majoritatea românilor sunt interesați de călătorii și agrement și într-o măsură mai mică de activitățile caritabile și religioase. Remarcăm, preferința unui segment important din populație pentru acțiuni în care cooperarea este simplă, lipsită de angajamente ferme și de riscuri mari, unde relațiile se fac și se desfac cu ușurință. (Înclinația spre activități civice, politice este redusă).

Decât să interacționeze în cadrul unor organizații civice, social-politice, românii preferă activitățile de loisir, adică acele activități care nu presupun asumarea unor mari responsabilități, efort de cooperare, perseverență și seriozitate în asumarea rolurilor sociale. Această stare de lucruri reflectă și în aceeași măsură întreține pe scară largă un sentiment de neîncredere socială și chiar de insecuritate.

La rândul ei, neîncrederea socială limitează sau chiar obstrucționează tendința spre organizare și afiliere. Dacă insatisfacția politică și nemulțumirile economice, financiare s-ar cupla cu un puternic sentiment al încrederii sociale, cu siguranță că, tendința spre asociere politico-civică ar cunoaște o creștere semnificativă.

Pe de altă parte se observă că încrederea socială scade odată cu creșterea nivelului educațional. Sentimentul de suspiciune, de alienare politică este mai prezent la populația care a absolvit o școală postliceală sau o universitate, situație contrară celei existente în țările cu tradiție democratică.

Tinerii având un nivel mai înalt al aspirațiilor sunt mai dezamăgiți, se simt mai înșelați în așteptările lor decât celelalte categorii de vârstă, ei înregistrând cea mai joasă cotă a încrederii sociale.

Cercetări sociologice contemporane arată că occidentalii tind să fie mai pozitivi în privința încrederii sociale, a cordialității mediului uman. Valorile încrederii sunt semnificativ mai mari în cazul subiecților cu standarde educaționale și economice înalte.

În strânsă legătură cu nivelul încrederii sociale se află și nivelul afilierii organizaționale. Actuala societate românească se caracterizează printr-o cotă joasă a afilierii organizaționale a membrilor săi: 79,4% din populația interviuată nu face parte din nici o organizație.

Interesul pentru activarea în organizații politice și civice este extrem de redus: 3,6% din subiecți declară că fac parte din organizații politice și 2,2% din organizații civice. Mai mult decât atât, chiar și aceștia de pe urmă recunosc că nu participă efectiv la decizia politică nici la nivel local, nici la nivel național, de vreme ce susțin fie că organizațiile din care fac parte nu se implică în

problemele politice controversate, fie că nu știu dacă o fac sau nu. Acest lucru reflectă faptul că participarea lor în respectivele organizații este pur formală.

Fie că se mulțumesc cu rolul de membru pasiv și țin la acest statut confortabil, fie că stilul de conducere și modul de organizare a asociației din care fac parte nu le permite decât o participare formală.

Asemenea situației existente în țările europene cu tradiție democratică, în România, apartenența organizațională crește progresiv, de la nivelele educaționale inferioare, la nivelele educaționale superioare: absolvenții de licee și de universități activează în organizații politice și civice într-un procent mai mare decât absolvenții de școli generale și profesionale; doar 1,4% din subiecții cu studii gimnaziale aparțin unor organizații, în timp ce 4,9% din subiecții cu studii superioare se află în această situație.

Pe de altă parte, observăm că, populația afiliată organizațional afirmă, într-o proporție mai mare – comparativ cu cei neafiliați – că discută, dezbate probleme politice.

Afilieră creează deci premisele și stimulează dialogul politic. În același timp, ea susține și dezvoltă la membrii săi sentimentul competenței civice.

Membrii în organizații sunt mai optimiști, au mai multă încredere în politica guvernamentală decât nemembrii. De asemenea, ei sunt mai înclinați să-ți exprime opiniile în legătură cu diversele probleme politice înregistrând un procent extrem de redus de non-răspunsuri. Consideră – într-un procent mai mare decât non-membrii – că guvernarea acordă atenție sugestiilor primite de la cetățeni și că, în situația unei reglementări locale sau naționale injuste pot riposta având șanse de reușită. Ei declară într-un procent mai mare decât nemembrii, că au participat efectiv la acțiuni de protest, că au încercat să influențeze decizia politică.

În concluzie, membrii în organizații în general și în organizațiile politico-civile în special dețin într-o măsură mai mare calitățile cetățeanului democrat comparativ cu nemembrii.

Constatăm că, deși membrii în organizații sunt mai activi în viața social-politică decât nemembrii, există un procent foarte mare de membrii (75,8%) care nu au participat niciodată la o acțiune de protest, care n-au întreprins nimic pentru corectarea unei decizii politice injuste. Putem spune, deci, că majoritatea membrilor afiliați joacă un rol pasiv în organizațiile din care fac parte.

Apartenența organizațională a influențat creșterea competenței civice subiective doar la aproximativ $\frac{1}{2}$ din membrii și a gradului de participare politică doar la aproximativ $\frac{1}{4}$ din membrii afiliați. O explicație a acestei stări de fapt o constituie perpetuarea în cadrul noilor organizații a unor stiluri de conducere perimate, bazate pe dependență și coerciție.

Cea mai mare parte din „noile” organizații, ori nu permit, ori nu încurajează inițiativa membrilor săi, participarea lor la soluționarea problemelor fundamentale ale organizației. Stilul autoritar de conducere, distanțele mari dintre centrele de putere și membrii, înăbușă inițiativa celor de pe urmă rezervându-le rolul de participanți pasivi. Prin această stare de fapt ne distanțăm considerabil de țările europene cu democrație consolidată. Aici, tipul dominant de cultură politică este cel participativ.

Ținând cont de faptul că majoritatea cetățenilor manifestă un fragil sentiment al competenței civice, nu este afiliată organizațional și nu participă activ la viața politică putem afirma că tipul dominant de cultură politică este cultura dependentă, în cadrul căreia actorii sociali sunt conștienți de existența sistemului politic, dar au un rol pasiv în raport cu acesta.

3. Concluzii

„Ca membru al U.E. România trebuie să depună un efort de sincronizare - armonizare nu numai cu sistemul economic și legislativ ci și cu pattern-ul culturii politice europene. Fără o cultură politică dominant participativă, fără implicarea cetățenilor în influențarea și controlul deciziei politice „europenizarea” societății românești este greu de conceput.

În aceste condiții, corpul politic, guvernării ar trebui să dovedească o conștiință politică superioară stimulând implicarea și exigențele cetățenilor față de activitatea politică”.(Elena Nedelcu, Integrarea europeană și cultura politică românească, lex et scientia, 2006)

Studiile și cercetările sociologice realizate în România evidențiază existența unei insuficiente informări politice, a unui fragil sentiment al competenței civice, unor cote joase ale afilierii organizaționale, ale încrederii sociale și mândriei naționale. Având în vedere caracteristicile de mai sus, am putea afirma că tipul dominant de cultură politică este cultura dependentă, în cadrul căreia actorii sociali sunt conștienți de existența și importanța sistemului politic, dar au un rol predominant pasiv în raport cu acesta.

O societate democratică presupune participarea membrilor săi la conducere, la elaborarea și aplicarea deciziilor.

Prin participarea activă la viața socială contribuim la consolidarea democrației și la satisfacerea nevoii de apartenență și identificare cu universul social căruia îi aparținem. Participarea, implicarea cetățenilor în viața politică presupune însă existența unui nivel ridicat al încrederii sociale, al încrederii în autorități, instituții și guvernanți. Cetățenii ar trebui să creadă în posibilitatea rezolvării problemelor socio - politice și să nu ezite să se adreseze instituțiilor publice, politice ori de cate ori este necesar.

România are nevoie de o cultură politică civică, bazată pe participare, încredere, toleranță, cooperare dar și de respectarea diferențelor. Are nevoie de o clasă politică onestă (necoruptă), eficientă, preocupată de interesul public, deschisă dialogului.

Referințe bibliografice:

- Almond, Gabriel, Verba, Sidney, *Cultura civică*, Ed. Du Style, București, 1996.
- Duverger, Maurice, *Sociologie de la politique*, PUF, Paris, 1973, după Elena Nedelcu, *Democrația și cultura civică*.
- Nedelcu, Elena, *Democrația și cultura civică*, Ed. Paideia, București, 2000.
- Nedelcu, Elena, *Sociologia relațiilor internaționale*, Ed. Universitară, București, 2009.
- Nedelcu, Elena, *Tendențele integrative ale culturii civice în era globalizării*, INTED 2009, Valencia.
- Szczepanski, Jan, *Noțiuni elementare de sociologie*, Ed. Stiințifică, București, 1972.

NE MAI DORIM HEGEMONIA AMERICANĂ?

Marius DINCĂ*

Abstract

Nu suntem doar într-o criză economică. Asistăm la o criză de identitate mondială în care se contestă însăși natura sistemului internațional. Iar actualul sistem este gândit după chipul și asemanarea Statelor Unite ale Americii. Hegemonul mondial. Lucrarea de față își propune să analizeze actualul sistem internațional prin prisma contestării hegemoniei americane, concluzia fiind una pro status-quo. În prima parte a lucrării voi face o analiză a ultimilor 20 de ani de hegemonie americană. Analiza mea va fi bazată atât pe conceptele teoriilor realiste cât și cele liberale. Apoi voi rememora momentele cheie ale contestării hegemoniei americane, pe baza teoriei critice și a teoriei supraextinderii imperiale. Analiza va sublinia conflictele militare în care a fost implicată SUA de la terminarea Războiului Rece și influența lor de-civilizatoare asupra relațiilor internaționale. În ultima parte voi încerca să evoc riscurile răsturnării actualei ordini mondiale, făcând o paralelă cu perioada interbelică. Astfel datorită slăbiri influenței SUA și pe fondul crizei economice actuale putem găsi justificarea unor regimuri totalitare și o efervescentă a naționalismului, care a marcat deasemeni și perioada dintre Marea Depresiune Economică și al Doilea Război Mondial. Concluzia care se va desprinde în final, va încerca să argumenteze un răspuns favorabil titlului acestei lucrări.

Cuvinte cheie: hegemonie, USA, global, tranziție, provocări

Introducere

Prima dovada că SUA a devenit un hegemon regional a fost câștigarea războiului hispano-american în 1898, obținând controlul asupra Cubei, Filipinelor, Insulelor Guam și Puerto Rico. Aveau deja cea mai puternică economie din lume și obținuseră clar hegemonia în emisfera vestică. SUA a avut încă din secolul XIX, convingerea că are un destin divin de a aduce în lume demnitate morală, egalitate și libertate. După cel de Al Doilea Război Mondial, odată cu victoria împotriva Germaniei și Japoniei, și pe fondul epuizării Marii Britanii și Rusiei, SUA reclamă hegemonia mondială. În ultimii 100 de ani SUA a avut constant cel mai mare PIB și este de zeci de ani, incontestabil, cea mai mare putere militară: terestră, maritimă și aeriană. A devenit de asemenea un lider cultural și tehnologic. Are încheiate cele mai multe tratate bilaterale și internaționale, și este principalul inițiator al organizațiilor internaționale politice și economice – pentru care contribuie financiar în cea mai mare măsură. Este un partizan al democrației, al libertății politice și al drepturilor garantate constituțional.

1. Sfârșitul Războiului Rece

După 1990 lumea a trăit un moment de hegemonie americană categorică. Atât de categorică încât au fost voci care s-au grăbit să anunțe „sfârșitul istoriei” (Fukuyama, 1992). Liberalismul prin Fukuyama a declamat triumful „statului ideal”. Prăbușirea Uniunii Sovietice a demonstrat că democrația liberală al cărei stindard este SUA, nu are nici un competitor ideologic serios (Scott Burchill, 2008, pag72). Și mai presus de toate această tranziție a fost una pașnică, așa cum doctrinele liberale au propovăduit întotdeauna că ar trebui să fie și lumea în care trăim. Iar victoria nu a fost una care poate fi demonstrată de realiști în termeni de putere. Forțele militare ale celor două superputeri nu au ajuns la confruntări.

Se împlineau astfel dezideratele idealiştilor din perioada interbelică, care și-au pus speranțele de pace în Liga Națiunilor. Și care în urma experienței dureroase a Primului Război Mondial, având sprijinul președintelui SUA, Woodrow Wilson au pus bazele primei structuri formale a unei

* Masterand, Școala Națională de Studii Politice și Administrative, București (dincamr@gmail.com).

comunității a națiunilor. O organizație care să gestioneze relațiile dintre state și să răspundă nevoi de armonizare a intereselor așa cum vedeau lumea internaționalistii liberali.

Spre deosebire de acel moment, când senatul SUA a ales să nu ratifice Convenția Ligii Națiunilor, sfârșitul Războiului Rece este un moment de maxim al politicii externe liberale americane. Marea majoritate a organizațiilor mondiale politice și economice își desfășoară activitatea sub oblăduirea SUA. Sediul Organizației Națiunilor Unite este la New York și principalul contributor la bugetul organizației este SUA. La inițiativa Statelor Unite, sa elaborat în cadrul Conferinței de la Geneva din Octombrie 1947, la care au participat 23 de state, un acord comercial multilateral cunoscut sub denumirea de G.A.T.T. (General Agreement of Tariffs and Trade), care din 1995 a devenit WTO (World Trade Organisation – Organizația Mondială a Comerțului). Datorită negocierilor din G.A.T.T., taxele vamale și alte bariere în calea comerțului au fost diminuate, ceea ce a contribuit la accelerarea schimburilor comerciale internaționale și la adoptarea, pentru prima dată, de către guverne a strategiilor de creștere economică în condițiile unei economii deschise.

Victoria SUA în acest Război Rece, este o victorie liberală, în care economia liberului schimb a demonstrat că promovează cel mai bine „bunăstarea tuturor printr-o alocare mai eficientă a resurselor rare în cadrul societății” (Scott Burchill, 2008, pag71). Uniunea Sovietică nu a făcut față acestei presiuni internaționalist liberale și a acceptat democratizarea sa și a țărilor din sfera ei de influență.

Iată că vine însă Josh Mearcheimer, care ne spune că tocmai sfârșitul Războiului Rece este cea mai buna dovadă a incertitudinii permanente care ne înconjoară și a nevoi suplimentare de securitate pentru asigurarea supraviețuirii. Se confirmă anarhia mediului internațional în care toate statele urmăresc rațional propriile interese. Și SUA a urmat întocmai percepțiile realismului ofensiv. Niciodată nu poți ști câtă putere este necesară, astfel cel mai bun mod de a îți asigura supraviețuirea este să încerci obținerea hegemoniei, ceea ce SUA a și făcut, și să elimini orice posibilitate ca o altă mare putere să te conteste, ceea ce iarăși s-a întâmplat la sfârșitul Războiului Rece prin destrămarea URSS.

1.1 Războiul din Irak 1990 – 1991. Și a venit primul moment propice pentru Statele Unite de a confirma hegemonia, inclusiv cea militară. Invadarea Kuweit-ului de către Irak în 1991. John Mearsheimer publică în New York Times un articol controversat în care invocă o reacție amplă și rapidă a armatei SUA, care să conducă la o victorie decisivă și toate astea cu mai puțin de 1000 de victime în rândul soldaților americani. Aceste previziuni erau contrazise de marea majoritate a analiștilor vremii, care vedeau un razboi pe o perioadă de minim 4 luni, cu mii de victime.

Argumentele lui Mearsheimer erau toate raționale, legate de realitatea din teren. Armata irakiană era insuficient antrenată și echipata, nepregătită pentru a face față tactic și tehnologic din toate punctele de vedere. Și toate predicțiile au fost confirmate pe parcursul războiului.

Si SUA a dovedit că nu va tolera sfidarea solicitărilor sale, amenințarea stabilității politice și a livrărilor de petrol din Golf sau încercări de răsturnare a ordinii internaționale. Ca putere dominantă a sistemului internațional, SUA va acționa pentru protejarea stabilității din sistem și de asemenea pentru a asigura perpetuarea propriei sale pre-eminente. Războiul din Golf a dovedit atât supremația SUA în sistemul internațional cât și urmărirea propriilor interese, în acord cu percepțiile teoriei realiste.

Nici liberalii însă nu au ezitat să considere războiul din Irak, prima intervenție militară din istorie în acord cu teoriile liberale și o demonstrație a validității acestora. Invadarea Kuweit-ului a fost urmată imediat de reacția rapidă a ONU, care a încercat prin mijloacele diplomatice să facă presiuni pentru restabilirea ordinii de drept. Statele Unite nu au acționat unilateral deși era clar că o intervenție se va baza pe forțele și tehnologia americană. SUA a reușit să creeze o coaliție de state, care au acționat după eliminarea tuturor celorlalte posibilități sub un mandat clar ONU, respectând legislația internațională în domeniu și nedepășind granițele Kuweit-ului după înfrângerea trupelor irakiene. Douăzecișopt de state, inclusiv state musulmane puternice precum Arabia Saudită strânse

într-o coaliție și având un mandat legal de intervenție, au fost demonstrația SUA că sunt un hegemon liberal care ține cont de importanța multilateralismului și a instituțiilor internaționale.

În vorbele Președintelui American George H.W. Bush, doua ore după eliberarea Kuweitului, întrezărim limbajul liberalismului. „Acesta este un moment istoric. Avem în fața noastră oportunitatea de a crea pentru noi și pentru generațiile viitoare o nouă ordine mondială, o lume în care statul de drept, nu legea junglei, să guverneze comportamentul națiunilor.”

Astfel deși realiști susțin că forța militară este forma finală a puterii, liberalii găsesc această afirmație discutabilă. Ei argumentează în schimb că exercitarea unei forțe este întotdeauna influențată de alți factori politici, și în plus, trebuie să fie întotdeauna asistată de diplomație, influență economică sau influență mediatică. Pentru liberali forța pură este mai puțin eficientă în atingerea scopurilor, decât persuasiunea și politica, care au de partea lor legitimitatea și consimțământul.

Înainte, în timpul și după terminarea Războiului din Golf, minoritățile kurde și šiite au suferit represii enorme din partea regimului irakian. Imediat după operațiunea „Furtuna în Deșert”, în baza rezoluției ONU 688, a fost stabilită o zonă liberă de zbor pentru forțele irakiene dealungul așa numitelor „safe heavens” cu scopul protejării minorităților kurde. Privind aceasta dintr-o perspectivă liberală, instituirea acestor zone sigure asigură intervenției militare din Irak, inclusiv un scop umanitar.

1.2 NATO. Organizația Tratatului Atlanticului de Nord, ca alianță politico-militară, a fost creată de SUA cu intenția clară de a contrabalansa pe continentul european puterea URSS. După destrămarea Uniunii Sovietice au fost voci care puneau la îndoială necesitatea menținerii acestei alianțe militare.

Dar sfârșitul Războiului Rece a asigurat noi oportunități atât pentru NATO cât și pentru Uniunea Europeană de a se extinde către Est și astfel să aducă beneficii economice și politice într-o zonă mai largă. Polonia, Ungaria și Cehia au fost acceptate în NATO în 1999 și alte șapte state în 2004. Acesta a fost un mare pas înainte către pace și securitate în termeni liberali.

Însă atât Kenneth Waltz cât și John Mearsheimer, nu au împărtășit deloc optimismul post Război Rece al liberalilor, argumentând că prăbușirea bipolarității la începutul anilor 1990 era un motiv de reală îngrijorare. Ambii deplâng echilibrul de forțe nucleare care a menținut balanța puterii în lume, timp de mai bine de patru decenii, considerând unipolaritatea instabilă și predispusă să conducă la un război de amploare. Și aceasta pentru că nici chiar SUA nu au suficientă putere pentru a fi un hegemon adevărat, nu are suficiente resurse pentru a se impune la nivel mondial de așa natură încât să se bucure de securitate. Mai mult SPOW (Stopping Power Of Water), va împiedica orice putere să devină un adevărat hegemon mondial.

Astfel se explică atitudinea SUA de menținere și sporire a susținerii militare și financiare a NATO, și chiar extinderea ei către țările aflate în blocul sovietic. Pe termen lung menținerea alianței a avut efectele scontate în ceea ce privește securitatea Americii și capacitatea acesteia de a se apăra și impune politica ofensivă. Alianța jucat un rol cheie și în controlarea conflictelor din Balcani, pe care Europa a demonstrat că nu are încă coeziunea necesară pentru a acționa hotărât.

Și războaiele din Balcani au dat din nou dreptate realiștilor, care se temeau de fragmentarea statelor din fosta zonă de influență a Uniunii Sovietice. Războiul din Bosnia și Herțegovina nu a reușit să fie oprit, în ciuda intervențiilor forțelor de menținere a păcii europene UNPROFOR și încercărilor de mediere ruse. Doar intervenția decisivă a SUA a forțat părțile beligerante să se așeze la masa tratativelor și să semneze Acordul de Pace de la Dayton în Noiembrie 1995. Ultimatumul american și prezența NATO în zonă au fost se pare mai puternice decât indecizia Consiliului de Securitate și neputincoasele forțe de menținere a păcii dislocate de ONU.

De asemenea prin menținerea NATO, SUA a putut invoca, pentru prima dată în istoria alianței, articolul care cere ca orice atac asupra unui stat membru să fie considerat ca un atac împotriva întregii alianțe. Și asta se întâmpla la 13 Septembrie 2001 la două zile după atacurile teroriste.

Concluzia realistă a acestei epoci post Război Rece, ar fi că echilibrul este menținut nu prin tratatele semnate ci prin amenințarea reprezentată de SUA într-un sistem unipolar în care puterea aparține continentului american.

2. Contestarea hegemoniei americane

Toate acuzele împotriva SUA, se reduc în teorie la aceea că, s-au învelit în doctrina liberală în timp ce au avut permanent o atitudine realistă. Și aceasta se poate observa cel mai bine analizând formele moderne ale intervenției umanitare. Organizația Națiunilor Unite recunoaște dreptul suveran al statelor independente, dar și dreptul la intervenție externă în anumite cazuri când există o acută criză umanitară. Este deosebit de dificilă reconcilierea ambelor norme internaționale.

2.1 Războiul din Kosovo. Și iată că în 1999 am avut prima intervenție umanitară puternic contestată la nivel mondial, un moment cheie al acuzațiilor de agresiune și imperialism al SUA. Acuzațiile au fost stârnite tocmai de justificarea campaniei de bombardamente NATO. Care nu au avut niciodată acordul Consiliului de Securitate al ONU, deoarece membrii permanenți care aveau relații cu Iugoslavia, China și mai ales Rusia, s-au opus oricărei rezoluții de autorizare a intervenției în forță. Și nu a mai putut fi argumentată această intervenție ca venind din partea unui hegemon liberal.

NATO s-a justificat prin apărarea intereselor de securitate ale membrilor alianței și chiar a trecut peste Consiliul de Securitate invocând o urgență umanitară internațională, dar realismul atitudinii americane a fost vizibil. Astfel s-a scris istoria primei intervenții militare NATO, în Războiul din Kosovo, unde a pornit o campanie de 11 săptămâni, mai lungă decât se sperase și cu importante costuri materiale și în victime colaterale. A fost primul moment important din perioada modernă de contestare a intervenționismului american și primul semn că SUA o să cadă în păcatul tuturor hegemonilor: supraextinderea imperială.

2.2 Războiul împotriva terorismului. Iată că liberali s-au înșelat încă odată proclamând că dezvoltarea politică și economică se termină odată cu democrația liberală și victoria ei este totală odată cu sfârșitul Războiului Rece. Provocările nu vin doar din partea comunismului. Fukuyama nu a luat în calcul diferențele naționale și culturale. Cum de altfel nu le-au luat în seamă nici realiștii, care au perceput statele cu „religii, ideologii sau sisteme economice foarte diferite ca fiind similare în acțiunile lor privitoare la puterea națională” (Morgenthau H.J. 2007, p46). Au redus totul la interesele actorilor și regulile obiective ale sistemului internațional anarhic.

Pentru că a venit 11 Septembrie 2001 și apoi Războiul Împotriva Terorismului. Valul recent al terorismului islamic anti-occidental reprezintă un obstacol semnificativ pe calea globalizării, care îi pune pe americani în fața unei serii de dileme intelectuale și politice pentru care nu erau pregătiți.

Doctrina Bush a schimbat politica externă americană de la îngrădirea Uniunii Sovietice în perioada 1947-1989, la politica de preemțiune (războiul din Irak) și de prevenire (războiul din Afganistan): „promisiunea represaliilor masive împotriva națiunilor nu înseamnă nimic împotriva rețelelor teroriste tenebroase ... îngrădirea nu este posibilă atunci când dictatori dezzechilibrați, posedă arme de distrugere în masă ... nu ne putem încrede în cuvântul tiranilor care semnează solemn tratate de neproliferare și apoi le încalcă sistematic” (Bush G.W., 2002)

Însă doctrina Bush a provocat un antiamericanism mai subtil și mai periculos, a fost încurajată opinia că Statele Unite sunt o putere agresivă care se amestecă în treburile altor state. „Țintirea celulelor teroriste s-a dovedit însă mult mai dificilă decât îngrădirea și descurajarea statelor tradiționale” (Joshua S. Goldstein, 2009, p.144).

Îndemnul realiștilor ofensivi a fost: reorientarea către vechea politică de putere care operează încă în această lume. Puterea este moneda sistemului internațional, spune Mearsheimer, și Statele Unite ar trebui să o folosească cum crede (The New York Times, 2002). Și acest sfat a fost urmat în primul mandat al președintelui american George Bush.

Sfatul liberalilor, a vizat o reorientare a politicii către cooperare internațională. Se admite puterea superioară a Americii dar este evidențiat riscul de a transforma SUA într-o putere nepopulară și singură în plan geopolitic. Și în al doilea mandat la Casa Alba, Bush a nuanțat poziția americană în această direcție, ca o recunoaștere tacită a eșecului.

Pentru adepții teoriei critice, evenimentele care au succedat atentatele teroriste de la 11 Septembrie 2001, inclusiv acest „război neterminat”, au fost de natură să readucă acest concept în atenția celor preocupați să înțeleagă trăsăturile centrale ale societății contemporane. Teoreticienii critici au susținut ideea că acțiunile întreprinse de Washington și Londra împotriva terorismului, mai degrabă vor induce „forțe de-civilizatoare în relațiile internaționale” (Richard Devetak, 2008, p.155). Și aceasta pentru că a fost neglijat cel mai important aspect: analiza structurilor sociale fundamentale care au ca rezultat aceste abuzuri. Cunoașterea este întotdeauna condiționată de contextul material și istoric. Teoreticienii critici recunosc natura politică a afirmațiilor despre cunoaștere și mai mult, afirmă că orice teorie servește întotdeauna cuiva anume și unui scop anume (Richard Devetak, 2008, p.159). Astfel teoriile relațiilor internaționale clasice nu sunt doar despre politică, ci ele însele au un caracter politic.

Poate că cel mai bine descrie această realitate Peter Mansoor, colonel al armatei SUA și comandant de brigadă în războiul din Irak. „Când forțele americane au invadat Irak-ul în 2003, militarii nu erau interesați de impactul cultural al operațiunilor. Liderii americani credeau că asaltul va fi un rapid, urmat de o stabilizare doar puțin mai dificilă decât cea din Kosovo. Am descoperit rapid nu numai că această presupunere a fost incorectă dar și cât de importantă este de fapt identitatea religioasă și etnică, rolul triburilor în societatea irakiana. Am descoperit impactul interacțiunilor cu propria noastră cultură și a aliaților noștri.” (articol Foreign Affairs – Ianuarie 2011). Și toate acestea sunt rostite nu de un adept al teoriei critice ci de un militar al SUA. Putem observa în câteva fraze o trecere de la o gândire realistă la una critică, în termenii concepțiilor teoriilor relațiilor internaționale.

Privind înapoi la o decadă de război între America și Al Qaeda, literal cel mai lung război purtat de SUA în toată istoria ei (Daniel Byman, 2011), purtat în ultimii ani în contextul unei crize economice majore, nu putem să nu ne gândim la ceea ce istoricul Paul Kennedy spunea încă din anii '80. Și anume că sindromul supraextinderii imperiale este principala cauză a declinului tuturor imperiilor, care mai devreme sau mai târziu va lovi și America (James Kurth, 1993).

Irakul nu înseamnă doar că armatei SUA îi va trebui cel puțin o generație pentru a-și reveni din acest război; este vorba, în primul rând, de faptul că SUA nu au suficiente mijloace militare și politice pentru a continua această “aventură”. Afganistanul deasemeni. Chiar dacă prin aceste acțiuni de forță încearcă să își prezeve hegemonia, declinul este vizibil în creșterea atitudinii rezervate sau chiar ostile față de SUA și în deficitele bugetare record. Pe fondul unor politici monetare și fiscale riscante și a unor cheltuieli bugetare și militare ridicate, SUA a dat tonul crizei economice mondiale accentuând declinul hegemonic. De aceasta au profitat state precum China, care este cel mai bun exemplu de stat care profită de declinul SUA, într-un joc de sumă nulă.

3. Riscurile răsturnării ordini mondiale actuale

Actuala ordine mondială înseamnă hegemonia SUA. Iar aceasta se traduce în prezent și printr-un ansamblu de practici normalizate și subtile, identificate cu un anumit stat. Hegemonia SUA înseamnă proiecția și circulația unui model exemplar, ce funcționează ca un ideal regulator (Richard Devetak, 2008, p.197). Iată însă că un număr din ce în ce mai mare de lideri politici conservatori din Asia au argumentat, că există un “model asiatic superior de organizare politică și socială, ce include principiile armoniei, ierarhiei și consensului”; în contrast cu ceea ce ei consideră “confrutare, individualism și decădere morală care caracterizează liberalismul occidental” (Scott Burchill, 2008, p.85). Dar toate aceste regimuri nu se bucură de o legitimitate democratică.

Terorismul islamic nu este doar un motiv de îngrijorare pentru securitatea internă a SUA. El are în spate o ideologie și o cultură care face statele islamiste imune la ideile democrației liberale.

Oricât de incoerent ar fi din punct de vedere politic, terorismul islamic este profund anti-laic și un opozant al doctrinei liberale.

Pe fondul creșterii terorismului islamic, statului i-a fost permis să acumuleze mai multă putere. Suveranitatea statală, pe care liberalii o credeau erodată de globalizare, a revenit în prim plan odată cu renașterea securității naționale. Aceasta a luat diferite forme, de la restricții asupra libertăților civile, până la creșterea puterii serviciilor secrete și a supravegherii populației. Percepțiile raționale realiste au prevalat în fața partizanilor liberali.

Dezvăluirile WikiLeaks au dat o puternică lovitură diplomației americane și prestigiului SUA. Tot ele au relevat corupția și crima organizată din Tunisia, unde aceste informații au condus la izbucnirea unei revolte, care a crescut sensibil tensiunea mondială. Și ca și cum nu ar fi fost de ajuns, similar cu revoluțiile izbucnite în paralel în fostele țări comuniste în anii 90, Egiptul a fost cuprins de febra revoluționară. Stat condus autoritar de aproape 30 de ani de Hosni Mubarak, un protejat recunoscut al SUA. Yemen de asemeni se pregătește de mișcări de stradă și nimeni nu poate da un pronostic referitor la evoluția Orientului Mijlociu. Nu avem certitudini că actualele revolte contra unor regimuri autoritare și corupte, nu vor duce la dictaturi încă și mai periculoase, la fundamentalism islamic și la îndepărtarea de valorile democratice liberale. Sau și mai grav, având în vedere tensiunile deja existente legate de Iran și Coreea de Nord, nu se va degenera într-un conflict internațional

3.1 1918 - 1939 vs. 1991 – Prezent. Prin urmările sale, încheierea primului război mondial a afectat profund ordinea politică, socială și culturală a întregii lumi. Imperiul Otoman s-a prăbușit complet și a fost împărțit între puterile victorioase ale Antantei, după semnarea Tratatului de la Sèvres de pe 10 august 1920. Prăbușirea imperiului a dus la crearea Orientului Mijlociu modern. Au apărut noi state pe harta politică a lumii, altele vechi au dispărut sau și-au modificat radical granițele, au fost înființate organizații internaționale, iar noi idei politice și economice și-au câștigat locul în lume. Liberalismul a proclamat o nouă eră a cooperării sub stindardul Ligii Națiunilor, care va aduce pacea mondială, după un Prim Război Mondial devastator.

Iată că și după terminarea Războiului Rece, liberalii au proclamat victoria definitivă a păcii și desăvârșirea “forme finale a guvernării umane” (Fukuyama, 1992). Noi state au reclamat independența – cele desprinse din fosta URSS și cele formate prin divizarea țărilor aflate în sfera de influență rusă. Organizațiile internaționale au luat avant, având în ariegea nouă proclamată Uniunea Europeană – Tratatul de la Maastricht 1991.

Realității au demonstrat însă după terminarea celui de Al Doilea Război Mondial, că idealismul utopic interbelic a fost greșit, și greșala a costat enorm umanitatea. Realității din ziua de azi se tem la rândul lor de o tranziție dură și o rearanjare violentă a hărții geopolitice a lumii.

La aflarea prevederilor Tratatului de la Versailles, care lăsa Germania aproape neatinsă, au existat voci care atenționau: "Aceasta nu este o pace. Aceasta este un armistițiu pentru 20 de ani." (mareșalul Ferdinand Foch). La fel destrămarea URSS-ului comunist, se pare că nu a dus la o democrație rusă așa cum sperau statele occidentale. Nu a dus la o calmare a conflictelor latente. Ba chiar odată cu venirea la putere a lui Vladimir Putin și declanșarea războiului georgian, avem mai mult ca oricând motive de tensiune în această zonă.

Începutul Marii Crize interbelice este de obicei asociat cu prăbușirea Bursei de Valori din așa-numita Marțe Neagră, 29 octombrie 1929. Actuala criză economică mondială a avut ca punct de plecare căderea Bursei de la New York în Octombrie 2008. Ambele crize au fost precedate de ani de prosperitate pentru americani. Dacă după Primul Război Mondial, SUA a ales izolaționismul, finalul Războiului Rece a însemnat startul oficial al globalizării și chiar al americanizării. Ambele însă au concluzionat într-o criză economică majoră care s-a extins progresiv pe întreg mapamondul. Nivelurile comerțului mondial au scăzut rapid, la fel cum au scăzut de altfel și veniturile personale, veniturile bugetare și profitul din afaceri. Rata șomajului și inflația în schimb vor crește până la cote nebănuite. Sute de bănci își vor declara falimentul și va fi necesară intervenția puternică a statului.

SUA a fost promotorul politici comerciale bazată pe principiul “porților deschise”, care a schimbat întreg comerțul mondial. Dar în același timp cu creșterea interdependenței a sporit și vulnerabilitatea țărilor în fața unei crize pornite în alt colț al planetei. În chiar aceste zile, Forumul Economic de la Davos este dominat mai mult de întrebări decât de răspunsuri. Se admite că modelul actual de pe piețele de capital a fost sursa exceselor. Totul pentru bunăstarea acționarilor, și acest principiu nu mai poate domina modelul economic al secolului 21. Statele au arătat că nu mai pot accepta modelul financiar american și reglementarea deficitară a piețelor de valori.

Marea depresiune economică s-a încheiat în momente diferite în țările globului. În majoritatea țărilor au fost concepute programe de refacere și cele mai multe au trecut prin diferite prefaceri politice, care le-au împins spre extremele dreaptă sau stângă. Societățile bazate pe democrația liberală au ieșit puternic slăbite din criză și dictatorii precum Adolf Hitler sau Benito Mussolini au ajuns la conducerea onora dintre cele mai puternice state și au pregătit condițiile pentru declanșarea în 1939 a celui de-al doilea război mondial. Si în prezent criza economica a adus la putere guverne mai autoritare. Dacă pe fondul Marii Depresiuni din 1932, naționalismele au condus la instalarea unor regimuri totalitare comuniste sau fasciste, amenințările actuale vin mai ales din partea țărilor islamice și Chinei, țări care nu își pot justifica democratic locul pe scena politică internă. Europa recunoaște acum că a dat gres în încercarea ei multiculturală. Premierul german și britanic, la fel ca și președintele Franței au surprins prin declarații care cer introducerea unui “liberalism muscular” care să aibă ca prioritate integrarea, egalitatea și respectarea legilor. David Cameron afirmă “am încurajat culturile să trăiască vieți separate, depărtați unii de alții și de restul societății”. Atentatele fundamentalistilor islamici au fost înfăptuite în general de proprii cetățeni, dar de etnie și religie islamică.

Această criză s-a dovedit și un sistem de redistribuire a puterii. Pe fondul crizei economice, China a reușit să ajungă la două economii mondiale detronând Japonia, iar în condițiile pastrării acestui ritm de creștere amenință inclusiv SUA. Toate aceste puteri încep deja să fie resimțite la nivelul relațiilor internaționale. China are în ultimii ani constant cele mai mari delegații indiferent de evenimentul la care participă: Forumul Economic de la Davos, Conferința internațională asupra climatului de la Cancun etc. China ajută țări cu regimuri autoritare, precum Venezuela și Cuba, se implică în exploatarea resurselor Africii și cumpără obligațiuni emise de statele europene aflate încă în criză. În ciuda declarațiilor liniștitoare ale conducătorilor chinezi, ca este doar o țară pasnică în curs de dezvoltare, acțiunile ei ne duc de multe ori cu gândul la un pradator periculos. China a reușit să ajungă în prim-plan datorită unei politici autoritare interne conjugată cu o dezvoltare economică fără precedent. În ultimii ani a încercat însă în paralel și să devină o putere militară importantă. Este singura țară în afara de SUA care deține un avion “invizibil” și este țara imediat următoare SUA ca buget alocat armatei: 87 miliarde USD în 2010.

Rusia la rândul ei își reclamă rolul pierdut în 1990, pe baza unei puteri, pe care nu se sfiește să o afișeze în cel mai realist mod: războiul din Georgia, menținerea forțelor armate în Transnistria, șantajul livrarilor de gaze, amenințarea cu instalarea de rachete în insulele aflate în dispută cu Japonia etc.

Liga Națiunilor - organizația menită să introducă principiul securității colective după primul război mondial a avut de înfruntat crize foarte asemănătoare cu cele întâmpinate în zilele noastre de ONU. Liga a fost subminată de belicozitatea naziștilor germani, imperialiștilor japonezi și fasciștilor italieni. O serie de crize internaționale au încordat la maxim limitele Ligii, prima dintre ele fiind invadarea Manchuriei de către Japonia. În anii 1935-1936 criza Absiniană (invadarea acestei națiuni libere africane de către Italia), a arătat încă o dată limitele și neputința Ligii Națiunilor. A fost semnalul pe baza căruia Hitler a decis participarea la Războiul Civil Spaniol și remilitarizarea Germaniei cu încălcarea Tratatului de la Versailles. Acest război a fost primul dintr-o serie de provocări care au culminat cu invazia Poloniei în Septembrie 1939 și începerea celui de al Doilea Război Mondial.

În 2003 Războiul împotriva Irak-ului a divizat mapamondul în două tabere și mai presus de toate a fost un moment în care SUA, a decis să plece la război fără acordul Consiliului de Securitate. Slăbind astfel fantastic autoritatea ONU și coerența Uniunii Europene care decisese inițial neimplicarea în acest conflict. Un alt moment delicat a fost atacarea Georgiei de către Rusia în 2008, organizațiile internaționale se arată iar neputincioase în ciuda protestelor venite din mai toate țările membre ONU.

În ciuda tensiunilor interbelice, Liga Națiunilor a fost martora unui efort de a merge dincolo de simpla cooperare dintre guverne. Aceasta a fost propunerea unei Europe Unite, făcută de francezul Aristide Briand. În 1925 el declara ambițiile de formare a unor State Unite ale Europei, și la 09 Septembrie 1929 ținea un discurs în fața reprezentanților a 27 de state europene membre ale Ligii, în care propunea o Uniune Federală. Răspunsul general a fost unul în cel mai bun caz sceptic, dacă nu chiar ostil.

În zilele noastre Uniunea Europeană nu a reușit să adopte proiectul unei constituții unice care ar fi fost finalitatea politică dorită și de europenii perioadei interbelice. Chiar și după adoptarea Tratatului de la Lisabona, statele europene ezită. Politica comună de apărare și politica externă sunt încă apanajul guvernelor naționale. Chiar și nou înființatul Serviciu de Acțiune Externă condus de Înalțul Reprezentant Catherine Ashton, care se dorea a fi un adevărat Minister de Externe european, o voce unică, se dovedește a fi în aceste zile un eșec.

Dacă facem o paralelă cu perioada interbelică, vom descoperii asemănări, care ar trebui să dea de gândit în perspectiva evitării unei confruntări mondiale

Concluzii

Nu suntem doar într-o criză economică. Asistăm la o criză de identitate mondială în care se contestă însăși natura sistemului internațional. Iar actualul sistem este gândit după chipul și asemanarea Statelor Unite ale Americii. Hegemonul mondial. De-a lungul istoriei nici o trecere de la un ciclu de putere la altul nu a fost ușoară și nici pașnică. Acum mai mult ca oricând, riscurile se măsoară în progresul tehnologic. Primejdiile nu mai sunt aceleași, pentru că forța distructivă a armelor moderne este la un nivel letal greu de imaginat.

Având în vedere puterea reală: economică, tehnologică, militară și ideologică; hegemonia SUA a fost mai degrabă una pașnică și dădătoare de speranță pentru evoluția umanității. În ciuda greșelilor politice care au erodat în timp încrederea în „visul american”, hegemonia SUA este dezirabilă dacă privim alternativa.

Prin politica dusă ca principală putere mondială, este responsabilă de pacea, stabilitatea și prosperitatea înregistrată de umanitate după terminarea celui de Al Doilea Război Mondial, și mai ales de statele care au îmbrățișat democrația și calea americană.

În chiar aceste zile, asistăm la un moment crucial pe agenda rescrierii ordinii mondiale în general și a hegemoniei americane în special. Vizita președintelui Chinei, Hu Jintao în America. Discursurile sunt dădătoare de speranță pentru perspectivele stabilității mondiale. Însă mai presus de mesajele propriuzise, aceste discursuri sunt un simbol al unei posibile reconcilierii SUA – China și a intrării într-o nouă etapă de cooperare internațională. Anunță așezarea marilor puteri la masa negocierilor pentru recrearea unui club de putere, care să asigure stabilitatea mondială în tranziția către civilizația postindustrială.

Referințe bibliografice

- Barry Buzan, Richard Little – *Sistemele internaționale în istoria lumii* – Editura Polirom – Iași 2009
- Daniel Byman recenzie a cărții lui Peter Bergen – *The longest war* – articol Foreign Policy – 17.11.2011
- Francis Fukuyama 1992 – *Sfârșitul istoriei și ultimul om* – Editura Paideia – București 2008

-
- George W. Bush – *Discurs ținut la West Point Military Academy* - publicat în *The New York Times* la 01 Iunie 2002
 - Hans J. Morgenthau, Kenneth W. Thompson - *Politica între națiuni. Lupta pentru putere și lupta pentru pace* - Editura Polirom – Iași 2007
 - Hu Jintao – *Discurs cu ocazia vizitei oficiale în SUA* – Foreign Policy 19 Ianuarie 2011
 - James Kurth – *The Decline and Fall of Almost Everything* – Foreign Affairs, Spring 1993
 - John Mearsheimer – *Tragedia politicii de forță* – Editura Antet – București 2003
 - John Mearsheimer – *What is America's place in the world now?* - The New York Times, 12 Ianuarie 2002
 - Joshua S. Goldstein, Jon C. Pevehouse - *Relatii internationale* - Editura Polirom – Iași 2009
 - Peter Mansoor – *The Softer Side of War* – articol Foreign Affairs – Ianuarie 2011
 - Scott Burchill, Richard Devetak – *Teorii ale relațiilor internaționale* (capitolul 3, 6 și 7) – Editura Institutul European – Iași 2008
 - Baylis, Smith and Owens: *The Globalization of World Politics. Case Study: The Gulf War* - Oxford University Press, 2008.

CUPRINS

EXCESUL JUSTIFICAT ȘI EXCESUL SCUZABIL.....	3
IULIAN LAURENȚIU STOICA.....	3
INFRAȚIUNEA PROGRESIVĂ.....	17
DANUȚ-MĂDĂLIN BODRON.....	17
INTERNATIONAL CONVENTIONS AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS.....	26
PATRIK KISS.....	26
SANȚIUNILE APLICABILE INFRACTORILOR MINORI.....	32
OCTAVIAN RADU.....	32
DIMENSIUNEA JURIDICĂ A PRINCIPIULUI „MITIOR LEX” ÎN SISTEMUL PENAL ROMÂNESC.....	50
CORINA ALEXANDRA VOICULESCU.....	50
PLURALITATEA APARENTĂ DE INFRAȚIUNI ÎN CAZUL INFRAȚIUNII DEVIATE.....	70
ALEXANDRA ALEXA.....	70
BAIL IN CRIMINAL PROCEEDING.....	75
EDINA PÓSA.....	75
PROVOCAREA, CIRCUMSTANȚĂ ATENUANTĂ LEGALĂ.....	86
MIHAI-VALENTIN DOBRE.....	86
AMNISTIA VS GRAȚIEREA.....	95
GABRIEL IANCULESCU.....	95
ASPECTE DE NOUȚATE ȘI EFICIENTIZARE A COOPERĂRII JURIDICE ÎN MATERIE PENALĂ.....	104
LAURA IFRIMACHE.....	104
DANIEL STOICA.....	104
PROCEDURA REVIZUIRII ÎN CAZUL ART. 408 ¹ DIN CODUL DE PROCEDURĂ PENALĂ.....	119
IULIA ELENA IONESCU.....	119
ARESTAREA PREVENTIVĂ A INFRACTORULUI MINOR.....	131
MARIUS LAURENTIU DURBAC.....	131
EUGEN RĂDOI.....	131
CONSECINȚELE APLICĂRII PRINCIPIULUI <i>NON BIS IN IDEM</i> LA NIVEL EUROPEAN.....	138
ELENA PACEA.....	138

EVOLUȚIA PREZUMȚIEI DE NEVINOVĂȚIE	151
ANDREI COSTEA.....	151
OBLIGAREA DE A NU PĂRĂSI ȚARA SAU LOCALITATEA CA MĂSURI PREVENTIVE ÎN PROCESUL PENAL.....	158
CRISTINA MINUȚ	158
BOGDAN PETRU CIOBANU.....	158
PSIHOLOGIA INTEROGATORIULUI	168
TEODORA LUCA	168
SUPRAVEGHEREA EXERCITATĂ DE PROCUROR ÎN ACTIVITATEA DE URMĂRIRE PENALĂ.....	176
MARIA-LIVIA DRĂGHICI.....	176
MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE.....	182
ANDREI-ALEXANDRU GUȚĂ	182
ARESTUL LA DOMICILIU	196
ANDREI BĂICOIANU	196
CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PRINCIPIUL „NON REFORMATIO IN PEJUS” ÎN PROCESUL PENAL DIN ROMÂNIA	201
SORIN ILIE.....	201
PREZENTAREA MATERIALULUI DE URMĂRIRE PENALĂ	206
CRISTINA GLEVESANU	206
OLIMPIA ILIE	206
COMISIA ROGATORIE. MODALITATEA DE COOPERARE JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ.....	214
PETRU POSTOLACHI	214
PROTECȚIA MARTORILOR	222
LAURA VERONICA IONIȚĂ (STOICA)	222
FELIX DIMITRIE CIOCAN	222
PROBA ÎN PROCESUL MÂNTUITORULUI	233
CIPRIAN BĂLĂȘOIU	233
TERMENUL DE APEL	244
RAMONA-MIHAELA URSU	244
PROCEDURA AUDIERII PĂRȚILOR ÎN PROCESUL PENAL.....	254
RAMONA-ANCA RĂDOI	254
EXECUTAREA PEDEPSELOR ÎN REGIM NEPRIVATIV DE LIBERTATE	273
LOREDANA CORODESCU	273

MĂSURILE EDUCATIVE SISTEM DE SANȚIONARE ȘI FINALITATE	281
COSTINA-DORINA OLTEANU	281
TITULARII APELULUI ÎN PROCESUL PENAL DIN ROMANIA	291
ANDREEA POPA	291
PLÂNGEREA PREALABILĂ. ASPECTE PRIVIND TERMENUL DE INTRODUCERE.....	302
IONUȚ VOICAN	302
INTERCEPTĂRILE ȘI ÎNREGISTRĂRILE CA MIJLOACE DE PROBĂ ÎN LEGISLAȚIA ROMANĂ.	311
ANDREI MOTELICĂ.....	311
INVESTIGATORUL SUB ACOPERIRE. EGALITATEA DE ARME PRIVIND SIGURANȚA ACESTUIA VERSUS ECHITATEA PROCESULUI PENAL	317
CHRISTOPHER HERMANN	317
STRĂMUTAREA CAUZELOR PENALE	325
LUMINIȚA CIOPEI.....	325
MĂSURILE PREVENTIVE SUB IMPERIUL ACTUALEI LEGISLAȚII. ASPECTE DE NOUTATE ADUSE DE NOUL COD DE PROCEDURĂ PENALĂ.....	332
ELENA ALEXANDRA GHEORGHE.....	332
ELEMENTE DE DREPT COMPARAT PRIVIND DECLARAȚIILE MARTORILOR	343
ANDREEA LIVĂDARIU	343
EXPERTIZA MEDICO-LEGALĂ PSIHIATRICĂ, MIJLOC DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL	353
CRISTINA ELENA MICLEA.....	353
EFICIENȚA PRINCIPIULUI „IN DUBIO PRO REO”	364
OANA GOGU	364
CERCETAREA LA FAȚA LOCULUI	371
ANA-MARIA FĂGĂRAȘ.....	371
LAVINIA-FLORENTINA CERNEA.....	371
RECONSTITUIREA	380
IONUȚ ADRIAN ATITIENEI.....	380
PERCHEZIȚIA INFORMATICĂ	389
MIHĂIȚĂ CONSTANTIN LITRĂ.....	389
COMPETENȚA INSTANȚELOR DE JUDECATĂ DIN ROMÂNIA	400
ALEXANDRA-DIANA LUPȘOR	400
ANDREEA-RALUCA APOSTOL.....	400

ARESTAREA NELEGALĂ ȘI CERCETAREA ABUZIVĂ	410
ANDREEA ROȘCAN	410
PRUNCUCIDERA	419
MARTA-OANA CARAGEA	419
ACCESUL, FARA DREPT, LA UN SISTEM INFORMATIC	430
CĂTĂLIN MARIN	430
ETNOBOTANICELE. APARIȚIE ȘI EFECTE.....	445
ALEXANDRU CRISTIAN URSARU	445
ANDRA LARISA FLOREA	445
ABANDONUL DE FAMILIE.....	451
ANA-MARIA IONIȚĂ	451
LUAREA ȘI DAREA DE MITĂ - FAPTE DE CORUPȚIE –	466
MIHAELA CRISTINA DIȚOIU	466
INTERCEPTAREA ILEGALĂ A UNEI TRANSMISII DE DATE INFORMATICE.....	479
CHRISTOPHER HERMANN	479
TRAFICUL DE OVULE	486
DASCĂLU CRISTIAN	486
CARPINSCHI ALEXANDRU	486
TERORISMUL ABORDARE INTERDISCIPLINARĂ.....	495
ALEXANDRU MESZAR,.....	495
O REALITATE JURIDICĂ ÎN CURS DE CONSACRARE- FENOMENUL CONCURENȚEI COMERCIALE	510
COSTIN TOADER	510
LEGITIMA APĂRARE, PREZENT ȘI VIITOR	519
ALEXANDRU-DANIEL BĂLAN.....	519
INFRAȚIUNI REGLEMENTATE DE LEGEA NR. 319/2006 – PRIVIND SECURITATEA ȘI SĂNĂTATEA ÎN MUNCĂ.....	528
ANA-MARIA FĂGĂRAȘ.....	528
LAVINIA-FLORENTINA CERNEA.....	528
CRIMINALITATEA INFORMATICĂ ȘI FALSIFICAREA INSTRUMENTELOR DE PLATĂ ELECTRONICĂ - AMENINȚĂRI MODERNE -	537
GEORGE NICOLAE.....	537
INFRAȚIUNI PRIVITOARE LA PRELEVAREA ORGANELOR SAU ȚESUTURILOR ÎN LEGISLAȚIA PENALĂ CONTEMPORANĂ	549
CRISTINA MINUȚ	549
BOGDAN PETRU CIOBANU.....	549

VREAU ȘI EU SĂ AM DREPTUL LA VIAȚĂ. REFLECȚII DESPRE PROTECȚIA JURIDICĂ A DREPTULUI LA VIAȚĂ DIN PERSPECTIVA FĂTULUI	562
COSTINA ȘTEFĂNESCU	562
COMBATEREA FRAUDELOR ECONOMICO-FINANCIARE PRIN APLICAREA RĂSPUNDERII PENALE A PERSOANEI JURIDICE.....	573
SILVIU MOTREANU.....	573
INFRAȚIUNILE DE NATURĂ ECONOMICĂ ÎN VECHIUL ȘI NOUL COD PENAL	583
LAVINIA JILAVU.....	583
DESECRETIZAREA STENOGRAMELOR ÎN TIMPUL URMĂRIII PENALE PRIN PUBLICAREA ÎN MASS-MEDIA	594
ELENA MORARIU.....	594
DEȚINEREA ILEGALĂ A ARMELOR ȘI MUNIȚIILOR	608
MIHĂIȚĂ CONSTANTIN LITRĂ	608
INFRAȚIUNILE DE CORUPȚIE ÎN NOUL COD PENAL CORRUPTION OFFENSES REGARDING THE NEW CRIMINAL CODE.....	619
DANIELA-IONELA DEVENCEA	619
CRIMINALI ÎN SERIE	627
RUXANDRA-CRISTINA DUȚESCU	627
PROSTITUȚIA.....	639
DENISA CRISTINA ANDREI	639
PEDEPSELE APLICATE MINORILOR ANALIZA DIN PERSPECTIVA CODULUI PENAL ÎN VIGOARE ȘI A NOULUI COD PENAL	645
ADELA GABRIELA VOICA.....	645
JUVENILES AND THE MEDIATION PROCESS	652
HELGA FARKAS	652
ARESTAREA PREVENTIVĂ.....	660
ANDRA LARISA FLOREA, ALEXANDRU CRISTIAN URSARU	660
CONTRACTUL DE AGENȚIE – O PRIVIRE COMPARATIVĂ DE LEGE LATA ȘI ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL	670
ANDREEA LIVĂDARIU	670
REGIMUL JURIDIC AL UNOR CATEGORII SPECIALE DE DEȘEURI MEDICALE	678
AMANDA CONSTANZE AELENEI	678
THE PATIENT’S RIGHTS PARTICULARLY THE PSYCHIATRIC PATIENT’S RIGHTS.....	708
BERNADETT BERNÁTH.....	708

ASPECTE PRACTICE PRIVIND INVESTIȚIILE DIRECTE ÎN ROMÂNIA SUB FORMA SUCURSALELOR ȘI FILIALELOR	714
EMILIAN-VASILE DUCA	714
PRESCRIȚIA ACHIZITIVĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL	723
ANDREEA-RALUCA GABOR	723
TRANSFERUL DREPTULUI DE PROPRIETATE ASUPRA BUNULUI ÎN CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE	736
LAURA-CAMELIA SCUTARU	736
THE SYSTEM OF COLLABORATION AND CODETERMINATION OF WORKS COUNCILS IN THE ASPECT OF GERMAN WORKS CONSTITUTION ACT - BETRVG	751
SEBESTYEN PATER	751
MODIFICĂRILE ÎN MATERIE PROCESUAL CIVILĂ PREVĂZUTE DE LEGEA NR. 202/2010 PRIVIND UNELE MĂSURI PENTRU ACCELERAREA SOLUȚIONĂRII PROCESELOR	758
CARLA ALEXANDRA ANGHELESCU	758
THE LEGAL STATUS OF INTERMEDIARIES OF FINANCIAL SERVICES	764
ATTILA POLGÁR	764
NOȚIUNEA DE PROFESIONIST ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL	770
IONUȚ ADRIAN ATITIENEI	770
GENERAL CONTRACT TERMS – PROTECTION OF THE WEAKER PARTY	782
ERZSÉBET SZÉPLAKY	782
ACTELE JURIDICE ȘI RĂSPUNDEREA ÎNTREPRINDERII FAMILIALE	790
FLORIANA TUDOR	790
ÎNTREPRINDEREA FAMILIALĂ	805
CARMEN-MARIA MACARIE	805
CONTRACTUL DE FACTORING	813
OVIDIU FLORIAN PETRACHE	813
IONUȚ DANIEL GOGORIȚĂ	813
STUDIU COMPARATIV ÎNTRE SOCIETATEA EUROPEANĂ ȘI GRUPUL EUROPEAN DE INTERES ECONOMIC	824
ANA-MARIA SINGUREANU	824
ANULAREA ACTELOR FRAUDULOASE ÎNCHEIATE ANTERIOR DESCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI	831
PAUL COMȘA	831

COMPARAȚIE ÎNTRE ACȚIUNEA ÎN SIMULAȚIE ȘI ACȚIUNEA REVOCATORIE	845
GABRIEL MANEA.....	845
ACTE DE CONSULTANȚĂ ȘI MEDITAȚIILE	857
CRISTINA GLEVEȘANU	857
VLAD DERSCANU	857
NATURA RAPORTULUI JURIDIC DINTRE SOCIETATEA COMERCIALĂ ȘI ADMINISTRATORII ACESTEIA. DREPTUL DE A SUBDELEGA	863
PETRU POSTOLACHI	863
ACȚIUNEA ȘI EFECTELE ACTIVITĂȚILOR ECONOMICE GENERATE AUPRA MEDIULUI ÎNCONJURĂTOR	876
IONEL BULIGA	876
DIZOLVAREA ȘI LICHIDAREA SOCIETĂȚILOR COMERCIALE CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ ȘI ASOCIAT UNIC ÎN BAZA LEGII SOCIETĂȚILOR COMERCIALE NR. 31/1990.....	882
IOANA SANDRU	882
RALUCA DUMITRIU	882
DREPTUL FUNDAMENTAL AL OMULUI LA UN MEDIU SĂNĂTOS CU PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA JURISPRUDENȚEI CEDO	888
IULIA ANDREEA DINCĂ.....	888
PROTECȚIA SPAȚIULUI EXTRAATMOSFERIC, A LUNII ȘI A CELORLALTE CORPURI CEREȘTI.....	902
ADRIAN ȘTEFAN GABOR	902
ARBITRAJUL – O METODĂ LA ÎNDEMÂNA COMERCIANȚILOR.....	910
ALEXANDRA PÎRVU	910
ÎNSTRĂINAREA UNUI BUN IMOBIL CĂTRE UN DESCENDENT CU REZERVA DREPTULUI DE UZUFRACT VIAGER. CONTRACT DE VÂNZARE-CUMPĂRARE SAU DONAȚIE ?.....	915
ALEXANDRA-DIANA LUPȘOR	915
ANDREEA-RALUCA APOSTOL	915
OPERA FOTOGRAFICĂ.....	927
ALEXANDRA PÎRVU	927
MIJLOACELE DE APARARE A DREPTULUI DE PROPRIETATE IN CONCEPTIA NOULUI COD CIVIL	932
BOGDAN CHERAN	932
ALEXANDRA GEORGESCU	932
DREPTURILE DE PROPRIETATE INTELECTUALA ASUPRA OPEREI COMUNE SI PROPRIETATEA COMUNA CA MODALITATE A DREPTULUI DE PROPRIETATE	941
CORNELIA BUDUR HANNA.....	941

DONAȚIA DE ORGANE, ȚESUTURI ȘI CELULE ÎN LEGISLAȚIA INTERNAȚIONALĂ	948
FLORIANA TUDOR.....	948
INVESTIȚIILE PE PIAȚA DE CAPITAL.....	955
VLAD-MIHAIL BICHIS.....	955
EUROPEAN SOCIETY	965
IOANA REBECA MĂNĂILĂ	965
ADRIANA-CRISTINA ILIE.....	965
CALITATEA DE FONDATOR IN ACCEPȚIUNEA LEGII NR.31/1990 PRIVIND SOCIETĂȚILE COMERCIALE	978
MARIA CRISTINA SORA	978
ECONOMIC ANALYSIS IN LEGAL THEORY AND CRIMINAL LAW	987
MÁRK GYOVAI.....	987
CODUL LUI HAMMURABI.....	995
ANA CRISTINA EREMIA	995
O ABORDARE DIN TEORIA JOCURILOR ASUPRA SEPARAȚIEI PUTERILOR ÎN STAT. DEFICIENȚELE MODELULUI LUI MONTESQUIEU ȘI OPTIMALITATEA PARETO A SISTEMULUI MADISONIAN.....	1003
ALEXANDRU VOLACU	1003
TEORIA SEPARAȚIEI PUTERILOR ÎN STAT – DE LA SEPARAȚIE LA COLABORARE	1014
RUXANDRA-CRISTINA DUȚESCU.....	1014
OTILIA-MIHAELA SÎRBU.....	1014
HARMFUL TAX COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION – NAMELY THE GREATEST CHALLENGE OF THE TAX	1025
KATALIN KOSSUTH	1025
DIMENSIUNEA JURIDICĂ A CONSILIULUI ATLANTICULUI DE NORD – INSTITUȚIE A ORGANIZAȚIEI ATLANTICULUI DE NORD –.....	1036
MĂDĂLINA-IOANA SÎRBU	1036
IDEEA DE GUVERNARE ÎN TIMPUL REGIMULUI COMUNIST DIN ROMÂNIA.....	1042
IULIAN ROGOJINARU	1042
REGIONAL POLICY OF THE EUROPEAN UNION WITH SPECIAL REGARD TO THE HUNGARIAN REGULATION	1051
SZANDRA SZABÓ.....	1051
THE SCHENGEN ACQUIS.....	1063
PATRICIA-CASANDRA PAPUC	1063

APLICAREA NORMELOR JURIDICE ALE U.E ÎN DREPTUL ROMÂN - CODUL EUROPEAN AL BUNEI CONDUITE ADMINISTRATIVE	1071
ȘTEFAN GRIGORE.....	1071
CODUL FRONTIERELOR SCHENGEN.....	1080
ANDRADA ANAMARIA DAGHI.....	1080
ECATERINA ELENA CĂLDĂRARU	1080
PRIVIRE SPECIALA ASUPRA RELATIEI DINTRE UNIUNEA EUROPEI OCCIDENTALE SI UNIUNEA EUROPEANA.....	1087
ALEXANDRU GABRIEL VASILE	1087
ÎNCEPUTURILE INTEGRĂRII EUROATLANTICE: CONSTITUIREA ȘI EVOLUȚIA NATO	1095
ANA FLORINA IRIMIA	1095
PARTICULARITĂȚI ALE CONSTITUIRII PRIMELOR ORGANIZAȚII DE INTEGRARE EUROPEANĂ: CECO, CEE, CEEA	1103
CLAUDIA BABA	1103
ANALIZA STATISTICO-ECONOMICĂ A SOCIETĂȚII COMERCIALE „BUCURIA” S.A. REPUBLICA MOLDOVA.....	1110
NESTOR SERGHEI	1110
RODIDEAL CONSTANTIN.....	1110
BALICA VADIM.....	1110
RELAȚIILE ROMÂNIEI CU FONDUL MONETAR INTERNAȚIONAL.....	1130
FLORIN GABRIEL ICHIM	1130
ELENA ICHIM (ROTARU).....	1130
STUDIU COMPARATIV AL SERVICIILOR DE INTERNET BANKING ÎN ROMANIA ȘI EUROPA	1145
FLORIN GABRIEL ICHIM.....	1145
AGRICULTURA, NOUL PERFORMER AL PIEȚEI ECONOMICE MONDIALE	1167
VIOREL MARIAN SBORA	1167
SCHIMBAREA STRUCTURII ACTIVELOR TRANZACȚIONATE LA BURSĂ.....	1180
ELENA ROTARU.....	1180
DINAMICA ȘOMAJULUI ȘI IMPACTUL ECONOMICO-SOCIAL	1188
BEATRICE ANDREEA BIRJARU	1188
DINAMICA INFLATIEI SI IMPACTUL ECONOMICO-SOCIAL	1196
ALINA GEORGIANA COTOVANU	1196
TURISMUL INTERN SI INTERNATIONAL AL ROMANIEI THE NATIONAL AND INTERNATIONAL TOURISM OF ROMANIA	1205
RĂZVAN GABRIEL PANĂ.....	1205

CONTUL DE PROFIT ȘI PIERDERE.....	1214
ANA MARIA POPESCU, MIHAELA GEORGIANA BĂDICĂ	1214
PENSIILE INTRE ACUM SI INCOTRO.....	1222
IULIAN VLADIMIR STOICESCU	1222
AȘEZAREA ȘI PERCEPEREA TVA ÎN DIFERITE STATE ALE LUMII.....	1229
ADRIAN TOPA	1229
IMPORTANȚA TABLOULUI DE BORD ECHILIBRAT ÎN MĂSURAREA ȘI MONITORIZAREA PERFORMANȚELOR ENTITĂȚILOR	1241
ELENA DELIA BUNEA.....	1241
ROLUL PIEȚEI SECUNDARE A ACȚIUNILOR ÎN FINANȚAREA DEZVOLTĂRII ECONOMIEI	1249
LOREDANA SIMONA BERTA.....	1249
EVOLUȚIA PIEȚEI CARDURILOR ÎN ROMÂNIA	1259
LOREDANA SIMONA BERTA.....	1259
ANALIZA EVAZIUNII FISCALE ÎN ROMÂNIA	1267
MARIA ZAMFIRESCU	1267
EVAZIUNEA FISCALĂ INTERNAȚIONALĂ.....	1284
ALEXANDRA SIMA.....	1284
POVESTEA CONTABILITĂȚII	1303
CORNELIA ANTOȘICĂ ANCUȚA CĂLIN.....	1303
EFACTUL BUTTERFLY ÎN AFACERI.....	1311
NOURA AL KAWADRI ANDREEA BALAURE.....	1311
PROBLEME ETICE ÎN MARKETING.....	1326
EMANUELA BĂDÂNGĂ	1326
ELITA ȘI TENDINȚA DE OLIGARHIE	1332
ANTONIO ALEXANDRU COSTEA	1332
MARILE DESCOPERIRI GEOGRAFICE ÎN RELAȚIILE INTERNAȚIONALE	1338
LAURA FLORINA STAN	1338
IMAGINEA FEMEII ÎN PRESA SCRISĂ ROMÂNEASCĂ.....	1346
LAURA FLORINA STAN NICOLETA DOINA NEDELEA	1346
DIFICULTĂȚI ÎN IMPLEMENTAREA NORMELOR EUROPENE ÎN DREPTUL INTERN.....	1352
ION CIOLACU ALINA BULIGA ION BUZU	1352

STATELE BALTICE – FEDERAȚIA RUSĂ. RECUNOAȘTEREA INTERNAȚIONALĂ DUPĂ DEZMEMBRAREA URSS	1362
IOANA-NICOLETA STĂNCIUCĂ.....	1362
PROBLEME DE URBANISM ÎN ORAȘUL BRAGADIRU	1368
MANUELA FRUNZĂ.....	1368
O PERSPECTIVĂ SOCIOLOGICĂ ASUPRA NEGOCIERILOR ÎN AFACERI	1378
SIMONA ELENA CULBAN	1378
STUDIUL PRIVIND ASPECTELE SPECIFICE ALE CULTURII POLITICE ROMÂNEȘTI	1387
DENISA-ELENA VICIU	1387
NE MAI DORIM HEGEMONIA AMERICANĂ?	1399
MARIUS DINCĂ	1399